

**AUTONOMÍA, DAÑO, PATERNALISMO JURÍDICO E INFANCIA.
ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE COMPATIBILIZAR EL ART. 19 DE
LA CONSTITUCIÓN NACIONAL CON EL ART. 19 DE LA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

Mary Beloff* y Mariano Kierszenbaum**

“Mill does not restrict the freedom of children because he thinks less of them. He recognizes their potential and value as future citizens. He wishes to protect them from the influences of society long enough for them (...) to develop their own personalities and talents. The improvement of mankind can only be achieved by working to develop the best in every individual. Paying attention to the special needs of children is a good place to start.”(Habibi: 1983)

Palabras clave:

protección especial – derechos del niño –paternalismo justificado

Resumen:

Este trabajo analiza las tensiones que se plantean entre el art. 19 CN (como expresión de derechos de defensa) y el art. 19 CADH (derecho de los niños a su protección especial, como expresión del amplio *corpus juris* internacional de protección de derechos humanos de niñas y niños). Se argumentará aquí que, en razón de la diferente estructura normativa de los derechos de los niños (por todos, el art. 19 CADH) respecto de los derechos de libertad reconocidos a todas las personas (art. 19 CN), la teoría liberacionista muy de boga en nuestro medio y que

* Profesora Titular de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (mbeloff@derecho.uba.ar). Agradecemos a Virginia Deymonnaz su atenta lectura y prolija edición del texto.

** Profesor Adjunto (int.) de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (mkier3@hotmail.com).

permitiría compatibilizar *in totum* ambas normas, no conduce a una interpretación válida de dicho *corpus juris* de modo que se garanticen los derechos allí reconocidos a quienes, por la etapa de la vida en la que se encuentran, presentan un estatus de vulnerabilidad esencial. Como alternativa se presenta el paternalismo justificado, el cual encuentra en este ámbito de regulación un fructífero terreno de validación.

I. Introducción

Los estudios tradicionales sobre la condición moral y jurídica de los niños no incluían reflexiones sobre los principios de autonomía y sus límites a partir del principio del daño, puesto que se entendía que ellos no podían ser aplicados a los niños por tratarse de actores carentes de agencia moral.

Más recientemente, la reelaboración política, normativa y conceptual referida al alcance de sus derechos como consecuencia, entre otros motivos, del amplísimo desarrollo de un *corpus juris* internacional (regional y universal) de derechos humanos de niñas y niños¹, dio lugar a nuevas elaboraciones que incluyeron a este grupo de edad dentro de los debates generales de la teoría moral referidos a los alcances de los principios de autonomía y la libertad, sobre todo en tensión con las teorías paternalistas².

Dos ejemplos relacionados ilustran ese cambio: por un lado, las llamadas teorías “liberacionistas” de la infancia³, de corta vigencia en el ámbito anglosajón pero con tardío e intenso impacto en nuestro medio; por el otro, su derivación entre nosotros, en particular en el ámbito del Derecho Civil: la categoría llamada “autonomía progresiva”⁴.

¹ Tal como entiende la noción la Corte IDH: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la Convención Americana.”, Corte IDH, caso “Villagrán Morales y otros ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafo 194.

² Entre otros, pueden consultarse Cohen, 1980; Farson, 1974; y Holt, 1974.

³ Ver *supra* nota 2.

⁴ En el derecho interno argentino, de manera expresa, el artículo 639 del Código Civil y Comercial (CCyC) menciona la categoría “autonomía progresiva”; en tanto, la Ley n° 26743 de Identidad de Género, en los artículos 5 y 11, refiere a los “principios de *capacidad progresiva* e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, cursivas agregadas.

Se argumentará aquí que, en razón de la diferente estructura normativa de los derechos de los niños (por todos, el art. 19 CADH) respecto de los derechos en general reconocidos a todas las personas (art. 19 CN), la teoría liberacionista muy de boga en nuestro medio y que permitiría compatibilizar *in totum* el artículo 19 CN con el artículo 19 CADH, no conduce a una interpretación válida de dicho *corpus juris*, de modo que se garanticen los derechos allí reconocidos a quienes, por la etapa de la vida en la que se encuentran, presentan un estatus de vulnerabilidad esencial.

II. Planteo del problema

Con base en el derecho a la libertad observado como principio (sin limitación interna, sino externa) podría predicarse que las personas tienen la facultad de hacer todo aquello que deseen.⁵ Desde este punto de vista, alguien podría arrogarse su derecho a caminar libremente por la calle, junto con su derecho a matar a quien le resulte desagradable mientras lo hace. La primera posibilidad es aceptada de forma prácticamente universal y configura el derecho a la libertad ambulatoria; la segunda (para cualquiera, irrazonable y completamente absurda) es rechazada de forma absoluta: nadie tiene derecho a matar a quien no le caiga bien.

El sentido de esta restricción al derecho a la libertad no es ni más ni menos que el límite impuesto por el daño a terceros. Por eso se acepta sin mayores discusiones la máxima que postula que la libertad de las personas puede limitarse cuando con sus comportamientos dañen a otros (en todo caso se polemiza qué se va a entender por daño o por terceros).

Esto no es más que la formulación despejada del elemental principio del daño, tal como lo concebía John Stuart Mill en su clásica obra *On liberty*⁶, reconocido por la Constitución Nacional en su artículo 19 que motiva esta obra colectiva: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. (...) Ningún habitante de la

Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

El Derecho argentino deriva de allí el derecho a la privacidad y los principios de lesividad (daño u ofensividad), de reserva de ley y de culpabilidad de acto, lo que de forma resumida significa que la libertad de las personas se puede restringir cuando una ley así lo establezca y siempre que esa ley defina un comportamiento que resulte dañoso para terceros y exceda, por lo tanto, el ámbito de las acciones privadas.

Este es el modo liberal clásico universalmente aceptado para restringir la libertad.

Pero existe una manera diferente que el ordenamiento jurídico encuentra para restringir la libertad, ya no basada en el daño a terceros, sino en la protección de la propia persona a quien se le impone la restricción.⁷ Este modo de restringir los derechos recibe el nombre de paternalismo. Ejemplos clásicos de estas restricciones los configuran las prohibiciones de conducir sin utilizar cinturón de seguridad, la prohibición de realizar determinadas actividades riesgosas, las prohibiciones de aceptar determinadas condiciones laborales o de someterse a la esclavitud, entre muchísimos otros ejemplos que se aplican a todas las personas sin distinción de edad⁸.

Defenderemos aquí que es éste el modelo de regulación (fuertemente paternalista) compatible con el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños y niñas, por lo que la aplicación a este sistema normativo del modo liberal clásico, que llamaremos *liberacionista*, anula su capacidad performativa y explica (parte) de los problemas hermenéuticos que presenta hoy la vigencia de estos derechos.

Elegimos para la comparación al artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo por la coincidencia numérica con el artículo 19 de la Constitución Nacional, sino porque constituye la principal norma de aplicación en la materia dentro del ámbito interamericano⁹, en tanto toda la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema focaliza en él.

⁵ “(...) corresponde al principio de autonomía directamente un derecho general a la autonomía, que representa los derechos humanos y fundamentales más generales. Este derecho puede también bautizarse como ‘derecho de libertad general’. Es posible formularlo como sigue: // Cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia.” (Alexy: 1995).

⁶ En este trabajo se utiliza la siguiente versión: Stuart Mill, John, *On liberty*, en *John Stuart Mill. On liberty and other essays*, en Gray, John (Ed.), Oxford, Oxford University Press, 1991.

⁷ Estos dos modos de intervención fueron explicados por Joel FEINBERG, 1986 en los respectivos tomos (*Harm to others* y *Harm to self*) de su obra *Moral limits of criminal law*.

⁸ Garzón Valdés incluye otros ejemplos: “Tal es el caso de las disposiciones relacionadas con la obligación de usar casco protector en las motos, de las leyes que prohíben bañarse en playas donde no hay baños, de la prohibición de venta de medicamentos sin receta, de las leyes que prohíben ciertos juegos de azar aduciendo que ellos suelen atraer más a los pobres que a los ricos, con el consiguiente perjuicio para aquéllos.” (Garzón Valdés, 1988: 156).

⁹ Sobre la aplicación del artículo 19 de la CADH por la Corte IDH, puede consultarse Beloff, 2018.

Este artículo prescribe que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Sobre la base de las cuestiones planteadas, a la hora de interpretarlo se plantea la pregunta sobre si la protección que debe brindársele a niñas y niños sólo abarca el daño que podrían sufrir por parte de terceras personas o comprende también el daño derivado de sus propias decisiones, como vimos admitido en algunos casos también para los adultos. De aceptarse esta opción, ¿en cuánto más estaría justificada la restricción del ámbito de autonomía protegido por el artículo 19 de la CN cuando se trata de niñas y niños?

Esta pregunta se relaciona con el tema central de esta obra colectiva en tanto ella puede reformularse en el sentido de si el artículo 19 de la CADH (y con él, todo el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niñas y niños) simplemente reafirma y complementa el principio reconocido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, o si se trata de un modo adicional (y, eventualmente, en ese caso opuesto) de restringir la libertad y la autonomía, ya no (o no exclusivamente) a partir de comportamientos que dañen a terceros, sino a partir de comportamientos autolesivos basados sobre la incompetencia básica de niñas y niños para tomar esas decisiones, en tanto que “el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad”¹⁰.

III. La imposibilidad de aplicar el principio de lesividad a los niños de acuerdo con John Stuart MILL

El principio del daño (como límite principal al poder estatal y de la comunidad sobre el individuo) es definido por John Stuart MILL de la siguiente manera:

“That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.” (Stuart Mill, 1991: 14)

¹⁰En los términos de Ernesto Garzón Valdés, 1994: 737.

Este autor continúa:

“He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.” (Stuart Mill, 1991: 14)

Sin embargo, MILL se ocupa de aclarar expresamente que este principio no aplica a los niños:

“It is, perhaps, hardly necessary to say that this doctrine is meant to apply only to human beings in the maturity of their faculties. We are not speaking of children, or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury(…)” (Stuart Mill, 1991: 14)

Las referencias al principio de daño y su exclusión respecto de personas inmaduras o menores de edad son permanentes en la obra de Mill. Así, por ejemplo, afirma también que:

“As soon as any part of a person's conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it, and the question whether the general welfare will or will not be promoted by interfering with it, becomes open to discussion. But there is no room for entertaining any such question when a person's conduct affects the interests of no persons besides himself, or needs not affect them unless they like (all the persons concerned being of full age, and the ordinary amount of understanding). In all such cases, there should be perfect

freedom, legal and social, to do the action and stand the consequences.” (Stuart Mill, 1991: 83-84)¹¹

En otra referencia, sostiene que: *“But neither one person, nor any number of persons, is warranted in saying to another human creature of ripe years, that he shall not do with his life for his own benefit what he chooses to do with it.”* (Stuart Mill, 1991: 84)

En definitiva, en la obra de quien es considerado padre del liberalismo político se plantea la vigencia absoluta del principio del daño a terceros como límite a la libertad respecto de las personas adultas y capaces, junto con la completa exclusión de este principio respecto de niños y adolescentes.

La idea de la exclusión de las personas consideradas menores de edad del ámbito de aplicación del principio de libertad fue compatible con el modelo creado hacia fines del siglo XIX, de intervención estatal sobre niños infractores o con familias que no podían asegurar el cuidado, de acuerdo con las ideas de la época. En una combinación de paternalismo (derivado del ideal filantrópico devenido política pública) con defensa social (la criminología positivista dominaba el pensamiento penal por entonces), se implementó por décadas un sistema de respuesta al delito de niños y adolescentes para el cual la falta de autonomía como capacidad ofrecía el marco para adoptar, en los casos de niños sin familia o de familias con dificultades, medidas de tutela que no encontraban justificación real en términos de aseguramiento del derecho de protección.

En América Latina a esa combinación se sumó el modelo procesal inquisitivo, el cual tampoco ofrecía mucho margen para activar libertades *liberales*, por llamarlas de alguna manera, o derechos de defensa.

La reacción a esa idea que en alguna ocasión hemos llamado tutelar clásica¹² se expresó en una teoría conocida como “liberacionismo”. Dedicaremos a ella la siguiente sección.

IV. El liberacionismo como reacción a las intervenciones paternalistas injustificadas sobre la infancia (o acerca de cómo aparentemente John Stuart MILL se habría equivocado)

Como indicamos, esta mirada del liberalismo clásico respecto de la no aplicación del principio de libertad y sus límites en relación con los niños se complementó con el desarrollo de las primeras teorías modernas referidas al estatus socio-jurídico de los niños, surgidas de la mano del positivismo y del correccionalismo criminológicos, las cuales sentaron las bases teóricas para un modelo de intervención estatal sobre este segmento de la población cuando se tratara de niños sin familia o con familias que presentarían serios problemas para asegurar su cuidado de acuerdo con los criterios de la época.

Estas intervenciones tutelares que llamamos clásicas —para distinguirlas de otro tipo de intervenciones orientadas a la tutela de derechos fundamentales—, básicamente se justificaban por razones paternalistas que, a lo largo de los años, se vieron refutadas por la vigencia efectiva de los sistemas concretos creados bajo su inspiración, los cuales no sólo resultaron inidóneos para lograr la pretendida protección de derechos que había motivado su implementación, sino que en muchos casos trajeron aparejadas una cantidad considerable de vulneraciones de derechos de todo tipo.

En el ámbito anglosajón la reacción a esa manera de intervención no se hizo esperar. Dentro de una considerable cantidad de decisiones, se suele considerar el conocido caso “Gault” de la Corte Suprema de los Estados Unidos como el quiebre de esta concepción. Allí se sentaron las bases para que en las intervenciones sobre niños y adolescentes quedaran a resguardo también las garantías penales clásicas (debido proceso legal), entre ellas, el principio del daño. Los hechos del caso son elocuentes, pues a partir de la realización de llamadas telefónicas “obscenas” a una vecina, el joven Gault fue trasladado a un correccional de menores. En este caso la Corte sostuvo que, de haberse tratado de un adulto, no le hubiera correspondido una sanción mayor a una multa de cincuenta dólares, pero que por tratarse de una persona menor de edad se le aplicaba una medida de privación de la libertad por tiempo prolongado bajo el pretexto de “protegerlo”, sin que la evidencia empírica demostrara que esa finalidad se cumpliera y, de ese modo, se justificara el desconocimiento de los derechos de libertad que a una persona adulta se le hubieran reconocido en las mismas circunstancias. Podría decirse, en la clave de este ensayo, que con ello la

¹¹ En este sentido: *“And even (it will be added) if the consequences of misconduct could be confined to the vicious or thoughtless individual, ought society to abandon to their own guidance those who are manifestly unfit for it? If protection against themselves is confessedly due to children and persons under age, is not society equally bound to afford it to persons of mature years who are equally incapable of self-government?”*, Stuart Mill, 1991: 89.

¹² Beloff, 2018: Cap. II.

Corte entendió que el principio del daño también debía regir respecto de niños y adolescentes, en tanto que si las medidas pretendidamente tutelares (de protección)—incuestionables desde el punto de vista de los principios—, se materializaban (desde el punto de vista fáctico) de forma equivalente a un castigo penal, ya no podía argumentarse que la intervención—vale recordar, no encorsetada por el debido proceso legal— tenía justificación paternalista, dado que la medida paternalista es en beneficio y no en perjuicio de quien se le aplica.

Las derivaciones del caso en un contexto de intenso activismo dieron lugar, en su versión más extrema, al llamado “liberacionismo de la infancia”, que encontró sus primeros desarrollos en ese país en la década siguiente. Ejemplos de este pensamiento se encuentran en las obras de Daniel Farson (1974), John Holt (1974) y Howard Cohen (1980), para los cuales los rasgos de inocencia de la niñez y aquellos elementos que fundaban su incapacidad jurídica constituían construcciones culturales e ideológicas que servían para restringir derechos (por todos ver: Garzón Valdés, 1994: 734). En este sentido, se intentó equiparar la situación de los niños con la de otros grupos históricamente oprimidos (en particular, con la situación de las mujeres) al punto de considerar a la niñez como “la esclavitud moderna” (de acuerdo con Herring, 2014: 68). De ahí que esta corriente de pensamiento entendiera necesario otorgar al niño mayor autonomía de voluntad y equiparar su situación jurídica a la de un adulto (de acuerdo con Garzón Valdés, 1994: 734).

Como rasgos centrales, puede afirmarse que esta visión acerca del ejercicio de los derechos del niño pretendió estructurarse sobre la base de la igualdad con los adultos al reivindicar la capacidad de los niños para autodeterminarse. Un ejemplo claro de esta posición se encuentra en la obra de Holt. Para este autor, el niño debería tener derecho, por ejemplo, a: igual tratamiento ante el derecho, votar, ser legalmente responsable de su vida y de sus actos, trabajar por dinero, privacidad, independencia y responsabilidad financiera (derecho a comprar propiedades, prestar dinero, solicitar crédito, firmar contratos), derecho a dirigir su propia educación, derecho a viajar, a vivir lejos de su casa o elegir o constituir su propio hogar, recibir un ingreso mínimo por parte del Estado equivalente al que recibiría cualquier ciudadano adulto, a elegir cuidadores, en definitiva, el derecho a hacer, en general, lo que cualquier adulto legalmente puede hacer (Holt, 1974).

Con independencia de que la crítica al modelo del tribunal de menores estuviera justificada¹³, la concepción liberacionista de la infancia tuvo dos problemas teóricos centrales y en poco tiempo fue abandonada. Por un lado, el problema que en otra ocasión hemos llamado “falacia de la equiparación”¹⁴, la cual consistió en asimilar a los niños a otros grupos históricamente destinatarios de tutela. Por el otro, el problema de su anacronismo. El enfoque liberacionista ignoró el hecho de que, en los tiempos de hegemonía del tutelarismo clásico, precisamente no se consideraba que el principio de libertad (y, por extensión, todos los derechos derivados de él) se aplicara a los niños, quienes eran considerados —de acuerdo con la tesis de Mill— incompetentes absolutos respecto del ejercicio de libertades civiles¹⁵.

En América Latina, los excesos del paternalismo injustificado comenzaron a ser denunciados conjuntamente con las críticas a los regímenes de facto, como consecuencia del impacto de la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la Convención sobre los Derechos del Niño. De la mano de la transformación de los sistemas penales inquisitivos a acusatorios en su variante latinoamericana se produjeron en un cuarto de siglo significativos cambios en las regulaciones (no necesariamente en las prácticas) referidas a los

¹³ Entre muchos, para Estados Unidos, cfr. Platt, 1982; para Italia, De Leo, 1981; para Francia, Donzelot, Jacques, 1977; y para España, Cantarero, 1988.

¹⁴ “La falacia de la equiparación de los niños con otros grupos que habían sufrido la pérdida de derechos de ciudadanía bajo el argumento de su protección tales como las mujeres, los afroamericanos, las personas con necesidades especiales, etc., negó el hecho de que la situación de dependencia de esos grupos fue históricamente construida, en tanto que la condición de dependencia y vulnerabilidad de los niños es un dato fenomenológico, más allá de cómo cada sociedad y cultura aborde esa situación. Ello condujo a su vez a la negación de la condición de vulnerabilidad y dependencia de los niños, y a su equiparación con los adultos, con la consecuencia de la pérdida del deber/derecho de protección especial. La aplicación de la pena de muerte a menores de edad en los Estados Unidos luego de que la Corte Suprema de ese país declarara la inconstitucionalidad de los procedimientos tutelares y la constitucionalidad de ese castigo diez años después, o los efectos penales de la reducción de mayoría de edad civil en la República Argentina, o las autorizaciones para contraer matrimonio por debajo de la edad mínima, son algunos ejemplos dramáticos de las consecuencias de la equiparación entre niños y adultos producto del enfoque liberacionista de la infancia.” (Beloff, 2018: 47)

¹⁵ “El defecto del anacronismo también puede ser explicado fácilmente. La concepción de protección de la niñez desarrollada por el tutelarismo clásico es sencilla y se relaciona con el punto anterior. Por un lado, se entendía que los niños tenían derecho a ser protegidos, como en otras épocas no tan lejanas las mujeres o las personas con necesidades especiales, o aún más atrás en el tiempo, los indígenas. Este derecho surgía a partir de la definición de una carencia o incapacidad. En el caso de los niños, el derecho a ser protegido derivaba de su condición de dependencia basada sobre sus características evolutivas y madurativas. Por otro lado, estos grupos por lo general se desarrollaban dentro del ámbito de la vida privada y, por ese motivo, no se los concebía como actores que interactuaran con el Estado, para quienes fueron originalmente concebidos los derechos de libertad (de ciudadanía en sentido clásico); esto es, respecto de quienes circulaban en el ámbito público. El gradual ingreso de estos grupos a la vida pública condujo al reconocimiento de sus derechos civiles; pero estuvo por años en tensión con sus derechos de prestación”. (Beloff, 2018: 49).

niños y adolescentes infractores, y en las referidas a los mecanismos de protección de los niños sin cuidados parentales.

Más tardíamente, la concepción liberacionista impactó en el Derecho Civil. Analizaremos lo sucedido en este sentido en la República Argentina en la siguiente sección en ambas ramas del derecho, de modo de mostrar las tensiones que advertimos entre el artículo 19 CN y el artículo 19 CADH.

V. Una victoria pírrica: la primacía del artículo 19 CN sobre el artículo 19 CADH en el Derecho Penal y en el Derecho Civil argentinos

Por los motivos resumidos más arriba, en los últimos años se ha difundido una visión de los derechos centrada en la exaltación de las bondades de los derechos de libertad característicos de la condición de adultos, producto de una visión sesgada que atribuye una connotación negativa a los derechos de protección (probablemente influenciada por los señalados excesos del tutelarismo clásico).

Ella ha llevado a considerar como deseable una mayor equiparación, en cuanto a los derechos de libertad, entre los niños y adolescentes respecto de los adultos, la cual ha transitado un camino de acercamiento gradual de ambas condiciones jurídicas tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Civil.

Veamos por separado brevemente cómo ha impactado este acercamiento en cada una de estas materias, para delimitar sus efectos positivos y negativos en términos de protección de los derechos de niñas y niños, de la mano de la tensión que se refleja entre el reconocimiento de una mayor autonomía (sobre la base del art. 19 CN) y/o una mayor protección (sobre la base del art. 19 CADH y todo el *corpus juris* de protección de derechos humanos de este grupo de edad).

1) La condición jurídica de los niños y el Derecho Civil

Como primer aspecto, debemos señalar que en materia de Derecho Civil el paulatino acercamiento de la condición jurídica del niño a la del adulto ha sido vista e impulsada con un gran entusiasmo, de forma acrítica y en el convencimiento de que cada paso en ese acercamiento constituía un avance en el reconocimiento de derechos.

El punto máximo de este acercamiento lo constituye probablemente el artículo 26 del Código Civil y Comercial¹⁶ (en adelante, también CCyC), el cual permitiría concluir (al menos a primera vista) que se han asimilado ambos estatus, al prescribir la mencionada norma que *el adolescente de dieciséis años de edad es considerado adulto* respecto del cuidado de su propio cuerpo:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. *A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.*” (cursivas agregadas).

Esta equiparación del adolescente con el adulto se inspira en la posibilidad de dotar a la persona que ha alcanzado los dieciséis años de la capacidad jurídica para tomar decisiones de tan significativa trascendencia que el ordenamiento jurídico sólo reserva para las personas adultas.¹⁷

¹⁶ Ley 26994, sancionada el 1/10/14, promulgada de hecho el 7/10/14 y publicada en el BO del 8/10/14.

¹⁷ “De todos modos, debe tenerse presente que, también respecto de los adultos, en el Código Civil y Comercial de la Nación se regulan deberes de protección que limitan las decisiones sobre el ‘propio cuerpo’, p. ej., cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres (cfr. art. 56, Cod.Civ. y Com.). Por esa razón, aun cuando se considere que existe en la nueva legislación una equiparación de estatus entre adolescentes mayores de dieciséis años (niños para el derecho internacional) y adultos, son de aplicación los límites a los derechos de ‘libertad’ con fundamento en la necesidad de ‘protección’ que se imponen a las decisiones de los mayores de 16 años por derivación de las que también rigen para mayores de 18 años. Por otro lado, deben tenerse presentes las leyes especiales, por ejemplo, la ley de transplante que exige que el donante en vida sea mayor de 18 años, a pesar de que es un acto referente al cuidado del propio cuerpo (art. 15, ley 24.193). Ello plantea la pregunta acerca de si prima el Código (...), por ser la ley posterior, o la ley de transplantes, por ser ley especial (...)” en BELOFF, Mary; KIERSZENBAUM, Mariano; y TERRAGNI, Martiniano, *Una sensata cantidad de liberacionismo: el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de*

Estas normas han avanzado, a su vez, bajo la idea de la denominada “autonomía progresiva” en el sendero del abandono de los sistemas de edades fijas en la asignación de competencias junto con el aumento de la casuística, todo en el entendimiento de que esta categoría se deriva directamente de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁸

Hasta aquí podríamos suponer que, entonces, el CCyC ha priorizado la autonomía (en el sentido del art. 19 CN) por sobre la protección (en el sentido del art. 19 CADH y el resto de las normas del *corpus juris*). Sin embargo, el mismo cuerpo legal que parece dotar de mayores competencias a los niños, también amplifica y expande etariamente los deberes de prestación. Por ejemplo, se extienden las prestaciones alimentarias hasta los veintiún años de edad (art. 658, CCyC) y hasta los veinticinco siempre que el joven estudie o se prepare profesionalmente (art. 663, CCyC).

Por su parte, en el ámbito internacional, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho en su Observación General n° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia:

“El artículo 5 de la Convención dispone que la dirección y orientación que impartan los padres debe guardar consonancia con la evolución de las facultades del niño. El Comité define dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos. El Comité ha señalado que, cuanto más sepa y entienda un niño, más tendrán sus padres que transformar la dirección y la orientación en recordatorios y luego, gradualmente, en un intercambio en pie de igualdad.” (Párrafo 18)

Sin embargo, seguidamente señala la prevalencia de la protección aún respecto de sujetos a quienes se le reconocen mayores grados de autonomía como los adolescentes:

“El Comité hace hincapié en que el derecho a ejercer niveles cada vez mayores de responsabilidad no anula las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar protección. El abandono gradual de la protección de la familia u otro entorno de cuidado, junto con la relativa inexperiencia y la falta de poder, pueden

exponer a los adolescentes a violaciones de sus derechos. El Comité destaca que promover la identificación de riesgos potenciales por parte de los adolescentes y elaborar y aplicar programas para mitigarlos aumentará la eficacia de la protección. Garantizarles el derecho a ser escuchados, impugnar las violaciones de sus derechos y obtener reparación permite a los adolescentes ir haciéndose cargo progresivamente de su propia protección.” (Párrafo 19) También: “Al tratar de asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones, como el nivel de riesgo implicado, la posibilidad de explotación, la comprensión del desarrollo de los adolescentes, el reconocimiento de que las competencias y la comprensión no siempre se desarrollan por igual en todos los ámbitos al mismo ritmo, y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona.” (Párrafo 20).

De modo que para el Comité de Derechos del Niño, el reconocimiento de progresivos niveles de autonomía en los niños y adolescentes, no implica abandonar los deberes de protección (paternalistas).

2) La condición jurídica de los niños y el Derecho Penal

A diferencia de lo sucedido con el Derecho Civil, en el Derecho Penal los efectos de la equiparación han sido visto mayormente como negativos (Beloff, 2016: 91 y 92), curiosamente también por quienes en el orden civil no encuentran ninguna dificultad con la teoría liberacionista.

Para establecer mayores precisiones, cabe separar el problema en dos aspectos. Por un lado, la consideración del niño como imputado y, por el otro, del niño como víctima.

A) El niño imputado

Con relación al niño imputado de cometer delitos, si bien en un primer momento se observó como conveniente la equiparación de las condiciones jurídicas (de niños y adultos), ello se debió al necesario traslado al proceso penal juvenil de las garantías tanto procesales como penales sustantivas que rigen para el derecho penal de adultos (como consecuencia del efecto del ya mencionado fallo “Gault” de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica). Sin

edad, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2018, nota al pie 9.

¹⁸ Por ejemplo, en Grosman (Dir.), 2018.

embargo, no sucedió lo mismo con la idea de responsabilidad, como contracara de la autonomía, en tanto que la más destacada doctrina como así también el derecho internacional de los derechos humanos han sido muy enfáticos no sólo en sostener la actual y muy clara separación del adolescente con respecto al adulto a los fines de las consecuencias penales, sino también en elevar las edades de separación, ello con independencia de que la práctica y algunas reformas legales han generado variados problemas a partir del paulatino acercamiento de los procesos para adolescentes y adultos a través de la incorporación de institutos provenientes de los modelos acusatorios, como el juicio abreviado (Beloff, Kierszenbaum, Terragni, 2017).

En cuanto a las derivaciones de la idea de “autonomía progresiva” en derecho penal, ellas no han tenido mayor impacto (más allá del reconocimiento del ejercicio de algunas garantías durante el proceso, en particular, de los alcances del derecho a ser escuchado) debido a la más estricta seguridad jurídica que lo caracteriza. En función de ello, tanto la doctrina como el sistema internacional desaconsejan la casuística y recomiendan el establecimiento de edades fijas.¹⁹ Es por esa razón que tanto respecto del establecimiento de la edad mínima de responsabilidad penal (en Argentina, los dieciséis años de edad, arts. 1 y 2, ley 22278) como de la edad máxima (dieciocho años de edad), se rechazan los sistemas del “caso a caso” y se opta por un sistema de inimputabilidad con una presunción de incapacidad de culpabilidad *juris et de jure*.

B) El niño víctima frente al delito

En cuanto al niño víctima de delitos, la tendencia ha sido completamente a la inversa de lo que ha ocurrido en el derecho civil, pues se ha tendido a disminuir la autonomía con la finalidad de brindar mayores protecciones y criminalizar un espectro más amplio de comportamientos. En este sentido, pueden mencionarse como puntos más relevantes el aumento de la edad a partir de la cual se pueden consentir relaciones sexuales (mediante la ley 25087 del año 1999²⁰), que de doce años aumentó a trece en el delito de abuso sexual (art. 119, Código Penal—en adelante, CP—), y de quince años a dieciséis en el delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (art. 120, Código Penal,

anteriormente “estupro”), la incorporación del delito de *grooming* o captación sexual cibernética que tiene como víctima a una persona menor de edad (art. 131, CP, mediante la ley 26904 del año 2013²¹) o el delito de trabajo infantil (art. 148 bis, CP, mediante la ley 26847 del año 2013²²).

Asimismo, se han incorporado institutos procesales que han brindado mayores protecciones, como la declaración de la víctima en Cámara Gesell (art. 250 bis, Código Procesal Penal de la Nación —CPPN— mediante la ley 25852 del año 2004²³).

Estos ejemplos demuestran que el Estado ha decidido otorgar mayor relevancia a los derechos de protección (art. 19 CADH) que a la autonomía (art. 19 CN) puesto que si la tendencia hubiera sido la inversa, es decir, incrementar los niveles de autonomía, no habría fundamento para criminalizar los comportamientos mencionados o para otorgar mayores protecciones procesales. Por este motivo Herring llegó a afirmar que las posiciones liberacionistas—por sus reclamos relacionados con la libertad sexual del niño— podrían ser considerados como la Carta Magna de los pedófilos (Herring, 2014: 69).

Respecto del niño como víctima no se ha verificado ninguna incidencia de la idea de “autonomía progresiva” en su vertiente de edades del “caso a caso”, sino que, por lo contrario, se continuó legislando sobre la base de edades fijas. Una rápida revisión del ámbito nacional da cuenta solamente de dos fallos y un autor aislado que han intentado aplicar, *contra legem*, estas posturas a los delitos de abuso sexual, al admitirse el consentimiento de una niña de doce años de edad.

En cuanto al mayor reconocimiento de autonomía, sí se advierte un matiz en lo referido a otorgar al niño mayores competencias para participar en los procesos penales en calidad de querellante, no ya a través de sus representantes legales, sino por derecho propio con patrocinio letrado.

3) La necesidad de compatibilizar la protección especial con la autonomía

²¹ Sancionada el 13 de noviembre de 2013, promulgada el 4 de diciembre de 2013 y publicada en el Boletín Oficial el 11 de diciembre de 2013.

²² Sancionada el 20 de marzo de 2013, promulgada el 11 de abril de 2013 y publicada en el Boletín Oficial el 12 de abril de 2013.

²³ Sancionada el 4 de diciembre de 2003, promulgada el 6 de enero de 2004 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de enero de 2004.

¹⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 10 (2007) “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”.

²⁰ Sancionada el 14 de abril de 1999, promulgada el 7 de mayo de 1999, publicada en el Boletín Oficial el 14 de mayo de 1999.

Como se observa en los puntos anteriores, tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Penal existe una tensión permanente entre grados de autonomía (art. 19 CN) y los niveles de protección (art. 19 CADH) que la sociedad está dispuesta a reconocer a los niños. Si bien una primera mirada de la situación conduce a la idea de que en el Derecho Civil esta equiparación ha sido vista e impulsada como un mayor reconocimiento de derechos mientras que en el Derecho Penal ha sido vista como un retroceso en materia de derechos del niño, una mirada más profunda revela matices. Por un lado, porque en materia civil jamás se acepta la renuncia a la protección especial en pos de la garantía de la autonomía, sino que, en todo caso, se trata de buscar una compatibilización, en la medida en la que no se aceptan decisiones autónomas respecto de aspectos que puedan poner en riesgo derechos fundamentales de los niños. Por su parte, en el ámbito penal, la equiparación es fuertemente rechazada pero en la medida en la que ella avasalle los derechos a la protección especial del niño, tales como la finalidad socio-educativa de la intervención penal juvenil o su integridad sexual respecto de relaciones consentidas con adultos, pero es aceptada cuando ella se traduce en el mayor reconocimiento de principios y reglas de garantía, tanto dentro del proceso (debido proceso, defensa en juicio, juicio previo, derecho a ser escuchado, entre otros), como al proceso (en sus derivaciones de tutela judicial efectiva o acceso a la justicia, mediante la posibilidad no sólo de denunciar, sino también de constituirse en el proceso como parte querellante).

En definitiva, en ambas ramas del derecho tanto la autonomía (art. 19, CN) como la protección (art. 19 CADH) resultan fundamentales, y en ambas ramas del derecho se busca potenciarlas. Los problemas que podrían plantearse son esencialmente dos: 1) ¿pueden maximizarse siempre tanto los derechos de libertad como los derechos de protección respecto de un determinado grupo (en nuestro caso, los niños)?, y 2) ¿qué ocurre en los casos de colisión entre una y otra, en donde necesariamente se debe optar por privilegiar la autonomía o privilegiar la protección de niñas y niños?

Este es el problema que intenta resolver el paternalismo justificado, teoría de la cual nos ocuparemos seguidamente.

VI. ¿Liberación o protección? El paternalismo justificado como modo válido para restringir la autonomía y la libertad

Como instancia superadora de la dicotomía entre las posiciones paternalistas injustificadas y las ideas liberacionistas, se encuentra la propuesta de paternalismo justificado desarrollada, entre otros, por Ernesto Garzón Valdés. Este autor considera que los niños, en función de la etapa evolutiva que los caracteriza, no pueden ser equiparados a los adultos en cuanto al ejercicio de sus derechos, en la medida en la que el niño no es (siempre) capaz de tomar decisiones por sí mismo orientadas a la satisfacción de sus necesidades.

Él explica que la idea central de la intervención paternalista es la competencia, entendiendo por tal

“la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta. Como existen distintos ámbitos de desafíos o problemas, puede también decirse que la competencia de una persona es siempre relativa al contexto de que se trata.” (Garzón Valdés, 1988: 165). La competencia general para desenvolverse en la vida puede ser llamada, en términos de Garzón Valdés, competencia básica y quien carece de ella es, por lo tanto, un incompetente básico, lo cual le ocurre a alguien: “a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill); // b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el § 114 del Código Civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume); // c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales); // d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas). // e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer *X*, saber que *Y* es condición necesaria para lograr *X*, disponer de *Y*, no tener nada que objetar contra *Y* y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (Dworkin, 1983, 30). Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas).” (Garzón Valdés, 1988: 166).

De ahí que Garzón Valdés (1994:735) incluya dentro de los incompetentes básicos a los niños, en función de su vulnerabilidad *radical*, la cual lo lleva inevitablemente a rechazar las posiciones liberacionistas:

“La tesis liberacionista desconoce u oculta la verdadera condición de la dependencia infantil y aspira a superarla recurriendo a la exigencia de la igualdad ante la ley. Al pretender equiparar a los niños con los adultos, refuerza justamente la vulnerabilidad infantil dada la incapacidad básica de los niños para ejercer por sí mismos sus derechos. (...) // Conviene, creo, dejar de lado la tesis liberacionista.” (Garzón Valdés, 1994: 735)

La posición de Garzón Valdés ofrece una herramienta teórica para interpretar el *corpus juris* de protección de derechos humanos de niñas y niños, a diferencia de lo que sucede con la teoría liberacionista. En ese sentido vale recordar que la idea paternalista, tal como lo explica Habibi, aparece en Mill como un factor necesario para la protección de los derechos de los niños, y no como un factor para su restricción:

“Mill believed that paternalism serves the interests of the child better than autonomy. He also believed that the influences of society upon a young person will not be conducive to the proper development of individuality. Hence it is important that children, to some extent, be protected from the world and prepared to function properly in it.” (Habibi, 1986: 68)²⁴

De la mano de Rawls, la apelación a la teoría de la igualdad para justificar el paternalismo que lleva adelante Garzón Valdés²⁵ ofrece una interesante clave de

²⁴ “Mill creía que el paternalismo sirve mejor a los intereses del niño que la autonomía. Creía también que las influencias de la sociedad sobre una persona joven no serán conducentes a un adecuado desarrollo de la individualidad. Por eso es importante que los niños, en cierto sentido, sean protegidos del mundo y preparados para funcionar adecuadamente en él.”, traducción propia.

²⁵ “Pero el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad. Porque ello es así, puede Rawls afirmar que en la posición originaria, las personas ‘desearán asegurarse en contra de la posibilidad de que sus facultades estén subdesarrolladas y no puedan promocionar racionalmente sus intereses, como en el caso de los niños; o que por alguna desgracia o accidente sean incapaces de tomar decisiones para su propio bien como en el caso de quienes están severamente dañados o mentalmente perturbados. Es racional para ellas protegerse en contra de sus inclinaciones irracionales...’, aceptando ciertas disposiciones destinadas a evitar las consecuencias desafortunadas de su comportamiento imprudente. Para estos casos, las partes adoptan principios que estipulan cuando otros están autorizados para actuar en su nombre o para dejar de lado sus deseos actuales si es necesario...” (1971, 248 y sigs.). Precisamente porque el paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica, podía decir Rousseau (1964, III, 182) que la autoridad paternal ‘toma más en cuenta la ventaja del que obedece que la utilidad del que ordena’. Fotion (1979) parece haber recogido esta idea con su sugerencia de la

interpretación. En efecto, la desigualdad esencial entre niños y adultos exige medidas paternalistas, ya no para superar una desigualdad producto de una injusta distribución de bienes, sino para compensar una diferencia fenomenológica que se resuelve con el paso del tiempo, siempre que vaya acompañada por esas medidas paternalistas bien administradas.

Con base en la idea de equidad de Rawls, un punto central aquí finca en el hecho de que si de lo que se trata para fundar una medida paternalista justificada con base en la mayor protección es que el sujeto efectivamente se encuentre en una posición de desventaja estructural, el fundamento de la medida paternalista (pero también de la mayor protección) desaparecería si el sujeto destinatario de la medida no presentara esa condición de mayor vulnerabilidad. En definitiva, lo que se quiere afirmar es que la idea de intentar potenciar en paralelo el mayor avance de los derechos de autonomía con el mayor avance de los derechos de protección respecto de un determinado grupo (los niños, en nuestro caso) podría conducir riesgosamente a que uno de esos dos tipos de derechos necesariamente ceda frente al otro, ya sea porque ambos se presentan como incompatibles en el caso (por ejemplo, si quisiéramos potenciar la autonomía pero también la educación obligatoria, en algún punto se presentarían como incompatibles en los casos en los que el niño no quisiera ir a la escuela), ya sea porque el mayor reconocimiento de autonomía puede hacer perder el fundamento de la mayor protección (por ejemplo, si quisiéramos aumentar los niveles de autonomía en las decisiones para consentir relaciones sexuales en los niños, ello conduciría a la necesaria eliminación de los delitos que protegen a los niños de la pedofilia²⁶).

El punto crítico aquí es que la condición de vulnerabilidad esencial de los niños (más allá de otras que pueden acompañar a la primera) no es un producto socio-histórico sino un dato ontológico. Ello explica también la existencia, densidad y extensión del *corpus juris* internacional de protección de derechos humanos de niñas y niños, así como la centralidad y prevalencia de los derechos de protección por sobre los de defensa en él.

‘implicación completa’ aplicada al modelo paternalista, es decir, que quien actúa paternalistamente (sea que se trate de un individuo, de una institución o del Estado) tiene que hacerlo no sólo por ser más sabio o estar mejor informado sino guiado por el interés de la persona a quien se dirige su tratamiento paternalista (1979, 197). // Las dos condiciones mencionadas son necesarias y su conjunción las transforma en suficientes. El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico).” (Garzón Valdés, 1988: 168)

²⁶ Un análisis crítico en Couso, 2009.

En cualquier caso, debe quedar claro que el problema se plantea sólo en los casos de intervenciones paternalistas, nunca en los casos que llamamos de “pura protección” (cuando la niña o el niño está de acuerdo con la medida).

VII. Conclusión

La niña y el niño del *corpus juris* no son super personas que pueden ejercer todos los derechos de libertad y reclamar a la vez todos los derechos de protección. De intentarlo, como sujetos colapsarían y, con ellos, todos sus derechos.

Por ese motivo los modos de restringir la autonomía y la libertad de los niños han merecido el análisis de distintos pensadores a lo largo del tiempo, y siempre ha estado presente la idea de su protección: a) frente a otros, b) frente a sí mismos, o c) frente al Estado.

Es evidente que, al menos respecto de niños de corta edad, la protección frente a comportamientos auto-lesivos es necesaria (de acuerdo con el *corpus juris*, no podría aceptarse, por ejemplo, que un niño en su primera infancia decidiera no comer, no abrigarse en condiciones de frío extremo o no recibir cuidados médicos), pero también es evidente que el recurso a la autoprotección no puede fundar la adopción de medidas intensamente restrictivas de la libertad personal de un adolescente por un comportamiento respecto del cual un adulto no sería destinatario de equivalente medida paternalista.

En definitiva, los artículos 19 de la CN y de la CADH regulan ámbitos de injerencia opuestos: uno prohíbe la intervención sobre comportamientos autolesivos y el otro (para algunos casos) la reclama. La compatibilización de ambos preceptos en un mismo ordenamiento jurídico no puede hacerse sino mediante el recurso de la ponderación: en ocasiones la protección demanda restringir la autonomía de las personas (particularmente si son menores de edad), y esa restricción sólo puede justificarse cuando sea un medio idóneo, necesario y proporcional con relación al grado de vulneración de la autonomía.

Suponer que la mayor restricción a la autonomía en miras de garantizar su protección constituye un menoscabo en los derechos del niño, es del todo incorrecto, pues esa mirada, que enfatiza sólo los derechos de autonomía, no advierte que al potenciar la autonomía necesariamente disminuye la protección.

Para concluir, cabe recordar las palabras con las que Habibi finaliza su artículo sobre la interpretación de Mill y los derechos del niño, parte de las cuales utilizamos en el epígrafe:

“I have tried to show that Mill is sensitive to the position of children and that he affords them a position in his theory of liberty which he believes will be most conducive to growth. Indeed, children are singled out for special treatment. Their liberties are left to the discretion of their parents in the hope that children will be able to develop their capacity to exercise liberty and use it advantageously. Mill does not restrict the freedom of children because he thinks less of them. He recognizes their potential and value as future citizens. He wishes to protect them from the influences of society long enough for them (or at least a small portion of them) to develop their own personalities and talents. The improvement of mankind can only be achieved by working to develop the best in every individual. Paying attention to the special needs of children is a good place to start.” (Habibi, 1983: 72)

VIII. Bibliografía

1. Alexy, Robert (1995): *Teoría del discurso y derechos humanos*, traducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia.
2. Ariès, Philippe (1987): *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1987.
3. Beloff, Mary (2016): *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
4. Beloff, Mary, Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano (2017): “La justicia juvenil y el juicio por jurados”, en *Diario La Ley*, Buenos Aires, N° 183, 1-5, 26 de septiembre de 2017.
5. Beloff, Mary, Freedman, Diego, Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano (2017): “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en Beloff, Mary (Directora), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, págs. 139/185.
6. Beloff, Mary (2018): “Capítulo II. La ‘traducción latinoamericana’ del *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños” en Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, pp. 51 a 67.

7. Cantarero, Rocío (1988): *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*, Madrid, Montecorvo.
8. Cohen, Howard (1980): *Equal Rights for Children*, Totowa N. J., Rowman& Littlefield.
9. Couso, Jaime(2009), "La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal", SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, Paper 73, http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/73.
10. De Leo, Gaetano (1981): *La Giustizia dei minori*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1981 [en español *La justicia de menores*, Teide, Barcelona, 1985, traducción de Carlos González Zorrilla].
11. Donzelot, Jacques (1977): *La police des familles*, Paris, Ed. de Minuit, [en español: *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1990, traducción de José Vázquez y Umbelina Laraceleta].
12. Feinberg, Joel (1986): *Moral limits of the criminal law*, New York, Oxford University Press.
13. Farson, Daniel (1974): *Birthrights*, Penguin.
14. Garzón Valdés, Ernesto (1988): "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa*, n° 5, pp. 155-173.
15. Garzón Valdés, Ernesto (1994): "Desde la 'Modesta propuesta' de J. Swift hasta las 'Casas de engorde'. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, vol. II, pp. 731-743.
16. Grosman, Cecilia (Dir.) (2019): *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
17. Habibi, D. A. (1983): "The Status of Children in John Stuart Mill's Theory of Liberty", en *Educational Theory*, Spring, Vol. 33, No. 2, págs. 61-72.
18. Herring, Jonathan (2014): *Family law. A very short introduction*, Oxford, Oxford University Press.
19. Holt, John (1974): *Escape from Childhood: The Needs and Rights of Children*, New York, Dutton.
20. Matthews, Gareth y Mullin, Amy (2015): "The Philosophy of Childhood", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/childhood/>
21. Platt, Anthony M (1982): *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, traducción de Félix Blanco, México, Siglo XXI.
22. Stuart Mill, John (1991): *On liberty*, en *John Stuart Mill. On liberty and other essays*, en Gray, John (Ed.), Oxford, Oxford University Press.