

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Cuadernillo 7

Los derechos de niños, niñas y adolescentes

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

Los derechos de niños, niñas y adolescentes

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación
(2012 - 2017)

Dirección General de Derechos Humanos

Edición: Dirección de Relaciones Institucionales

Diseño: Dirección de Comunicación Institucional

Publicación: Enero 2018

2018

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Los derechos de niños, niñas y adolescentes

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)

ÍNDICE

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. INTRODUCCIÓN	11
III. LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	15
A) El interés superior del niño	15
B) El derecho de niños y niñas a ser oídos/as.....	17
C) El derecho de niños y niñas a preservar su identidad, lo que incluye los derechos a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares	20
D) El derecho de niños y niñas a la educación.....	30
E) El derecho de niños y niñas a la tutela judicial efectiva.....	37
F) La protección especial de niños y niñas con discapacidad.....	44
G) Los derechos de niños y niñas en conflicto con la ley penal.....	52

I. PRESENTACIÓN

Es una enorme satisfacción presentar esta colección de dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en temas de derechos humanos. La colección pretende ser un insumo de trabajo para la tarea de los/as fiscales y de todos/as los/as integrantes del Ministerio Público; así como de aquellos/as interesados/as en reflexionar sobre la incorporación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno.

Esta publicación compila, analiza y sistematiza los dictámenes más relevantes elaborados por la Procuración General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años (desde el 2012), y se actualiza periódicamente.

Los dictámenes seleccionados se encuentran clasificados por tema o derecho, y cada cuadernillo incluye una introducción sobre los principales estándares que surgen de instrumentos internacionales y pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos en la materia. El análisis de cada dictamen comienza con una síntesis de la causa llevada a conocimiento de la Corte Suprema, y luego transcribe textualmente los fragmentos del dictamen que exponen los desarrollos jurídicos del derecho bajo estudio. Corresponde advertir que las transcripciones textuales de las partes pertinentes de los dictámenes no siguen el orden original del documento; por eso, se cita siempre la referencia al dictamen completo, para el/la lector/a que lo precise. También se informa si a la fecha la Corte Suprema se ha expedido en el caso, y en ese supuesto, qué ha resuelto.

La colección se inauguró con el cuadernillo dedicado a la temática de libertad de expresión y acceso a la información pública, repasando dictámenes vinculados con conflictos con los derechos al honor, la intimidad y la imagen; con debates surgidos por el uso de Internet; dictámenes en casos en que las expresiones cuestionadas tienen un fin comercial; dictámenes en los que estuvo en discusión el alcance del derecho a la manifestación y asociación; y en los que se analizó el deber estatal de garantizar la pluralidad de voces y evitar la concentración de los medios de comunicación; entre otros.

El segundo cuadernillo de la colección se destinó al derecho a la igualdad y a la no discriminación, y contiene dictámenes en los que se ponderó la irracionalidad de restricciones basadas, por ejemplo, en la orientación sexual de una persona; así como otros en los que se definió el deber de adoptar medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre varones y mujeres, tanto por parte de privados como de las autoridades públicas.

El tercer ejemplar analizó exclusivamente los dictámenes emitidos en casos vinculados con los derechos de las personas con discapacidad; en éstos se examinó el alcance de las obligaciones que surgen a partir del nuevo modelo social de la discapacidad, como el deber de brindar medidas especiales de apoyo y realizar ajustes razonables a las políticas públicas.

El cuarto cuadernillo compiló diversos dictámenes en los que el Ministerio Público Fiscal se expidió sobre el alcance del derecho al debido proceso. Entre otros, reúne pronunciamientos sobre el derecho a un juez imparcial y a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

Por su parte, el derecho a la protección contra todas las formas de violencia de género fue la temática elegida para el quinto cuadernillo. Allí se agruparon dictámenes ante la CSJN en los que se desarrollan estándares sobre la obligación del Estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y contra el colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI).

El sexto cuadernillo abarcó la temática de los derechos económicos, sociales y culturales. Concentra dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que incluyen estándares sobre el derecho a una vivienda adecuada, a la salud, al trabajo y a la previsión social, a la vez que recogió pronunciamientos relativos al goce de derechos sociales por parte de determinados grupos objeto de protección especial, tales como las personas con discapacidad y las personas migrantes.

Este séptimo cuadernillo está dedicado a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En él se sistematizan dictámenes que receptan estándares sobre el principio del interés superior del niño y su aplicación por parte de los tribunales. Los pronunciamientos del Ministerio Público compilados abarcan también estándares sobre derechos específicos como el derecho a ser oído y el derecho a preservar la identidad, incluidos los derechos a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Esta edición contiene asimismo pronunciamientos sobre el derecho de niños y niñas a la tutela judicial efectiva así como al goce de derechos económicos, sociales y culturales. A la vez, reúne dictámenes relativos a determinados grupos en situación de vulnerabilidad, como es el caso de niños y niñas con discapacidad, y en conflicto con la ley penal.

La colección continuará con ejemplares destinados a presentar los dictámenes sobre derechos de los pueblos indígenas, derechos de las personas migrantes, y derecho a la protección judicial, entre otras temáticas.

Las tareas emprendidas para concretar esta obra responden a una de las líneas estratégicas de la Dirección General del Derechos Humanos, que tiene como misión principal colaborar con los/as fiscales, así como con las diferentes áreas y dependencias del organismo para asegurar su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales. La colección que se presenta y que, como dije, se actualiza periódicamente, ha sido el fruto del trabajo de todo el equipo de la Dirección, bajo la coordinación de María Victoria Meza. A todos/as ellos, mi reconocimiento.

Finalmente, este compendio resulta una oportunidad para resaltar la labor de la Procuración General de la Nación en la tarea de dictaminar ante la Corte Suprema. Los dictámenes son una parte esencial

del proceso para que el máximo Tribunal decida en la causa. Pero un dictamen es mucho más que una simple opinión fundamentada: en ese documento, el Ministerio Público Fiscal representa los intereses generales de la sociedad en el caso concreto y en el debate público sobre ese conflicto en general. Por ello, los desarrollos jurídicos que se incorporan en cada uno de estos pronunciamientos constituyen un paso fundamental en la protección de los derechos humanos.

Esperamos entonces que la colección pueda ser aprovechada por todos/as.

Andrea Pochak

Directora General de Derechos Humanos

II. INTRODUCCIÓN

Niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), a la vez que gozan de derechos específicos por su condición de personas en etapa de crecimiento. En consecuencia, tanto la Constitución Nacional como diferentes normas internacionales fijan obligaciones concretas de los Estados en favor de niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, el artículo 75 inciso 23 de la CN prevé que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos por ella y por los tratados internacionales, en particular respecto de niños y niñas. Asimismo, los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la CN) estipulan derechos específicos a niños y niñas. Entre estos, podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que dispone que niños y niñas tienen derecho a medidas de protección (artículo 24); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en cuanto establece que todo niño/a, tiene derecho a medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (artículo 19). Pero sin dudas, el instrumento más relevante en la materia es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que reconoce expresamente a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho.

El bloque normativo se completa, además, con la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (n° 26.061), sancionada con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales, en especial aquellos consagrados en la CDN.

La entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño supuso un cambio de paradigma en la infancia y la adolescencia. En efecto, este tratado sustituyó la doctrina de la “situación irregular” —que implica una mirada “tutelar” o “asistencialista”— por la de “protección integral”. Bajo esta doctrina, niños, niñas y adolescentes son considerados como sujetos de derechos, es decir, como titulares de todos los derechos contemplados en los instrumentos internacionales y, a la vez, tienen derechos específicos previstos, precisamente, por su condición de personas en etapa de crecimiento. En esta introducción, haremos referencia sobre todo a los principios y obligaciones generales que se derivan de la CDN; con énfasis en los derechos de niños, niñas y adolescentes que se desarrollan en los dictámenes seleccionados para este cuadernillo.

De acuerdo con la CDN, niño o niña es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (artículo 1). A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado que corresponde emplear el principio *pro homine* a fin de determinar cuándo se alcanza la mayoría de edad (cfr. Corte IDH, caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246, párr. 121 y siguientes)¹.

1. Vale aclarar que en ese caso aún se encontraba vigente en Argentina la legislación que preveía que eran menores de edad las personas que no habían cumplido 21 años.

La CDN afirma que los Estados deben respetar el *principio de no discriminación* en relación con niños, niñas y adolescentes. Así, establece que están obligados a asegurar el ejercicio de sus derechos sin distinción alguna, independientemente del sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra causa (artículo 2 inciso 1). A la vez, la Convención prescribe el deber estatal de tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño esté protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o sus familiares (artículo 2 inciso 2). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de supervisión de la CDN, ha aclarado que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC/7, párr. 12).

La CDN también dispone que los Estados tienen la obligación de atender al *interés superior del niño* como consideración primordial en la adopción de cualquier política que los afecte (artículo 3 inciso 1). La Corte IDH ha sostenido que “... este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’” (Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 108).

El interés superior del niño, entonces, resulta un derecho sustantivo, pero a la vez constituye un principio jurídico interpretativo fundamental, que sirve como marco para analizar cualquier otro derecho, norma y/o disposición que atañe al ejercicio de sus derechos.

El *derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos/as* está explícitamente contemplado en la CDN, en cuanto reconoce que estos tienen derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les conciernan, y en especial a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecten (artículo 12).

El Comité de los Derechos del Niño ha advertido que el derecho de los niños y niñas a ser oídos/as y tomados/as en serio es uno de los valores fundamentales de la CDN, junto con los principios generales de no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. Por tal razón, resalta que el artículo 12 de la Convención no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, 20 de julio de 2009, CRC/C/GC/12, párr. 2).

A su vez, el Comité recalcó que el derecho a ser oído “en todo procedimiento judicial o administrativo” “es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje” (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, cit., párr. 32).

En el ámbito del proceso penal, el derecho a ser escuchado se aplica respecto de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley —es decir, autores presuntos, acusados o condenados— y de quienes están en contacto con ella —por ser víctimas o testigos de delitos—. En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño señaló que los Estados deben hacer “... todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes referidos de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial”; y advirtió que el derecho a ser oídos/as “...está vinculado al derecho a ser informado de cuestiones tales como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima y/o testigo, la forma en que se realizará el ‘interrogatorio’, los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, las fechas y los lugares específicos de las vistas, la disponibilidad de medidas de protección, las posibilidades de recibir reparación y las disposiciones relativas a la apelación” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, cit., párrs. 63 y 64).

La Convención también reconoce el *derecho de niños y niñas a preservar su identidad, lo que incluye los derechos a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (artículo 8), *a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, así como a mantener una relación personal y contacto directo* con ambos, salvo si ello contradice su interés superior (artículo 9). La Corte IDH ha enfatizado al respecto la excepcionalidad de la separación del niño de su familia de origen, que —de disponerse— debe ajustarse rigurosamente a las reglas en la materia (cfr. Corte IDH, “Forneron e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, en especial párrs. 48, 116, 117, y 123).

Por otra parte, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a gozar de los *derechos económicos, sociales y culturales*. Al analizar las obligaciones del Estado en virtud de cláusula de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el derecho de niños/as a las medidas de protección por su condición de menor (artículo 19), la Corte IDH sostuvo que el deber estatal excedía el campo estricto de los derechos civiles y políticos y advirtió que corresponde al Estado emprender acciones

“... particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, [que] abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños” (cfr. Corte IDH, “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, párr. 149).

La CDN dispone que los Estados deben brindar, asimismo, una *protección especial a niños y niñas con discapacidad* (artículos 2 y 23). En particular, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) —que adquirió jerarquía constitucional mediante la ley n° 27.044— amplió el margen de protección y explicitó las obligaciones estatales respecto de este grupo (punto q del Preámbulo y artículos 3.h, 4.3, 7, 16.5, 28.2b). Las obligaciones reforzadas de los Estados en cuanto a la protección de niños y niñas con discapacidad fueron reafirmadas tanto por el Comité sobre los Derechos del Niño como por la Corte IDH (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9, “Los derechos de los niños con discapacidad”, 27 de febrero de 2007, CRC/C/GC/9, párr. 11; y Corte IDH, “Furlán y Familiares vs. Argentina”, cit., párr. 135).

Por otra parte, el Estado debe asegurar la *tutela judicial efectiva de niños, niñas y adolescentes*. En esta línea, la Corte IDH ha interpretado que las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial (artículos 8 y 25 de la CADH) se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de la CADH, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de niños y niñas (cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 95).

La CDN determina asimismo las obligaciones estatales que rigen en materia de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Establece, por ejemplo, que los Estados velarán porque ningún niño/a sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni se les impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua; que ningún niño/a sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente; garantizará que todo niño/a privado de la libertad esté separado de los adultos; y que todo niño/a privado de su libertad tenga derecho al acceso a la asistencia jurídica y a impugnar la legalidad de su detención (artículo 37). Por otra parte, la Convención dispone que los Estados deben asegurar a niños y niñas las garantías del debido proceso; entre otras, la presunción de inocencia (art. 40, inciso 2 b.i); el derecho a ser informado de los cargos que pesan contra él; el derecho a que la causa sea dirimida sin demora por un juez competente, independiente e imparcial; y el derecho a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable.

De acuerdo con la CDN, los Estados tienen la obligación de elaborar y aplicar una política general de justicia de menores. El Comité de los Derechos del Niño consideró que esta obligación no debe limitarse a aplicar las disposiciones específicas contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención, sino que los Estados deben tener en cuenta también los principios generales y derechos específicos reconocidos en el resto del instrumento internacional, en particular los principios de no discriminación

(artículo 2) y del interés superior del niño (artículo 3), y los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6) y a ser oído (artículo 12) (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10, párr. 4 y ss.).

III. LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A) El interés superior del niño

 G., B. M.²

Síntesis

En el caso se buscó determinar si, frente a un conflicto entre derechos de niños y de adultos, corresponde privilegiar a los primeros en aplicación del principio del interés superior del niño.

La niña B. M. G. nació el 23 de septiembre de 2011 en Posadas, Provincia de Misiones, y convivió en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de la entrega efectuada por J. E. G., madre biológica de la niña, con el matrimonio constituido por S. M. D. y J. V. O. desde los tres días de vida y hasta el año y dos meses. El 10 de octubre de 2012, S. M. D. y J. V. O. iniciaron el proceso de guarda para lograr la adopción de la niña, oportunidad en la que manifestaron que la progenitora, quien era de su conocimiento y afecto, les había entregado a la recién nacida ante la imposibilidad de hacerse cargo de ella. En ese contexto, la Defensora de Menores e Incapaces y el representante *ad litem* de la niña, consideraron inadmisibles el pedido de adopción y la guarda previa, en función de las condiciones irregulares que habrían rodeado la génesis de la custodia de hecho. Consecuentemente, los funcionarios requirieron como medida cautelar el cese de dicha guarda y la derivación de la niña a un hogar de tránsito.

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el pronunciamiento de la jueza de primera instancia que había hecho lugar a la medida cautelar propiciada por el Ministerio de la Defensa y dispuso el ingreso de la niña B. M. G. al hogar de tránsito o la familia de acogimiento que resultare seleccionada por la Dirección General de Niñez y Adolescencia local. A su vez, la Cámara encomendó a la jueza actuante proveer las diligencias ulteriores, en particular, que se disponga

2. “G., B. M. s/ Guarda” - S.C. G. 834, L. XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/MSachetta/septiembre/GBM_G_834_L_XLIX.pdf.

el estado de adoptabilidad de la menor y el otorgamiento de la guarda pre-adoptiva a aspirantes seleccionados entre los legajos del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Contra ese pronunciamiento, S. M. D. y J. V. O. interpusieron un recurso extraordinario, que fue denegado, motivando la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen del 16 de septiembre de 2014, el Procurador Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Marcelo A. Sachetta, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y revocar el decisorio. En igual sentido se pronunció el Defensor Oficial ante la CSJN, para quien además se debía ordenar, sin más demora, la restitución gradual y paulatina de B. M. G. al matrimonio apelante. Con fecha 4 de noviembre de 2014, la CSJN declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y revocó la decisión apelada. Para así decidir, compartió los fundamentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal³.

Principales estándares del dictamen

a) Ante un conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño

“... [N]o puede soslayarse que el niño tiene derecho a una salvaguarda singular que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial; con lo cual, ante un conflicto de intereses de igual rango, esa Corte le confiere prioridad al interés moral y material del sujeto menor de edad como extremo de ponderación ineludible para los jueces (...) (v. Fallos 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376)”.

b) El principio de interés superior del niño impone analizar cómo las decisiones judiciales afectan sus derechos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso

“... [La Corte Suprema de Justicia] fija los alcances de esa doctrina federal en un sentido específico al señalar que la implementación del principio del mejor interés del niño debe realizarse analizando sistemáticamente, cómo los derechos y ventajas de éste se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, y no puede apprehenderse ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares de la causa (v. Fallos 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376)”.

3. Fallo de la CSJN completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?id-Docmento=7163521&cache=1515774569894>.

c) Los tribunales deben asignarle al principio de interés superior del niño un contenido preciso y razonable

“También esa Corte ha sostenido que el mejor interés de la infancia es un concepto abierto y que, en consecuencia, los tribunales están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenas razones acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales (v. Fallos 333:1776)”.

d) En supuestos de cuidado y de custodia, el principio de interés superior del niño exige evaluar comportamientos y riesgos específicos y reales, no especulativos

“En línea análoga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la determinación del interés superior del niño, en supuestos de cuidado y de custodia de personas menores de edad, se debe verificar a partir de la evaluación de comportamientos específicos, de daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (Corte IDH, casos ‘Atala Riffo y Niñas vs. Chile’, sentencia del 24/02/12, párrafo 109; y ‘Fornerón e hija vs. Argentina’, sentencia del 27/04/12, párrafo 50; entre otros)”.

B) El derecho de niños y niñas a ser oídos/as

 **C., H. D. c/ P., M. C.**⁴

Síntesis

Uno de los temas centrales controvertidos en el caso consistió en esclarecer el alcance del derecho del niño a ser oído, y en especial el derecho a opinar sobre el apellido que desea portar en el marco de una acción de impugnación de paternidad y filiación.

El actor, H. D. C., había iniciado una acción para reclamar la paternidad del niño F. L., nacido el 8 de noviembre de 1998 e inscripto como hijo de C. A. L., paternidad impugnada por el actor. El demandante refirió que el niño había sido fruto de un vínculo extramatrimonial que entabló por siete meses con M. C. P.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ratificó lo resuelto por la Cámara de

4. “C., H. D. c/ P., M. C. s/ Impugnación de paternidad y filiación” - S.C. C. 477; L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/MSachetta/marzo/CHD_C_477_L_XLVII.pdf.

Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín que había confirmado la decisión que había hecho lugar a la demanda de impugnación, declarado la inexistencia de nexo biológico entre F. L. y C. A. L., y la verificación del vínculo filial respecto de H. D. C. La decisión confirmada también había dispuesto mantener el apellido L., anteponiendo el apellido C., sin perjuicio del derecho que pudiera ejercer el niño a los 18 años para suprimir el primero, por aplicación extensiva de los arts. 5 y 6 de la Ley de Registro de Estado Civil (ley n° 18.248). Contra ese pronunciamiento, la tutora *ad litem* y los señores M. C. P. y C. A. L. dedujeron recursos federales, que fueron denegados, lo que provocó la interposición de las correspondientes quejas.

En su dictamen del 31 de marzo de 2014, el Procurador Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Marcelo A. Sachetta, opinó que correspondía hacer lugar parcialmente a la queja de la tutora ad litem, conceder el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia en los términos indicados el dictamen, y devolver la causa para que se dicte una nueva. En este sentido, propició la remisión del expediente para que se realicen verificaciones fácticas soslayadas, se escuche al niño por los medios adecuados y se emita un nuevo pronunciamiento en torno a su nombre en el que se tome en cuenta su opinión. El 2 de septiembre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación compartió los fundamentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal, a los cuales remitió, declaró procedentes los recursos extraordinarios y revocó la sentencia del tribunal bonaerense⁵.

Principales estándares del dictamen

a) *Para asegurar el interés superior del niño debe respetarse su derecho a ser oído*

“... [El Comité de los Derechos del Niño] al describir su particular relación con el principio protectorio del interés superior, consagrado en el artículo 3° de la Convención, manifestó que no es posible asegurar ese interés si no se respeta el derecho a ser escuchado, el que viene a facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida ([Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, 20/07/09] ... pár. 74)”.

“... [L]a Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes tienen la obligación de garantizar al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y a que sea tenida debidamente en cuenta en función de su edad y madurez (cfr. art. 12 de la Convención aprobada por ley 23.849, y arts. 20, 30, aps. ‘b’ y ‘d’, 24, 27, 29 y ccds., de la ley 26.061)”.

5. Fallo de la CSJN completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7140951>.

b) La observancia del derecho a ser oído no es discrecional y constituye una obligación estatal que debe garantizarse en los procesos judiciales

“... [E]l Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al interpretar este instrumento internacional, destacó la relevancia especial del derecho de los niños a ser oídos. Dijo que este derecho forma parte de uno de los cuatro principios generales del Convenio, junto al derecho a la no discriminación, a la vida y al desarrollo y a la consideración primordial del interés superior del niño. Resaltó que la observancia del derecho a ser oído no es discrecional sino que constituye una obligación jurídica de los Estados, que deben garantizar su observancia sistemática en los procesos judiciales (Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, 20/07/09; párrs. 2, 15 y 49)”.

c) La incapacidad del/la niño/a a expresar su opinión no se presume, y si está en condiciones de formar su propio juicio, su opinión debe ser tomada en cuenta en materia de adopción, guarda, custodia y separación de los padres

“... [E]n relación con la evaluación de las condiciones de madurez de los niños para expresar sus opiniones, [el Comité de los Derechos del Niño] señaló: ‘los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones (...). Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como un factor destacado en la resolución de la cuestión (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, 20/07/09, párrs. 20 y 44), particularmente, en cuestiones relativas a la adopción, guarda, custodia, separación de los padres, entre otras (párr. 32)’”.

d) La participación del/la niño/a en el procedimiento judicial o administrativo que lo/a afecte debe considerar las condiciones específicas y su interés superior

“En igual sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ‘[L]a Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (...). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos’”.

e) Los/as magistrados/as deben actuar con especial diligencia y celeridad, y explicar de qué manera toman en cuenta las declaraciones y preferencias de niños y niñas en los procesos que los/as involucren

“... [La Corte Interamericana de Derechos Humanos] indicó que los magistrados deben explicar de qué manera tomaron en cuenta las declaraciones y preferencias de los niños (Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párrs. 199 y 208), y que, hallándose en juego los derechos humanos de personas menores de edad, deben actuar con especial diligencia y celeridad (Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, 31 de agosto de 2012, párr. 127)”.

f) El derecho de niños y niñas a ser oídos/as y a opinar sobre el apellido que desean portar es un aspecto central de su vida y de su desarrollo

“... [E]l tribunal debió considerar que, de acuerdo con esa Convención [sobre los Derechos del Niño], F. L. tenía derecho a ser oído y a opinar sobre el apellido que desea portar, pues se trata de un aspecto central de su vida y de su desarrollo”.

C) El derecho de niños y niñas a preservar su identidad, lo que incluye los derechos a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares

 **G., A. N.⁶**

Síntesis

En el caso se buscó determinar, entre otros aspectos, si el derecho a la identidad de niños y niñas prevalece sobre otros derechos de los adultos.

A. N. G., en el carácter de curadora definitiva de su hija M. F. V., y de tutora de su nieta menor de edad R. A. V., había iniciado una demanda contra R. J. S., a quien le atribuyó la paternidad de la niña. Relató que, como producto de un intento de suicidio, M. F. V. había sido internada en una clínica donde fue agredida sexualmente por el accionado, quien también se encontraba internado en el establecimiento psiquiátrico, y que, como fruto del episodio, tras ocho meses de gestación, nació R. A. V.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó los recursos de inaplicabilidad

6. “G., A. N. c/ S., R. s/ Filiación” - S.C. G. 87; L. XLVIII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/MSachetta/mayo/G_A_N_G_87_XLVIII.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en los cuadernillos dedicados al derecho a la protección contra todas las formas de violencia de género y a los derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esas temáticas.

de la ley interpuestos por la actora y por la Asesora de Menores e Incapaces, y confirmó el fallo del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 de San Isidro que rechazó la demanda de filiación. Contra esa resolución, la actora interpuso un recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen del 30 de mayo de 2014, el Procurador Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Marcelo A. Sachetta, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el remedio, dejar sin efecto la sentencia y disponer que los autos vuelvan al tribunal de origen para que se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo dictaminado. El 15 de marzo de 2016, y de conformidad con lo propuesto por el Ministerio Público Fiscal, la CSJN declaró procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y revocó la sentencia del tribunal bonaerense⁷.

Principales estándares del dictamen

a) Los jueces tienen un deber de tutela reforzado en las causas que involucran a niños, niñas y adolescentes

“Los defectos señalados hasta aquí se toman, a mi ver, tanto más severos si se tiene en cuenta la índole del asunto planteado, que afecta hondamente los derechos humanos de dos personas particularmente vulnerables”.

“Primeramente, los de la adolescente R. A. V., envuelta en un conflicto que puede comprometer seriamente su desarrollo, desde que impacta en lo concerniente a su propia identidad”.

“Pero también los de una persona con discapacidad (...)”.

“Luego, al valorar las constancias de la causa, recaía sobre los juzgadores un deber de tutela reforzado, pues se encuentran involucradas dos personas en situación de vulnerabilidad y, por lo tanto, titulares de un amparo especial (Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Furlan y familiares vs. Argentina’, 31/08/12; Fallos 328:4832; 331:211(...)”.

“... [La Corte Suprema de Justicia de la Nación] ha destacado de manera constante el deber de protección especial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes —consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes...”.

7. Fallo de la CSJN completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7286682&cache=1515774730935>.

b) El derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes prevalece por sobre los derechos de adultos en virtud del principio de interés superior del niño

“... [La Corte Suprema de Justicia de la Nación] ha reafirmado la prevalencia del interés superior del menor por sobre otros principios o derechos (cfse. *Fallos* 328:2870; 331:147, entre otros). En tal sentido, cabe destacar que en estas actuaciones se debate en torno al artículo 4° de la ley 23.511, cuyo espíritu es tutelar el derecho a la identidad de los menores”.

“Conforme con tales lineamientos, la Corte Suprema ha sostenido que ‘...ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta a justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas’ (*Fallos* 333:1376)”.

 I., J. M.⁸

Síntesis

En el caso se debatió, entre otras cuestiones, el alcance del derecho de niños y niñas a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares y, en particular, cómo los jueces deben aplicar las reglas del instituto de la adopción.

En el marco de un expediente por insania de C. M. I., una trabajadora social de un juzgado civil informó que el recién nacido J. M. I. se encontraba en una “grave situación de vulnerabilidad”, por lo que el Ministerio Pupilar promovió un trámite de protección especial del niño, que motivó que fuera trasladado desde el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, donde había nacido, al “Hogar Querubines”. Posteriormente, una junta evaluadora del Hospital Moyano determinó que C. M. I. se encontraba “en condiciones de convivir y realizar el cuidado de su hijo, bajo control y supervisión periódica”. También, la mujer inició gestiones para que la Dirección General de la Niñez del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el “Hogar Nazareth” estudiaran la viabilidad del alojamiento conjunto de la madre y el hijo. La distancia entre el lugar donde estaba alojado el niño y el domicilio de la madre, las limitaciones madurativas de ésta y la falta de subsidio, dificultaron el contacto asiduo. Ante ello, el juzgado interviniente intimó a la madre a que expresase cuál era su proyecto de vida para

8. “I., J. M. s/ Protección especial” - CIV 37609/2012/1/RH1. Dictamen completo disponible en <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/05/CIV-37609-2012-IJM.pdf>. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a los derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

con el menor, y ante su silencio y la carencia de apoyo o marco familiar que la contenga, entre otras consideraciones, decretó el estado de abandono y la adoptabilidad del niño.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de primera instancia que había dispuesto el estado de abandono moral y material del niño, en los términos del artículo 317, apartado a), segunda parte, del Código Civil entonces vigente, y dejó a salvo la posibilidad de que la madre pudiera mantener contactos con su hijo. Contra ese pronunciamiento, la madre dedujo un recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen del 4 de mayo de 2016, la Procuradora Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Irma Adriana García Netto, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, admitir el recurso, revocar la sentencia y disponer el reintegro del niño, previo proceso de adaptación —dado que aquél había vivido en un hogar transitorio desde su nacimiento—, y con un monitoreo a cargo del organismo de aplicación, que deberá adoptar las previsiones necesarias para garantizar los derechos del niño. Con fecha 7 de junio de 2016, la CSJN compartió la totalidad de los fundamentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal, a los cuales remitió, y resolvió abrir la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y revocar la decisión de la Cámara⁹.

Principales estándares del dictamen

a) El Estado está obligado a brindar a la familia del/la niño/a el amparo necesario para que pueda asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad

“En ese marco, cabe señalar, en primer término, que la Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), declara la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad”.

b) El Estado debe atender, como consideración primordial, al interés superior del niño y está obligado a garantizar el derecho a la identidad, asegurando el disfrute de la convivencia del/a hijo/a con sus padres

“... [La Convención sobre los Derechos del Niño] impone a los Estados partes, entre otros deberes, el de atender, como consideración primordial, al interés superior

9. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=731191&interno=2>.

del niño (v. art. 3.1); el de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares conforme con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8); el de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, y porque mantenga relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo si ello contradice su interés superior (v. art. 9); el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18); (...) y el de implementar medidas aptas para ayudar a los progenitores a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25)”.

“Con igual jerarquía normativa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene, entre los deberes estatales y los derechos tutelados, la protección del niño y de la familia, concebida como el elemento natural y sustancial de la sociedad, que debe ser resguardado por ésta y por el Estado (arts. 17.1 y 19); la vida privada y familiar (art. 11.2); y la posibilidad de fundar una familia, sin discriminación (cfr. arts. 1, 17.2 y 24).

“El respeto de esas directivas por los Estados, ha sido objeto de particular atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que enfatiza la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres; de los lazos familiares en orden al derecho a la identidad; del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público...”.

“... Asimismo, tomando como criterio rector el interés superior del niño, la ley 26.061 —de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes— reitera, entre otros, los principios acerca del derecho a un pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural (art. 3.c); al deber estatal de asegurar asistencia para que los padres puedan asumir su responsabilidad apropiadamente y en igualdad de condiciones (art. 7); a los derechos a crecer y desarrollarse en la familia de origen, como correlato del derecho a la identidad, y a que el Estado garantice el vínculo y el contacto directo y permanente con aquélla (art. 11) (...) y a la igualdad legal, sin discriminación por motivos de posición económica, origen social, capacidades especiales, impedimento físico o de salud, o cualquier condición del menor o de los padres (art. 28)”.

c) El Estado está obligado a diseñar un sistema de apoyos ajustados al caso y, antes de decidir la exclusión del/la niño/a de su ámbito de origen, debe verificar su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica

“En tal contexto, el fallo plantea apodícticamente la imposibilidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, olvidando que la atribución

de consecuencias de tamaño magnitud está vedada, sin antes haber diseñado un sistema de apoyos ajustados al caso y haber verificado su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica (caso ‘Forneron’, ya cit., párr. 99, y caso ‘Atala Riffo y Niñas vs. Chile’, del 24/02/12, párr. 111)”.

d) La separación de un/a niño/a de su ámbito de origen es excepcional y no puede fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia

“... [La Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados partes] cuidar que la adopción sólo sea autorizada por los órganos competentes, con arreglo a las leyes y a los procedimientos y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, siempre que se acredite que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del menor en relación con sus padres, parientes y representantes legales (v. art. 23)...”.

“... [La Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatiza] la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen, que —de disponerse— debe ajustarse rigurosamente a las reglas en la materia, como también deben hacerlo aquellas decisiones que impliquen restricciones al ejercicio de los derechos del niño (cf. ‘Forneron e hija vs. Argentina’, sentencia del 27/04/12, esp. párr. 48, 116, 117, y 123; ‘Chitay Nech y otros vs. Guatemala’, sentencia del 25/05/10, en esp. Pá.rr. 101, 157 y 158; ‘Gelman vs. Uruguay’, sentencia del 24/02/11; en esp. párr. 125; y Opinión Consultiva n° 17 relativa la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños [OC-17102], esp. párr. 65 a 68, 71 a 77 y 88; y párr. 4 y 5 de las conclusiones finales del informe)”.

“... Asimismo, tomando como criterio rector el interés superior del niño, la ley 26.061 —de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes— reitera, entre otros, al derecho a vivir, a ser criados y a desarrollarse en un espacio familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley y excepcionalmente, supeditado a la imposibilidad de crianza por la familia biológica (art. 11)...”.

“Sobre tal base, la ley dispone que, antes de excluir a un niño de su ámbito de origen, tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (v. arts. 33, 37 y 40). Recién agotada esa instancia a cargo del organismo de derechos local, podrá accederse a otras formas de intervención, cuya legalidad quedará sujeta al control judicial. Este último tipo de providencias —que obedece a las premisas de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal— no es sustitutivo del grupo de origen, por lo que debe propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso del niño a su medio originario; sin que ninguna medida excepcional pueda fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia (esp. arts. 33, in fine, 40 y 41, incs. b, c y f)”.

e) El instituto de la adopción solo procede cuando se comprueba que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del niño

“... [C]abe recordar que el instituto de la adopción, contemplado expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño como herramienta idónea para el restablecimiento de derechos, procederá donde se compruebe que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del menor (dictamen de esta Procuración General, del 08/06/12, en autos S.C. A. 980, L. XLV, punto VIII)...”.

f) El Estado no está habilitado para acudir al instituto de la adopción sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a los/as progenitores/as con discapacidad

“... [A]nte la discapacidad de los progenitores, el Estado no está habilitado para acudir [al instituto de la adopción] sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema”.

 **Zhang Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones¹⁰**

Síntesis

Una de las discusiones del caso se vinculó con el alcance del derecho de niños y niñas a la unidad familiar como criterio para otorgar la residencia permanente en el país a una migrante.

La Dirección Nacional de Migraciones había rechazado la solicitud de residencia permanente a una mujer de nacionalidad china que tenía una hija nacida en Argentina, por considerar que se encontraba configurada la situación delictual reglada en la ley nº 25.871, al haber presentado documentación falsa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al amparo presentado por la actora, otorgando así la residencia permanente a la migrante. Contra esa decisión, la Dirección Nacional de Migraciones interpuso un recurso extraordinario, que fue concedido solo respecto de la cuestión federal planteada.

El 27 de abril de 2016, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, Víctor Abramovich, dictaminó que correspondía rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata.

10. “Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo ley 16.986” - FMP 81048271/2009/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/abril/Z_FMP_81048271_2009.pdf.

Principales estándares del dictamen

a) En el ámbito de procesos migratorios que pueden derivar en la expulsión del país rige un criterio probatorio estricto, por estar en juego derechos fundamentales de la persona

“Este criterio en materia probatoria adquiere mayor relevancia en el ámbito del procedimiento migratorio que puede derivar en la expulsión de una persona del país, desde que se ponen en juego derechos fundamentales de la persona tales como el derecho a la circulación y residencia y el derecho a la libertad personal (arts. 14 y 20, Constitución Nacional; y 7 y 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

“En ese sentido, ya en 1967, la Corte Suprema ha sostenido, en el marco del rechazo de una solicitud de residencia permanente por configuración de un impedimento de permanencia, que para justificar una medida de tanta gravedad las decisiones administrativas no pueden basarse en meras afirmaciones o presunciones emanadas de datos poco concretos. Manifestó, además, que ‘el ejercicio de la atribución administrativa de permitir la radicación definitiva de extranjeros en el país no es absoluto y discrecional, al punto que pueda lesionar derechos amparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida por el interesado’” (*Fallos* 268:393, considerando 6°, ‘Argüello’).”

b) El derecho a la protección de la familia comprende el derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio

“... [E]l derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio ha sido reconocido como una manifestación del derecho más amplio a la protección de la familia, consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (arts. 10, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9, inc. 1, Convención sobre los Derechos del Niño; y 17, inc. 1, y 11, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

“Este derecho también se encuentra receptado en el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que prevé que ‘Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar, la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio’”.

“Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia al derecho a la protección de la familia previsto en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha manifestado que ‘la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida (...) este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia’ (Opinión Consultiva OC- 21/14 sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 264)”.

c) El procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, puede configurar una injerencia en el disfrute del derecho de niños y niñas a la vida familiar

“... [La Corte Interamericana de Derechos Humanos] precisó que ‘el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia —también denominada ‘vida familiar’ en lo sucesivo— forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia’ y destacó que un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, puede llegar a configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores (Opinión Consultiva OC- 21/14, 011; párr. 265)”.

d) La Ley de Migraciones contiene obligaciones positivas y negativas del Estado tendientes a garantizar el derecho subjetivo de las personas migrantes a la unidad familiar

“... [L]a ley 25.871 consagra un derecho subjetivo de las personas migrantes a la unidad familiar que determina tanto obligaciones positivas del Estado dirigidas a proteger razonablemente la unidad de la familia en el contexto migratorio, como obligaciones negativas a fin de evitar actos de la Administración que puedan ocasionar una injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar por razones migratorias”.

“En línea con este desarrollo conceptual, el artículo 22 de la Ley de Migraciones busca favorecer el asentamiento regular en el país de extranjeros con vínculos familiares, en especial cuando esos vínculos se establecen con ciudadanos argentinos y con extranjeros residentes permanentes. De ese modo, se procura que las variaciones de la condición migratoria de la persona no afecten de forma desproporcionada o irrazonable los derechos familiares de terceros, en particular el normal desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y el disfrute de la convivencia entre quienes lo integran más allá de las diferencias

entre los diversos modelos de familia. Ello coincide, a su vez, con el reconocimiento del ejercicio de la reunificación familiar como un objetivo general de la Ley de Migraciones previsto en el artículo 3, inciso d, y con el deber impuesto al Estado en el artículo 10 de esa norma de garantizar el derecho de reunificación familiar de los migrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”.

e) Al ejercer sus facultades administrativas para reconocer el derecho a la residencia permanente, el Estado debe garantizar el derecho a la unidad familiar

“... [S]i bien la autoridad migratoria es la encargada de determinar las vías adecuadas para cumplir con estas obligaciones legales, y puede ponderar en cada caso si se reúnen las condiciones para reconocer el derecho a la residencia permanente, debe actuar en todos los casos dentro del marco jurídico descrito, en función de los fines que orientan la ley y conforme a las garantías constitucionales”.

“En consecuencia, el reconocimiento de la unidad familiar para acceder a la residencia permanente en el marco del artículo 22 de la Ley de Migraciones no es un asunto discrecional sujeto al arbitrio de la autoridad administrativa. Por lo contrario, al ejercer sus facultades administrativas la autoridad debe cumplir con las pautas objetivas que fija el orden legal y con el derecho a la unidad familiar de raíz constitucional”.

f) El reconocimiento de la residencia tiene como fin garantizar el derecho de niños y niñas a crecer en su país y desarrollar su vida familiar con sus padres

“... [E]n la interpretación del artículo 22 de la ley 25.371, en circunstancias como la del caso en examen, no debe perderse de vista que el reconocimiento de la residencia apunta también a asegurar que una niña que es ciudadana argentina pueda desarrollar su vida familiar en su país conviviendo con sus padres (art. 22, inc.1, Convención sobre los Derechos del Niño), lo que se vería seriamente comprometido si su madre resultara expulsada”.

“En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que ‘en aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad originaria (...) resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente del derecho

a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo' (Opinión Consultiva OC-21/14, cit., párr. 280; en sentido similar, TEDH, 'Rodrigues da Silva y Hoogkamer vs. Holanda', demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006, y 'Úner vs. Holanda', demanda 46410/99, sentencia de 18 de octubre de 2006, párrs. 55 y ss.)”.

D) El derecho de niños y niñas a la educación

Castillo, C. V. y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación¹¹

Síntesis

La discusión central de este caso consistió en dilucidar si la educación religiosa impartida en la escuela pública vulnera, entre otros, el derecho de niños y niñas a la educación sin discriminación, a la libertad religiosa y a la intimidad.

En el marco de una acción de amparo colectivo contra el Ministerio de Educación de la Provincia de Salta, un grupo de padres y madres de niños y niñas que asisten a la escuela primaria en la provincia, junto con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), peticionaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la Ley de Educación salteña (ley n° 7.546). Esta cláusula dispone que la enseñanza religiosa integra el plan de estudios y se imparte dentro del horario de clase. Según los/as demandantes, esa ley, tal como ha sido aplicada por las autoridades provinciales, trajo aparejadas algunas prácticas que lesionan los derechos constitucionales a la libertad de religión y de culto, a la igualdad, a la educación sin discriminación y a la intimidad; dado que, en los hechos, la enseñanza religiosa en el horario escolar era realizada de forma coercitiva y discriminatoria. De modo subsidiario, se planteó también la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la Provincia de Salta, que establece que el sistema educativo contempla el derecho de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones; y del artículo 8, inciso m, de la mencionada ley provincial, que determina que uno de los principios, fines y criterios de la educación es garantizar el derecho previsto en el artículo 49 de la Constitución local.

11. "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo" - CSJ 1870/2014/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/VAbramovich/marzo/Castillo_Carina_CSJ_1870_2014.pdf Este dictamen se encuentra también analizado en los cuadernillos dedicados al derecho a la igualdad y no discriminación y a los derechos económicos, sociales y culturales, donde se desarrollan los estándares específicos de estas temáticas.

La Corte de Justicia de Salta confirmó la declaración de constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la Provincia de Salta, y de los artículos 8, inciso m, y 27, inciso ñ, de la ley n° 7.546, y revocó parcialmente la sentencia de grado, al ordenar que se arbitre un programa alternativo para quienes no deseen ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar y que los usos religiosos como los rezos al comienzo de las jornadas, la colocación de oraciones en los cuadernos y la bendición de la mesa, tengan lugar únicamente durante la clase de educación religiosa. Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario federal, que fue concedido.

En su dictamen del 10 de marzo de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia, disponiendo el cese de la enseñanza religiosa y de prácticas religiosas dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios en el ámbito de las escuelas públicas. Con fecha 11 de diciembre de 2017, la CSJN hizo lugar al recurso extraordinario y declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial objetada¹².

Principales estándares del dictamen

a) El derecho de niños y niñas a la libertad de religión y conciencia goza de una protección especial

“Ese derecho [a la libertad de religión y conciencia] está específicamente consagrado con relación a los niños en el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, quienes tienen una especial protección de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional (dictamen de la Procuración General de la Nación, S.C. 1. 344, L. XLVII, ‘Instituto Médico Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación promovido por R. A. F. y L. R. H.’, emitido el 14 de noviembre de 2014, y sus citas; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 00-17/2002, 28 de agosto de 2002, párrs. 56/61; ‘Furlán y familiares vs. Argentina’, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 126)...”.

b) La instrucción de niños y niñas en una religión que no practican durante el horario escolar constituye una presión indebida en su libertad de religión y conciencia

“[L]a aplicación de las normas locales ha implicado una coacción directa e indirecta en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, que está prohibida expresamente por el artículo 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 12, párr. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1, párr. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas

12. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://www.cij.gov.ar/lib/web/viewer.html?file=%2Fhttp://www.cij.gov.ar/d/doc-21501.pdf#page=93&zoom=auto,-13,694>.

de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones). Ello conlleva una afectación a la esfera más íntima de la libertad de religión y conciencia, que tiene una especial protección constitucional (art. 4, inc. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 22, ‘Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión’, 48° período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, 1993, párr. 3)”.

“Así, el hecho de que niños y niñas no católicos sean instruidos en el catolicismo durante el horario escolar implica una presión indebida en su libertad de elección, máxime considerando que ello acontece en un ambiente tan permeable a las influencias como la escuela primaria y en el contexto de una sociedad con una religión fuertemente predominante. Esta presión es más intensa aun cuando las prácticas religiosas —como los rezos u oraciones en los cuadernos— no se limitan al espacio curricular destinado a la instrucción religiosa, sino que son realizadas en forma generalizada, fomentadas por los maestros y autoridades escolares y practicadas por la mayoría de los niños”.

“Al respecto, el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias de las Naciones Unidas destaca que la libertad de religión y la enseñanza escolar son cuestiones que corresponde examinar con sumo cuidado dado que la escuela, además de ser un ámbito de aprendizaje y desarrollo social, también es un lugar donde se ejerce la autoridad y en el que los niños pueden encontrarse en situaciones de dependencia unilateral o de especial vulnerabilidad, lo que se agudiza en el caso de los niños pertenecientes a grupos minoritarios (WHRC/16/53, 15 de diciembre de 2010, párrs. 23 y 24). Allí señaló que ‘toda práctica que exponga por la fuerza, y en contra de su voluntad, a los estudiantes a la instrucción religiosa constituirá una violación del artículo 18, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que ‘nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección’. Este componente, perteneciente al ámbito interno de la libertad de religión o de creencias, goza de una protección especialmente firme dentro de las normas internacionales de derechos humanos, por cuanto no cabe la posibilidad de dejar de aplicar el artículo 18 del Pacto, ni siquiera en situaciones excepcionales que supongan una amenaza para la vida de la nación’ (párr. 53, ob. cit.)”.

c) La obligación de revelar las preferencias religiosas vulnera la libertad de religión de niños y niñas

“[L]a obligación de revelar las preferencias religiosas está prohibida por los instrumentos internacionales que protegen la libertad religiosa en tanto puede configurar un modo de coaccionar la libertad de tener o no creencias religiosas. Así

lo advirtió el Comité de Derechos Humanos en la mencionada Observación General Nro. 22 (op. cit., párr. 3). En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosos casos ('Grzelak vs. Polonia', sentencia del 22 de noviembre del 2010, párr. 85 y sus citas)".

d) El derecho a la libertad de religión y conciencia abarca, entre otros aspectos, el derecho a no ser discriminado por las creencias religiosas

"[L]a Corte Suprema sostuvo que [la libertad de religión y conciencia es] (...) un derecho particularmente valioso y que comprende el respeto por quienes sostengan creencias religiosas y por quienes no las sostengan (*Fallos* 312:496, 'Portillo', considerandos 8°, 9° y 10°). Según la Constitución Nacional y los citados instrumentos internacionales, la mayoría de ellos con jerarquía constitucional, la libertad de religión y conciencia tiene diversos aspectos: la libertad de tener o no creencias de la propia elección sin sufrir injerencias ajenas, el derecho a no ser discriminado por las creencias religiosas y la libertad de ser educado de acuerdo con las propias convicciones. Tal como paso a exponer, todos esos aspectos han sido afectados gravemente por la organización de la educación religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios".

e) La instrucción en una religión determinada en el horario escolar y como parte del plan de estudios puede vulnerar el derecho de niños y niñas a no ser discriminados por motivos religiosos

"[L]a instrucción en una religión determinada en el horario escolar y como parte del plan de estudios ha resultado, en la práctica, en una grave interferencia en las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia (arts. 14, 19 y 75, incs. 17 y 22, Constitución Nacional; art. 12, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 14, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 5, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo)".

"[L]a organización de la educación religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios tuvo un impacto desigualitario y discriminatorio con relación a un grupo que tiene una especial protección, a saber, los niños y niñas. En efecto, se encuentra acreditado que mientras los alumnos católicos reciben educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones, los alumnos no católicos son instruidos en una religión en contra de sus convicciones, y los pocos que deciden no participar no reciben una instrucción académica alternativa. Para más, el hecho de que algunos niños y niñas sean señalados como 'no creyentes' en el boletín de calificaciones configura un elemento de coacción, estigmatización y discriminación".

“Todo ello comportó una violación al derecho a la igualdad, así como a la libertad de religión, que comprende el derecho a no ser discriminado por las creencias religiosas o por el hecho de no practicar ninguna religión (arts. 16 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 1, inc. 1, y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 3, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; arts. 2, inc. 1, 24, 26 y 27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones; art. 1, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; art. 2, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial). Los artículos 2 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño enfatizan el derecho de los niños a no ser discriminados por motivos religiosos”.

f) La implementación de un sistema alternativo de educación religiosa fuera del horario escolar y del plan de estudios asegura que niños y niñas no padezcan un trato diferenciado y discriminatorio durante la jornada escolar

“[E]xisten medios alternativos —por ejemplo, impartir educación religiosa fuera del horario escolar y fuera del plan de estudios— para garantizar el derecho previsto en la Constitución local, que son menos restrictivos de los derechos garantizados por la Constitución Nacional. De hecho, ese sistema alternativo es adoptado por distintas provincias (por ejemplo, art. 24, Constitución de la Provincia de La Pampa; art. 75, inc. 4, Constitución de la Provincia de San Luis; art. 11, apart. a, inc. e, Ley de Educación 9870 de la Provincia de Córdoba)”.

“El sistema alternativo propuesto por los actores puede implicar algún esfuerzo adicional para los padres y representantes legales, como implementar una organización familiar específica para que sus hijos permanezcan fuera del horario de clase. También la escuela puede enfrentar algún costo económico mayor al organizar una materia extracurricular. Sin embargo, esos sacrificios se encuentran compensados por las ventajas que acarrea el sistema alternativo en el goce de los derechos constitucionales, en términos de que los niños no reciban educación religiosa en contra de sus convicciones, no padezcan un trato diferenciado y discriminatorio durante la jornada escolar y no se vean obligados a exponer sus creencias, que no son compartidas por la gran mayoría de los niños y maestros, en un ámbito tan sensible como la escuela primaria. En suma, todo ello demuestra que la implementación de la educación religiosa sobre la base del artículo 27, inciso ñ, de la ley 7.546 y la disposición nro. 45/09 ha restringido, en forma innecesaria, derechos fundamentales”.

g) La escuela pública primaria es la institución formal más importante para hacer efectivo el derecho a la educación de niños y niñas

“En el *sub lite*, la aplicación de las normas cuestionadas coadyuvó, en los hechos, a la segregación y a la consolidación de prejuicios o estereotipos en contra de las minorías religiosas, con la gravedad de que la escuela pública primaria es la institución formal más importante para hacer efectivo el derecho a la educación y es una oportunidad esencial para formar a los niños y niñas en la diversidad y el pluralismo religioso, así como en el respeto y el reconocimiento recíproco”.

h) La instrucción de niños y niñas en una religión de la que no forman parte durante el horario escolar vulnera el derecho a educación religiosa o moral acorde con sus propias convicciones

“... [E]l hecho de que niños y niñas no católicos sean instruidos en el catolicismo durante el horario escolar implica una abierta vulneración a su libertad y la de sus padres y representantes legales a recibir educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, protegida por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 12, párr. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13, párr. 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ello implica una violación a la prohibición de obligar a un individuo o grupo a recibir instrucción religiosa incompatible con sus convicciones, tal como lo enfatiza el artículo 5, inciso b, de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”.

i) La educación obligatoria que incluya instrucción en una religión específica es incompatible con el derecho a la libertad de enseñanza, a menos que se prevean exenciones

“... [E]l Comité de Derechos Humanos afirma que la libertad religiosa permite que la escuela pública imparta la enseñanza de materias tales como historia general de las religiones y ética, siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva (Observación General nro. 22, párr. 6). A su vez, señala que la educación obligatoria que incluya instrucción en una religión o en creencias particulares es incompatible con el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores. En el mismo sentido, se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General nro. 13, ‘El derecho a la educación’, 210 período de sesiones, 1999, UN Doc. E/C. 12/1999/10, párr. 28)”.

“En el *sub lite*, la educación religiosa prevista por las normas locales no ha sido implementada como una enseñanza neutral y objetiva. Además, el régimen de exenciones que la demandada intentó ejecutar no constituyó más que una posibilidad teórica, sin que se haya acreditado que en la práctica los alumnos que no deseaban participar de la instrucción religiosa en la religión mayoritaria tuvieran una posibilidad cierta y efectiva de recibir educación de acuerdo con sus propias convicciones y creencias u otra propuesta educativa alternativa. De este modo, en el caso no se han satisfecho las circunstancias excepcionales requeridas por el Comité de Derechos Humanos (Observación General nro. 22, párr. 6) y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General nro. 13, párr. 28) para que la instrucción religiosa no vulnere el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente. En los términos de esos organismos, no se han brindado exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y representantes legales que no profesan la religión mayoritaria”.

j) La obligación de relevar las creencias religiosas vulnera el derecho a la intimidad de niños y niñas

“[L]a obligación de revelar las creencias religiosas que surge de la implementación de la educación religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios implica una injerencia de terceros en uno de los aspectos más íntimos de las personas, que está prohibida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. La Corte Suprema [de Justicia de la Nación] destacó que ‘el citado art. 19 (...) protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad...’ (Fallos 335:799, ‘Albarracini’, considerando 14º; en igual sentido, CSJ 376/2013 (49-D)/CS1, ‘D., M. A. s/ declaración de incapacidad’, 7 de julio de 2015).”

E) El derecho de niños y niñas a la tutela judicial efectiva

 **Ministerio Público de la Defensa c/ Provincia de Córdoba**¹³

Síntesis

Una de las principales cuestiones debatidas en el caso consistió en determinar si la negación de la legitimación del defensor oficial para que represente a niños y niñas en situación de vulnerabilidad es compatible con su derecho a la tutela judicial efectiva.

La Defensora Oficial había iniciado una acción de amparo colectivo contra el Estado Nacional y la Provincia de Córdoba para que arbitren los medios necesarios a los fines de garantizar el acceso a una vivienda digna, salubre, adecuada y segura a niños y niñas que habitaban el asentamiento Las Tablitas de la capital provincial, quienes se encontraban en condiciones de extrema vulnerabilidad.

La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba rechazó la legitimación invocada por la defensora, al entender que la presentación de la defensoría oficial es de carácter coadyuvante y, en consecuencia, dispuso que ésta debía completarse con la participación de los padres, tutores o curadores, quienes debían comparecer y ratificar o rectificar lo actuado y otorgarle mandato especial a aquélla o a un abogado de su elección. Paralelamente, la Cámara declaró admisible la acción de amparo colectivo entablada contra el Estado Nacional y la Provincia de Córdoba, y para ello sostuvo que se encontraban presentes los presupuestos señalados por la CSJN en el caso “Halabi” para la promoción de una acción colectiva. Contra dicha decisión, la defensora oficial interpuso un recurso extraordinario, cuyo rechazo dio lugar a la interposición de un recurso de queja.

En su dictamen del 4 de marzo de 2016, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema, Víctor Abramovich, consideró que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia. Por su parte, en respuesta a la vista conferida, la Defensora General de la Nación también solicitó que se concediera el recurso extraordinario.

13. “Ministerio Público de la Defensa c/ Provincia de Córdoba s/ amparo ley n°16.986” - FCB 35784/2013/1/RH1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/marzo/MPD_FCB_35784_2013.pdf.

Principales estándares del dictamen

a) El Estado tiene la obligación de asegurar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de niños y niñas, y de brindarles una protección diferenciada y preferente

“Las dificultades de los sectores sociales en situación de vulnerabilidad para acceder a la justicia fueron expuestas en las Reglas de Brasilia —aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que adhirió la Corte Suprema mediante la acordada 5/2009, del 24 de febrero de 2009. Esta Procuración General destacó en el caso ‘N.L. (en representación de N. K. M. E.) s/ medida autosatisfactiva’ —FRO 2365/2014/11RH1, dictamen del 9 de diciembre de 2015— que esas reglas procuran conformar un sistema judicial orientado a la defensa efectiva y adecuada de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran los niños (reglas 1 y 3)”.

“En el mismo sentido, los órganos internacionales de derechos humanos señalaron las dificultades en el acceso a la justicia de los grupos vulnerables y delinearon las obligaciones del Estado en ese ámbito (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 11/90, 10 de agosto de 1990; Informe sobre Acceso a la Justicia de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, N 67/278, 9 de agosto de 2012)”.

b) Las acciones colectivas constituyen medidas para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de colectivos vulnerables como el de niños y niñas

“... [L]a protección del acceso a la justicia de los grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos es uno de los fines de la doctrina de las acciones colectivas expuesta por la Corte Suprema a partir del caso ‘Halabi’ (considerando 13°). Más recientemente, en los citados autos ‘Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo’, enfatizó que el trámite colectivo es un modo de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no solo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socio-económica. En esa oportunidad señaló que ‘aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional). La protección de los derechos que invocan hace a la satisfacción de

necesidades básicas y elementales a cargo del Estado. Estos aspectos cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su trascendencia social y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto (confr. *Fallos* 332:111, causa ‘Halabi’ citada...)’ (CSJ 00072112007(43-A)/CS1, considerando 9°)”.

“En el presente caso, como se expresó, no está controvertida la admisibilidad de la acción colectiva en defensa de los derechos colectivos e individuales de carácter homogéneo de un grupo especialmente vulnerable, esto es, los niños que residen en el barrio Las Tablitas. En este sentido, y en los términos expuestos por la Corte Suprema en los citados casos, hay un fuerte interés estatal en la protección de ese grupo tradicionalmente postergado y a los efectos de garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva”.

c) La representación principal de la defensa oficial de los derechos colectivos garantiza la vigencia efectiva del acceso a la justicia de un grupo que demanda una especial protección

“... [E]ntiendo que el caso debe ser subsumido bajo el supuesto de inacción de los representantes legales en los términos del artículo 43 de la ley 27.149 y 103 del Código Civil y Comercial, lo que habilita la representación principal de la defensora oficial. Así, esa actuación del Ministerio Público garantiza la vigencia efectiva del acceso a la justicia de un grupo que demanda una especial protección. Por el contrario, requerir que los representantes legales del niño participen individualmente u otorguen un poder especial, como si se tratara de la acumulación de acciones individuales, no conduce más que a profundizar las dificultades y barreras de acceso que se pretenden conjurar precisamente a través de un proceso colectivo”.

“Por último, en el caso ‘Halabi’, la Corte Suprema destacó que en las acciones colectivas correspondía adoptar una interpretación armónica entre la operatividad de los derechos colectivos e individuales de carácter homogéneo previstos en la Constitución Nacional —en el caso, el derecho a un vivienda digna con el derecho a la defensa en juicio de los individuos representados (considerandos 12° y 20°)”.

d) Ante la inacción de los representantes legales de los/as niños/as, debida a factores sociales y no a simple negligencia o conflicto de intereses, la defensoría pública debe intervenir para garantizar el acceso a la justicia

“En este contexto fáctico, el supuesto de inacción de los representantes legales regulado en la ley 27.149 y en el Código Civil y Comercial no debe interpretarse

de forma restrictiva de modo de ceñirlo exclusivamente a casos de negligencia, desidia o conflictos de intereses, sino que debe abarcar también la inacción que resulte de factores sociales que actúen como barreras para la actuación de dichos representantes y que estén más allá de su responsabilidad directa”.

 **S., N. E. y otros**¹⁴

Síntesis

En este caso se debatió si el rechazo de la legitimación del asesor tutelar para intervenir de modo previo al desalojo de una vivienda en la que residían niños vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva.

Una empresa constructora, propietaria de un inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, había denunciado que una de las viviendas del predio había sido ocupada ilegalmente por N. E. S., un ex empleado de la empresa que había estado cuidándola, y su familia. El fiscal penal, contravencional y de faltas de la Ciudad resolvió dar curso a la investigación preparatoria por considerar que los hechos narrados podían configurar el delito de usurpación (artículo 181, inciso 10 del Código Penal).

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no hizo lugar a la queja interpuesta por la Asesoría Tutelar y confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que había rechazado el planteo de nulidad del desalojo. La nulidad se basaba en la falta de intervención previa en resguardo del interés de niños y niñas que ocupaban la vivienda, contemplada en el artículo 49, inciso 10 de la ley local n° 1903 y el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño. Contra esa resolución, la Asesora Tutelar interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 16 de octubre de 2012, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía abrir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia. Con fecha 1 de agosto de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inoficioso un pronunciamiento en razón de que la cuestión había devenido abstracta en tanto el desalojo ya se había producido¹⁵.

14. “S., N. E. y otros s- inf. art. 181 CP” – S.C. S. 457, L. XLVII. Dictamen completo disponible en <http://www.mpf.gov.ar/docs/repositorioW/DocumentosWeb/LinksNoticias/SNE.pdf>. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

15. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7018151&cache=1515774889157>.

Principales estándares del dictamen

a) La obligación estatal de garantizar el acceso a un recurso efectivo frente a los desalojos se ve potenciada cuando los afectados son niños y niñas

“... [U]na medida como la aquí objetada puede afectar severamente intereses fundamentales de las personas involucradas, como lo es el interés en no verse privado de una vivienda digna —interés que da fundamento al derecho a acceder a una vivienda digna que reconocen el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—. Una afectación de tal importancia exige que la medida sea adoptada a través de un procedimiento judicial eficaz para resguardar los derechos e intereses en juego”.

“Esa conclusión se sigue llanamente, a mi entender, del derecho al debido proceso que asegura el artículo 18 de la Constitución Nacional”.

“Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— ha sostenido una conclusión semejante al interpretar el artículo 11 del Pacto en relación al derecho a una vivienda adecuada. En su Observación General n° 4 sostuvo que, entre los aspectos identificables de ese derecho, está incluida cierta seguridad en la tenencia que garantice protección contra el desahucio, aun cuando la tenencia cobre la forma de un asentamiento informal u ocupación de tierra o propiedad. La disponibilidad de acciones legales eficaces para evitar, en su caso, desalojos planeados o demoliciones mediante la emisión de órdenes de tribunales —afirmó— compone el derecho a la vivienda internacionalmente garantizado”.

“La protección jurídica de la tenencia como aspecto integrante del derecho a la vivienda fue vinculada por el Comité con el tercer párrafo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige a los Estados garantizar ‘un recurso efectivo’ a todas las personas cuyos derechos hayan sido violados”.

“La exigencia de un mecanismo eficaz de control de la decisión que adopta una medida capaz de privar a personas de una vivienda se potencia cuando los afectados por ella son niños. El especial estado de vulnerabilidad que caracteriza a los niños da fundamento al derecho —recogido explícitamente en el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y en la ley 26.061 (en especial, su artículo 27)— a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte, directamente o por medio de un representante u órgano apropiado”.

b) El rechazo de la legitimación del asesor tutelar para ser oído y evitar un desalojo vulnera las garantías de los/as niños y niñas involucrados/as en el proceso

“... [L]a decisión impugnada desatendió garantías constitucionales al rechazar la legitimación del asesor tutelar para ser oído oportunamente y para evitar que el desalojo, que involucraría a cinco niños, produjera daños injustificados”.

“... [O]pino que la pretensión que esgrimió el asesor tutelar en este proceso de ser oído antes de la adopción de la medida de desalojo que afectaría a un grupo de niños es expresión adecuada de las normas federales aplicables al caso. Al negar esa pretensión, los tribunales que han intervenido en el caso descuidaron injustificadamente derechos que cuentan con protección constitucional. Y por ello, concluyo, la decisión apelada no puede ser convalidada”.

 **N. L.**¹⁶

Síntesis

Uno de los debates del caso consistió en dilucidar si el rechazo por razones formales de una medida autosatisfactiva desatiende la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar los derechos de niños y niñas a la tutela judicial efectiva y a la nacionalidad.

El señor N. había solicitado una medida autosatisfactiva para que se le otorgara la nacionalidad argentina a su hijo. El niño M. E. N. K. había nacido en la República de Polonia fruto de la unión matrimonial entre el señor N. y la ciudadana polaca Z. K., quienes se encontraban separados de hecho. El 26 de febrero de 2013, el señor N. realizó la opción por la nacionalidad argentina a favor del niño, cuyo otorgamiento se sujetó al consentimiento de ambos padres sobre la base del artículo 2 del decreto n° 231/95, modificatorio del artículo 2 del decreto n° 3213/84. De las constancias de la causa surge que el 7 de febrero de 2014, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería argentina había informado que la Sra. K. se negaba a prestar su conformidad. Además, según lo relatado por el señor N., M. E. N. K. se encontraría indocumentado, pues la autoridad polaca le habría negado la renovación del pasaporte luego de que la madre incumpliera un convenio de restitución.

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia de primera instancia que había desestimado la solicitud del señor N. Contra dicho pronunciamiento, el peticionario y la

16. “N. L. (en representación de N. K. M. E.) s/ medida autosatisfactiva” - S.C. FRO 2365/2014/1/RH1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/VAbramovich/diciembre/NL_FRO_2365_2014_RH1.pdf.

Defensora Pública Oficial de Menores *ad hoc* interpusieron recursos extraordinarios, cuya denegatoria originó la interposición de sendos recursos de queja.

En su dictamen de fecha 9 de diciembre de 2015, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que correspondía hacer lugar a las quejas, dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva ajustada a derecho. Para ello, entendió que la Cámara había actuado con excesivo rigor formal, sin considerar la adecuada protección judicial del derecho del niño a la nacionalidad.

Principales estándares del dictamen

a) El principio del interés superior del niño debe orientar y condicionar la decisión de los jueces y exige que éstos adopten las medidas necesarias para garantizar los derechos de cada niño, niña o adolescente

“... [L]os tribunales están obligados a atender primordialmente el interés superior del niño —art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño— el que viene a orientar y a condicionar la decisión de los magistrados, y deben adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que se respeten los derechos de cada niña, niño o adolescente (*Fallos* 334:913, ‘V., D. L.’)”.

b) Los/as operadores/as judiciales deben promover las medidas necesarias para que la tutela judicial de los derechos de niños, niñas y adolescentes sea efectiva, garantizando la simplificación y agilidad de los procesos

“Estos lineamientos coinciden con los dispuesto en las ‘Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad’ (aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que adhirió la Corte Suprema mediante la Acordada 5/2009, del 24 de febrero de 2009). Estas reglas procuran conformar un sistema judicial orientado a la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran los niños (reglas 1 y 3). Disponen que los servidores y operadores del sistema judicial deben otorgar a los grupos en situación de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Ello, a través de la promoción de las medidas necesarias para que la tutela judicial de sus derechos sea efectiva, garantizando la simplificación de los procesos y la agilidad en su tramitación (reglas 25, 26, 34 y 37)”.

c) La relevancia del derecho a la nacionalidad de un/a niño/a debe guiar a los tribunales para determinar el alcance del derecho sustancial discutido y del derecho a la protección judicial

“... [C]onsidero que el tribunal ha adoptado una decisión de extremo rigor formal que desatiende la necesidad de esclarecer cuál es la situación real de M. E. N. K., a fin de adoptar las medidas adecuadas para garantizar su derecho a la nacionalidad y la protección de los derechos del niño (arts. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 1, inciso 2, ley 346; decreto 3.213/1984, modificado por los decretos 231/1995 y 1.601/2004)”.

“Contrariamente a lo sustentado por el juez de grado, el propio tribunal, con cita de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, advirtió que la petición del señor N. se encontraba comprendida dentro de la excepción del artículo 2 de la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado porque se hallaban en juego los derechos de un sector socialmente vulnerable”.

“Sin embargo, al analizar la procedencia de la medida cautelar, adoptó una posición opuesta a ese análisis inicial pues la rechazó, sin más, soslayando la relevancia del derecho en juego —el derecho a la nacionalidad de un niño—, que debe guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento de los puntos de derecho sustancial, sino también en relación con el alcance de la protección judicial”.

F) La protección especial de niños y niñas con discapacidad

 **H., Federico Alejandro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno¹⁷**

Síntesis

La discusión fundamental del caso consistió en determinar el alcance de los derechos de los niños con discapacidad a la salud y a la integralidad de las prestaciones.

17. “H., Federico Alejandro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Amparo” - S.C. H. 196; L. XLVI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2014/MSachetta/marzo/H_H_196_L_XLVI.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a los derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

Los padres de Z. T. H., en representación de su hija discapacitada, presentaron un amparo contra el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) para lograr la cobertura de diferentes prestaciones necesarias para garantizar la salud y la rehabilitación de su hija. En particular, requirieron: i) valvas cortas de polipropileno pierna pie en 90° acolchada y valvas para sujetar muñeca en posición neutra y dedos en extensión; ii) corsé en neoprene ballenado para controlar el tronco; iii) estabilizadores de rodillas y de codos; iv) cuello de goma de espuma de látex; v) bipedestador a medida; vi) 125 pañales mensuales elastizados, con gel, tamaño extra grande; vii) terapia ocupacional; viii) aplicación de toxina botulínica; y ix) maestra integradora.

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó parcialmente la sentencia de primera instancia, y puso a cargo de CEMIC la totalidad de las prestaciones requeridas en la demanda en favor de la niña discapacitada. Contra la resolución, el centro médico interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria provocó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 17 de marzo de 2014, el Procurador Fiscal subrogante ante la Corte Suprema, Marcelo A. Sachetta, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso federal y confirmar la decisión de la Cámara en virtud del interés primordial de los niños con discapacidad. El 9 de septiembre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibile el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁸.

Principal estándar del dictamen

La cobertura integral a las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad debe interpretarse considerando el interés primordial del niño o niña con discapacidad

“... [P]rocede poner de resalto que ‘en esta particular área de los derechos humanos, los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y la consideración primordial de su interés tienen jerarquía superior, imponiendo una dirección a la tarea interpretativa’ (S.C. R. 104, 1. XLVII, ‘R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo’; ítem IV del dictamen de esta Procuración General al que remitió el fallo del 27 /11/12)”.

“Desde este ángulo, adquiere relevancia particular que los requerimientos objeto de estas actuaciones se presentan como prestaciones esenciales tanto para que la menor goce de una mejor calidad de vida en el presente, como para su futuro desarrollo”.

18. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7144381>.

Síntesis

En el presente caso se analizó el alcance del derecho a la protección especial de niños y niñas con discapacidad, a la luz del principio de interés superior del niño, y en particular si un niño con discapacidad tiene derecho a cobrar con preferencia respecto de otros acreedores en el marco de un proceso de quiebra.

Los padres de B. M. F., quien había nacido con una parálisis cerebral irreversible a raíz de una mala praxis médica durante el parto, habían demandado al médico responsable, a la Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte y al Instituto Médico Antártida S.A. En mayo de 2003, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia de primera instancia y fijó una indemnización en favor de B. M. F. y de sus padres. Paralelamente, en febrero de 2003, se declaró la quiebra del centro médico demandado, por lo que los padres del niño promovieron un incidente a fin de que se verifique el crédito con sus respectivos intereses. Solicitaron que, en tanto el titular del crédito era un menor que sufre de incapacidad absoluta, se debía preceder al pago inmediato con los primeros fondos existentes en la quiebra.

El Juzgado Nacional en lo Comercial N° 20 declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los artículos 239, primer párrafo, 241, 242 y 243, inciso 2, de la Ley de Concursos y Quiebras (n° 24.522). En este marco, verificó en favor de B. M. F. un crédito con privilegio especial de primer orden y otro con carácter quirografario. Asimismo, verificó en favor de sus progenitores un crédito con carácter quirografario. Respecto del primer crédito verificado en favor de B. M. F., dispuso el pronto pago y su inclusión en el proyecto de distribución final presentado en el expediente principal. Contra dicho pronunciamiento, la parte actora y la Defensora Pública de Menores e Incapaces interpusieron recursos extraordinarios, que fueron concedidos únicamente en relación con la cuestión federal.

En su dictamen de fecha 4 de noviembre de 2014, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia. Entre otras consideraciones, sostuvo que el proceso concursal que involucra un crédito destinado a satisfacer los derechos de un niño con discapacidad debe ser analizado a la luz de los derechos del niño y de las personas con discapacidad.

19. "Instituto Médico Antártida s/ Quiebra" - S.C. I. 344; L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/noviembre/Inst_Med_Ant_I_344_L_XLVII.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a los derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

Principales estándares del dictamen

a) Los niños y niñas con discapacidad gozan de protección especial

“La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconocen que los niños discapacitados se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, lo que demanda una protección especial de parte del Estado, la familia, la comunidad y la sociedad. Esas obligaciones reforzadas tienen por fin garantizar que los niños discapacitados gocen los derechos humanos fundamentales reconocidos en esos instrumentos y en el resto de las normas nacionales e internacionales. Esta consideración también es receptada por el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección, esto es, medidas que su condición de menor requieran por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

b) El proceso concursal que involucra un crédito destinado a satisfacer los derechos de un niño con discapacidad debe ser analizado a la luz de los derechos del niño y de las personas con discapacidad

“El presente caso debe ser analizado a la luz de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad en tanto la indemnización que fue verificada en el marco de este proceso falencial tiene por objeto satisfacer sus derechos específicos (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Furlán y familiares vs. Argentina’, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 124)”.

c) Los niños y niñas con discapacidad gozan de preferencia en el cobro de créditos vinculados a la satisfacción de sus derechos fundamentales

“La protección especial prevista en los instrumentos internacionales de los derechos específicos de los niños discapacitados genera consecuencias concretas en el caso de la quiebra donde diversos acreedores concurren a procurar satisfacer sus créditos de un patrimonio que devino insuficiente para atender sus obligaciones en el tiempo y las condiciones previstas originariamente. En esta situación particular, el cuidado especial que demanda la situación de vulnerabilidad de los niños discapacitados se traduce en una preferencia en el cobro de sus acreencias vinculadas a la satisfacción de sus derechos fundamentales. Ello permite reconocer una consideración primordial, tal como lo requiere el interés superior del niño, en un contexto donde probablemente todos los créditos no puedan ser atendidos en su integridad. En suma, es un modo de implementar las obligaciones reforzadas que tiene el Estado, la familia, la comunidad y la sociedad en aras de garantizar y proteger los derechos de los niños con discapacidad de manera adecuada”.

“De este modo, el reconocimiento de una preferencia en el cobro constituye, en el caso, una respuesta apropiada a la particular situación del recurrente en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado argentino al incorporar al ordenamiento jurídico los citados instrumentos internacionales con jerarquía superior a las leyes (art 75, inc. 22, Constitución Nacional)...”.

d) La preferencia en el cobro de créditos de niños y niñas con discapacidad garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso

“... [El reconocimiento de una preferencia en el cobro] garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso, especialmente por tratarse de una persona discapacitada, que vio postergada la satisfacción de su crédito a raíz del encuadramiento de su reclamo en el ámbito de un proceso de quiebra (arts. 8, inc. 1, y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 13, inc. 1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades; Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Furlán y familiares vs. Argentina’, cit., párr. 125)”.

e) El crédito de los niños y niñas con discapacidad debe ser conciliado con lo que corresponde otorgar al resto de los acreedores privilegiados en la quiebra

“En este escenario, corresponde armonizar la prioridad que merece el crédito de B. M. F. con el resto de las preferencias previstas y reguladas por la Ley de Concursos y Quiebras”.

“La tutela especial que cabe garantizar al crédito del niño discapacitado debe ser conciliada con la que corresponde otorgar al resto de los acreedores privilegiados en la quiebra, máxime a los de carácter especial (art. 241, ley 24.522) que tienen una alta preferencia de cobro sobre el asiento de sus privilegios. En este último sentido, el resguardo de ese derecho no persigue únicamente la protección del interés de ciertos acreedores, sino también de otros intereses colectivos subyacentes”.

“A modo de ejemplo señalo que no puede desatenderse la importancia de los intereses económicos y sociales que justifican la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (art. 241, inc. 4, ley 24.522). En efecto, ellos se vinculan con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos, como las garantías, que aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad”.

“En las particulares circunstancias del caso, y a fin de armonizar la totalidad de los derechos e intereses colectivos que subyacen en el régimen de privilegios, entiendo que corresponde atender el crédito de B. M. F. —que comprende al capital y a los intereses hasta la declaración de la quiebra— una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, y en las condiciones previstas para los créditos con privilegio general en el artículo 246 de la ley 24.522. Sin embargo, el crédito de B. M. F. debe atenderse con prioridad sobre los créditos con privilegio general verificados a favor del Estado en los términos del artículo 246, inciso 4, de esa ley (doctr. S.C.P. 589, L. XLVI, ‘Pinturerías y revestimientos aplicados SA s/ quiebra’, sentencia del 26 de marzo de 2014). Sin dejar de reconocer la importancia de esas acreencias que están destinadas a atender objetivos de bienestar general, esa postergación es fruto de las obligaciones reforzadas que tienen el Estado y la comunidad para con los niños discapacitados”.

 **T., V. F. c/ ANSES²⁰**

Síntesis

En este caso se analizó, entre otras cuestiones, si las prestaciones dirigidas a brindar un ingreso básico de subsistencia y la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad son adecuadas al deber de garantizar una protección especial a niños y niñas con discapacidad.

La señora V. F. T., madre de J .N. T. —quien padece una seria discapacidad—, inició una acción de amparo contra la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y el Estado nacional, por haberle revocado la prestación de la Asignación Universal por Hijo (AUH), que había sido concedida por el término de un mes y discontinuada a fines del año 2009. La ANSES le había cancelado la prestación pues entendió que, de conformidad con el artículo 9 del decreto n° 1602/09, existía una incompatibilidad entre la AUH y la pensión provincial por discapacidad que el niño recibía. En efecto, el artículo 9 del decreto n° 1602/09 establece que la percepción de la AUH resulta incompatible con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Sala A de la Cámara Federal de Rosario dejó sin efecto la decisión del juez de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 9 del decreto n° 1602/09 y ordenado a la ANSES otorgarle a la señora V. F. T., en representación de su hijo menor con discapacidad, la prestación

20. “T., V. F. c/ ANSES y otros/ varios” - FRO 73023789/2011/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/VAbramovich/febrero/T_V_FRO_73023789_2011.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en los cuadernillos dedicados a los derechos de las personas con discapacidad, y a los derechos económicos, sociales y culturales, donde se desarrollan los estándares específicos de estas temáticas.

correspondiente a la AUH y abonarle las prestaciones adeudadas desde mayo de 2010. Contra ese pronunciamiento, la madre del niño interpuso un recurso extraordinario, que fue concedido por la cuestión federal y rechazado por la arbitrariedad planteada.

Con fecha 3 de febrero de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que se debía admitir el recurso, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda.

Principales estándares del dictamen

a) Los/as niños/as con discapacidad gozan de una especial protección a fin de garantizar el acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad

“A ello cabe agregar la especial protección que los instrumentos internacionales y las leyes prevén a favor de los niños con discapacidad a fin de garantizar su acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional; arts. 6, 23, 24 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 8 y 26 de la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)”.

b) En los casos que involucran derechos sociales fundamentales de un niño o niña con discapacidad, se debe aplicar el máximo grado de prudencia en la verificación de los requisitos para la admisibilidad del amparo

“... [S]i bien la sentencia dictada en el marco de la acción de amparo no es de carácter definitivo, la Corte Suprema ha hecho excepción de esa doctrina cuando lo decidido produce un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (*Fallos* 339:201, ‘Martínez’ y sus citas). Esas circunstancias excepcionales acontecen en el caso puesto que, luego del tiempo que insumió la tramitación de la presente acción, la promoción de un nuevo reclamo a través de las vías ordinarias podría comprometer de modo irreparable la subsistencia de un niño con discapacidad”.

“Al respecto, la Procuración General de la Nación en el caso ‘Etchart’, registrado en *Fallos* 338:1092, dijo que ‘resulta conveniente recordar la doctrina del Tribunal en orden a que el requisito exigido por el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 no puede constituir un obstáculo insalvable cuando el actor no enjuicia un acto único de la autoridad sino una infracción continuada, extremo al que se suma la índole de los derechos que se dicen comprometidos’. Esa doctrina, desarrollada en el marco del reclamo de una prestación previsional periódica, fue compartida por la Corte Suprema (considerando

6°) y remite a la expuesta en el dictamen de la Procuración General registrado en *Fallos* 307:2174, 'Bonorino Perú', y en los precedentes de la Corte Suprema de *Fallos* 324:3074, 'Tartaroglu de Neto'; 329:4918 'Mosqueda' y 335:44, 'Koch'".

"En el caso citado en último lugar, la Corte enfatizó que 'el plazo establecido por el art. 2°, inciso e, de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando como ha sido invocado y prima facie acreditado en el caso se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, comprometen la salud, y la supervivencia misma de los reclamantes (cf. doctrina de *Fallos* 324:3074 y el allí citado r. 68 XXXVI 'Imbrogno, Ricardo c/ I. O. S. s/ amparo' del 25 de septiembre de 2001)' (*Fallos* 335:44, considerando 6°)".

"En el presente caso, la señora T. no controvierte un acto único, sino una omisión arbitraria e ilegal de carácter continuado. En efecto, la AUH ha sido instituida como una prestación dineraria periódica para el sostenimiento de las necesidades generales básicas de niñas y niños, cuyos padres se encuentren desempleados o se desempeñen en la economía informal (arts. 1 y 5, decreto 1602/09). La ANSES ha omitido otorgar la prestación social periódica reclamada y, de este modo, se ha configurado un estado de cosas potencialmente violatorio de derechos, que se inició con el primer rechazo de la ANSES y persiste en el tiempo".

"Además, en el *sub lite* se encuentra en juego la protección de derechos sociales fundamentales de un niño con discapacidad que está en una situación de precariedad económica. En particular, están comprometidos el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 bis, Constitución Nacional y arto 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el acceso a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el disfrute del más alto nivel posible de la salud (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)".

c) La prestación dirigida a brindar un ingreso básico de subsistencia y la prestación local destinada a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad son compatibles por tener propósitos diferentes

"... [L]a regla de incompatibilidad contemplada en el artículo 9 del decreto 1602/09 persigue un fin legítimo, esto es, evitar que se superpongan prestaciones que puedan brindar diferentes sistemas públicos, incluso de diferentes jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos

públicos disponibles. Sin embargo, y en función de esta finalidad, el alcance de la incompatibilidad para acceder a la AUH debe limitarse, como principio, a la percepción de otras prestaciones contributivas o no contributivas, que tengan propósitos similares a la AUH, y cubran las mismas o análogas contingencias y necesidades, pero sin alcanzar a aquellas otras que responden a fines diversos y resguarden otros riesgos sociales”.

“Esta última circunstancia es la que se verifica en el presente caso, puesto que no existe identidad entre la AUH y la pensión provincial por discapacidad instituida a favor de la niñez. La prestación nacional y la local están dirigidas a satisfacer finalidades diferentes y, por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales”.

“En conclusión, la AUH apunta al sostenimiento de un ingreso básico de subsistencia, y la prestación local a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad, por lo que, a la luz de la interpretación expuesta del artículo 9 del decreto 1602/09, opino que son compatibles...”.

G) Los derechos de niños y niñas en conflicto con la ley penal

 **A., D. D.**²¹

Síntesis

En el caso se discutió en particular la compatibilidad de la aplicación de pena de prisión de perpetua a personas que no hayan alcanzado los dieciocho años de edad, con los estándares internacionales en materia de derechos de niños/as.

El 3 de julio de 2002, el Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción de Mendoza condenó a D. D. A. a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio agravado que había cometido el 26 de septiembre de 1997, casi dos años antes de alcanzar los 18 años de edad. El 29 de marzo de 2011, la defensa de A. D. D. interpuso un recurso de revisión contra esa sentencia. Como hecho sobreviniente, invocó el Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), emitido en el marco del caso “César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas de adolescentes”, contra Argentina (n° 12.651). En ese pronunciamiento, la CIDH analizó la situación de otras personas condenadas a la misma pena a raíz de hechos cometidos cuando aún

21. “Arce, Diego Daniel s/ homicidio agravado” – A. 1008, L. 47. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/septiembre/A_D_D_A_1008_L_XLVII.pdf.

no habían alcanzado los 18 años de edad; concluyó que ese tipo de penas vulneraban la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y obligó al Estado argentino a garantizar una revisión amplia de esas decisiones judiciales.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó el recurso de revisión interpuesto por la defensa de D. D. A. para lo cual, sostuvo que la revisión de sentencias penales firmes constituye una vía recursiva excepcional, sólo reservada para los casos especiales enumerados taxativamente en la ley, en cláusulas que han de ser interpretadas restrictivamente. En particular, el tribunal negó que un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pudiera contar como un motivo de revisión. Contra esa decisión, la defensa dedujo un recurso extraordinario federal, que fue concedido.

Paralelamente, el 14 de mayo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declaró la responsabilidad del Estado argentino en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” siguiendo, en lo sustancial, las conclusiones del Informe N° 172/10 de la CIDH sobre cuya base se articuló el recurso de revisión de este caso (cfr. Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C, N° 260).

Con fecha 4 de septiembre de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que debía revocarse la sentencia del tribunal mendocino, por no ajustarse a los términos del fallo de la Corte IDH. Con fecha 5 de agosto de 2014, la CSJN hizo suyo los términos y conclusiones del dictamen de la Procuradora General, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia cuestionada²².

Principales estándares del dictamen

a) El ejercicio del control de convencionalidad exige que la justicia adecue sus fallos a las sentencias de la Corte IDH más allá del caso específico en que fue dictada

“... [C]orresponde que en el ejercicio del ‘control de convencionalidad’, la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, más allá del caso específico en que fue dictada, ha compelido al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el artículo 2° de aquel instrumento internacional, en cuya consecuencia también debe proceder este Ministerio Público, dentro de su competencia (art. 120 de la Constitución Nacional y párrafo 221 de ese pronunciamiento). Al mismo tiempo, ello significa observar fielmente las condiciones de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo vinculado particularmente a esta materia en la República Argentina (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y *Fallos*

22. Fallo de la CSJN completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=713223&interno=1>.

318:514; 326:2805, considerando 11 del voto del doctor Petracchi y sus citas – pág. 2846–”.

“[A]un cuando la situación de D. D. A. no haya sido tratada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde aplicarle los amplios efectos de [l] fallo [de la Corte IDH, “Mendoza y otros vs. Argentina”, sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C, N° 260] en cuanto exceden al caso puntual e imponen a la República Argentina el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del Pacto de San José de Costa Rica”.

b) La prisión y reclusión perpetuas de niños/as constituyen una detención arbitraria

“[La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentina por la] violación del derecho reconocido en el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe el sometimiento a detenciones o encarcelamientos arbitrarios, en relación con los artículos 19 y 1.1 de dicho instrumento, por haberse aplicado las sanciones de prisión y reclusión perpetuas, por la comisión de delitos siendo niños (párrafo 164 y punto resolutivo 5 [de Corte IDH, ‘Mendoza y otros vs. Argentina’, sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C, N° 260])”.

c) La prisión y reclusión perpetuas de niños/as no cumplen con la función resocializadora de la pena ni son proporcionales con la finalidad de la sanción penal

“[La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la] violación del derecho a la integridad personal previsto en el artículo 5.6 de la citada Convención, que determina que las penas tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, también en relación con los artículos 19 y 1.1 *idem*, en la inteligencia que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de reintegración social de los niños y ni son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a su respecto (párrafos 166 y 167 y punto resolutivo 6 [de Corte IDH, “Mendoza y otros vs. Argentina”, sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C, N° 260])”.

d) La prisión y reclusión perpetuas de niños/as resultan desproporcionales y generan impacto psicológico, y por tanto constituyen un trato cruel e inhumano

“[La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la] violación del derecho a la integridad personal, en cuanto al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas (art. 5.1 de la Convención), a la prohibición de someterlas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a

la obligación de tratar a toda persona privada de libertad con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5.2 idem), en relación con sus artículos 19 y 1.1, por considerar que la desproporcionalidad de aquellas penas y el alto impacto psicológico producido, constituyeron tratos crueles e inhumanos (párrafo 183 y punto resolutivo 7 [de Corte IDH, ‘Mendoza y otros vs. Argentina’, sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C, N° 260])”.

e) El régimen de minoridad de la ley nº 22.278 en tanto permite valorar elementos ajenos al delito e imponer a niños/as sanciones penales previstas para adultos es contrario al principio de proporcionalidad

“[La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentina por el] incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2° de la citada Convención, en relación con sus artículos 7.3 y 19, por entender: (i) que el régimen penal de la minoridad de la ley 22.278, en tanto permite valorar otros elementos más allá del delito cometido por el menor (antecedentes, resultado del tratamiento tutelar e impresión directa recogida por el juez), así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad”.

f) La libertad condicional a los 20 años de condena no cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de la libertad ni toma en cuenta las circunstancias de cada niño/a

“... [E]l artículo 13 del Código Penal vigente al momento de los hechos, que contemplaba la libertad condicional para las penas perpetuas luego de cumplidos veinte años de condena, no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, que se actualizan con el paso del tiempo y cuyo progreso podría permitir su reintegración a la sociedad en cualquier momento, ni cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de la libertad, lo cual también afecta el citado principio (párrafo 298 y punto resolutivo 14 [de Corte IDH, ‘Mendoza y otros vs. Argentina’, sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C, N° 260])”.

g) El Estado debe asegurar el acceso a una revisión de estas condenas y evitar su aplicación en el futuro

“El tribunal internacional también afirmó: ‘Con fundamento en las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente caso, particularmente, las relacionadas con la imposición de la prisión perpetua a (...), la Corte dispone que el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a (...), ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad’. De igual modo, ‘Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de

edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia”.

 **G., M. A.**²³

Síntesis

En este caso se discutió el alcance del principio del interés superior del niño en procesos penales seguidos contra jóvenes, en particular para definir si corresponde aplicar un agravante previsto en el Código Penal.

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 29 de la Ciudad de Buenos Aires declaró extinta la acción penal por prescripción por el delito de robo simple en grado de tentativa seguida contra M. A. G. Para arribar a esta decisión, el tribunal tomó en cuenta que no correspondía aplicar el agravante previsto en el artículo 41 *quater* del Código Penal, que aumenta la pena de los mayores que participen de delitos cometidos por menores de 18 años, pues la imputada M. A. G. tenía 19 años al momento del hecho y no podía ser considerada mayor de edad. En tal sentido, para el tribunal de juicio, a efectos de definir la mayoría de edad se debía aplicar la legislación civil vigente a la fecha de la comisión del delito, que la fijaba a los 21 años.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal y confirmó la declaración de extinción de la acción penal por prescripción. Contra ese pronunciamiento, el Fiscal General ante la Cámara de Casación interpuso un recurso extraordinario federal que, declarado inadmisibles, motivó la presentación de un recurso en queja.

Con fecha 1 de junio de 2015, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, desistió del recurso interpuesto con base en el principio del interés superior del niño. El 16 de septiembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo por desistido el recurso²⁴.

23. “G., M. A s/ causa n° 15896” - S.C. G. 524; LL. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/AGilsCarbo/junio/G_G_524_L.pdf.

24. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7224461&cache=1509648609394>.

Principales estándares del dictamen

a) El interés superior del niño y el principio pro homine se aplican tanto a los niños en conflicto con la ley penal como a quienes están en contacto con ella

“Debo destacar que si bien en el precedente señalado el niño afectado revestía la calidad de víctima, no corresponde —a los efectos de la interpretación que nos ocupa— realizar una lectura independiente para uno y otro caso, en tanto el principio *pro persona* establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos alcanza ambos supuestos”.

“En efecto, conforme el Comité de los Derechos del Niño, en los asuntos de naturaleza penal, el principio del interés superior del niño y en consecuencia también el principio *pro persona* se aplica tanto a los niños en conflicto con la ley —autores presuntos, acusados o condenados— como a quienes están en contacto con ella —víctimas o testigos— (CRC, Observación General N° 14, párrafo 28)”.

b) Para determinar la mayoría de edad, corresponde aplicar el principio del interés superior del niño y el principio pro homine

“[L]a Convención sobre los Derechos del Niño [establece] en su artículo 1 que ‘se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’. (...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ‘Caso Furlán y Familiares vs. Argentina’ (sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 121 y sig.) (...) dispuso que ‘en términos generales, se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. No obstante lo anterior, el Tribunal tiene en cuenta que al momento de la ocurrencia de los hechos se encontraba vigente el artículo 126 del Código Civil de Argentina que establecía que eran ‘menores de edad las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años’, razón por la cual en aplicación del principio *pro persona* (artículo 29.b de la Convención) se entenderá que Sebastián Furlán adquirió la mayoría de edad sólo al cumplir los 21 años de edad, es decir, el 6 de junio de 1995’ (párr. 122)”.

“Sobre la base de las mismas consideraciones no luce arbitraria la sentencia que concluyó que M. A. G. quien tenía diecinueve años al momento del hecho estando vigente el artículo 126 del Código Civil que establecía la mayoría de edad a los veintiún años, debe ser considerada niña a los efectos del *sub examine*, y por tanto, no resulta aplicable la agravante del artículo 41 *quater* del Código Penal”.

Síntesis

Una de las discusiones centrales del caso consistió en dilucidar el alcance de las garantías del *ne bis in ídem* y del derecho al plazo razonable en procesos penales seguidos contra jóvenes menores de edad.

M. M. M. había sido acusado por hechos ocurridos en 2005, cuando tenía 16 años. El Tribunal Oral de Menores n° 2 lo juzgó y absolvió de los delitos de resistencia a la autoridad y robo agravado, pero la sentencia fue anulada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal que ordenó el apartamiento del tribunal y un nuevo juicio. El Tribunal Oral de Menores N° 1 que intervino en esta segunda oportunidad determinó que la aplicación de una pena era innecesaria y lo sobreseyó. Esta decisión fue recurrida por el representante del Ministerio Público Fiscal y revocada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, que remitió la causa nuevamente al tribunal oral para que continúe el proceso. Contra ese pronunciamiento, la defensa técnica de M. M. M. interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen del 17 de marzo de 2015, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó consideró que debía hacerse lugar al planteo de la defensa y revocar la sentencia recurrida. El 25 de agosto de 2015, la CSJN desestimó el recurso, con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁶.

Principales estándares del dictamen

a) *La imposición de sanciones penales a jóvenes debe atender al interés superior del niño*

“En tales condiciones, considero que, tal como sostiene la defensa en la apelación federal, la decisión de someter nuevamente a juicio a M. está basada en una interpretación meramente formal del régimen penal juvenil que desatiende las garantías especiales que los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional aseguran a las niñas, niños y jóvenes en conflicto con la ley penal (arts. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, y 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño)”.

“Opino que ello es así pues la imposición de sanciones penales a jóvenes, tal

25. “M., M. M s/ Causa N° 15252” - S.C. M. 232, L. XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2015/AGilsCarbo/marzo/M_M_M_232_L_XLIX.pdf.

26. Fallo de la CSJN completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=724002&interno=1>.

como establece la Convención sobre los Derechos del Niño, debe atender al ‘interés superior del niño’, a ‘promover su reintegración social’ y que ‘éste asuma una función constructiva en la sociedad’ (arts. 3 y 40, inc. 1° de la citada Convención y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional)”.

b) La consideración del “interés superior del niño” implica sustituir los objetivos de represión y castigo por los de rehabilitación y justicia restitutiva

“En esa tarea, la consideración del ‘interés superior del niño’ —definida en el artículo 3— implica que ‘los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva’ (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, ‘El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial’, del 29 de mayo de 2013, párrafo n° 28). Ello porque en este ámbito se aplican todas las garantías y beneficios de los que gozan las personas mayores, con un plus de derechos derivados de su condición (conf. *Fallos* 328:4343, considerandos 22°, 23°, 32° y 33°; con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, ‘Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños’, párrafo n° 54)”.

c) En casos de niños y niñas en conflicto con la ley penal corresponde promover la adopción de soluciones alternativas a la pena privativa de la libertad

“[L]a normativa constitucional apunta a restringir los efectos estigmatizantes del proceso penal a través de la promoción de soluciones alternativas —medidas de supervisión, sociales, educativas o de restitución y compensación a la víctima, etc.— que, siempre que sea apropiado y deseable, eviten recurrir a la pena privativa de libertad y favorezcan la reinserción social de los niños (art. 40, incs. 1°, 3° y 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad —Reglas de Tokio—; regla n° 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores —Reglas de Beijing—; y Comité de Derechos del Niño, Observación General n° 10, ‘Los derechos del niño en la justicia de menores’, del 25 de abril de 2007, párrafo n° 28)”.

“En tales condiciones, la decisión de la cámara de casación de mantener la judicialización del adolescente para evaluar en una nueva oportunidad la necesidad de aplicarle una pena privativa de la libertad no ha atendido el mandato constitucional que impone analizar, en cada caso, la pertinencia o valor de otras medidas que se orienten a lograr los objetivos de reinserción social y de interés superior del niño,

y eviten o restrinjan, en lo posible, las consecuencias no deseadas del proceso respecto de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal”.

d) El Estado está especialmente obligado a garantizar que las causas seguidas contra jóvenes sean dirimidas en un plazo razonable

“En esas circunstancias, la retrogradación ordenada por el tribunal de la anterior instancia vulnera, además, el principio constitucional que prohíbe la múltiple persecución penal y el derecho del joven a definir su situación en un plazo razonable. Esa regla es particularmente exigible en este caso, pues la Convención de los Derechos del Niño impone una especial obligación a los Estados Parte de garantizar que las causas seguidas contra jóvenes infractores sean dirimidas sin demora (art. 40.b.iii)”.

e) La reedición de un acto supuestamente viciado puede vulnerar el derecho de los jóvenes a obtener un pronunciamiento definitivo en un plazo razonable

“A partir del precedente ‘Mattei’, la Corte ha vedado la regresión del proceso para la reedición de un acto supuestamente viciado cuando la impugnación no cuestiona formas esenciales que comprometen las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, sino que se dirige a reforzar las posibilidades de arribar a una condena. Esta garantía se relaciona con el derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una rápida y eficaz decisión judicial que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal (conf. *Fallos* 272:188; 300:1102; 321:2826, 333:1687, entre otros)”.

“El fallo de la Cámara de Casación somete a M., luego del derrotero procesal que sufrió durante ese prolongado período y por tercera vez, a una nueva decisión sobre la aplicación de una sanción respecto del mismo hecho, a pesar de que ya existieron dos pronunciamientos que lo eximieron de ella. De ese modo, lo resuelto ha generado un nuevo riesgo de condena —o, en su caso, de aplicación de pena— que aleja aún más la posibilidad del joven de obtener un pronunciamiento definitivo que resuelva su estado frente a una imputación penal en un plazo razonable”.

Síntesis

El debate principal en el presente caso consistió en determinar si el instituto de la suspensión del juicio a prueba tiene el mismo alcance en el régimen de adultos que en el régimen penal juvenil.

A. G. O. había sido juzgado por un hecho cometido antes de haber cumplido 18 años de edad. En esa oportunidad, el tribunal oral de menores que intervino había decidido suspender el juicio a prueba, en los términos de los artículos 76 *bis* y *ter* del Código Penal. Pero, en aplicación del artículo 40, incisos 1 y 2.b.iii, de la Convención sobre los Derechos del Niño dispuso que esa decisión no impediría la concesión de dicho instituto en otro eventual futuro proceso, aun cuando no se cumpliera el plazo exigido por el artículo 76 *ter* del Código Penal (ocho años). Ya siendo adulto, A. G. O. fue juzgado por otro hecho delictivo y solicitó una nueva suspensión del juicio a prueba. Sin embargo, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 no hizo lugar a la petición pues consideró que no había transcurrido el plazo de ocho años fijado por el artículo 76 *ter* del Código Penal, rechazando los efectos asignados por el tribunal oral de menores a su decisión.

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación deducido por la defensa de A. G. O. contra la sentencia del tribunal oral. Contra ese pronunciamiento, la defensa interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

Con fecha 27 de marzo de 2015, la Procuradora General de la Nación, opinó que correspondía hacer lugar al pedido de la defensa de A. G. O., y revocar la sentencia recurrida. Con fecha 6 de octubre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso *in limine*, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁸.

Principales estándares del dictamen

a) Las garantías diferenciadas para la imposición de penas a niños, niñas y adolescentes están dirigidas a velar por su reintegración social

“En mi opinión, asiste razón a la recurrente en cuanto a que ese pronunciamiento —que desechó el régimen especial que el tribunal de menores había asignado a la medida— obvió las reglas que establecen garantías diferenciadas para la imposición de penas a niñas, niños y jóvenes respecto de los adultos, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño”.

27. “O., A. G. s/ Causa n° 16.150” – S.C. O., 33, L. XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2015/AGilsCarbo/marzo/O_A_O_33_L_XLIX.pdf.

28. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=725202>.

“Entre esas pautas, se destaca el mandato constitucional que obliga a que la imposición de penas a jóvenes atienda a su ‘reintegración social’ y a que éstos asuman ‘una función constructiva en la sociedad’ de acuerdo con el artículo 40, inciso 1, de la citada Convención (*Fallos 328:4343, considerandos 22° y 23°*)”.

b) La suspensión del juicio a prueba en el proceso penal juvenil constituye una solución alternativa que promueve la resocialización

“[E]ntiendo que la suspensión del juicio a prueba concedida a O. en el proceso penal juvenil sólo puede ser interpretada como una solución especial y alternativa a la continuación del juicio y a la eventual imposición de condena penal, que privilegió el resultado exitoso del tratamiento tutelar con el objetivo constitucional de promover su resocialización”.

c) No corresponde asignar al instituto de la suspensión del juicio a prueba en el proceso penal juvenil los mismos efectos que en el régimen de adultos

“Cabe resaltar que, tal como alega la recurrente, el sistema penal limita fuertemente los efectos negativos de la pena respecto de los jóvenes. Por ejemplo, el artículo 50 del Código Penal determina que los delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad no dan lugar a la reincidencia. En el caso, incluso si O. hubiera sido declarado penalmente responsable de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 4° de la ley 22.278, tal antecedente no hubiera impedido que se le aplicara la suspensión del juicio a prueba siendo adulto, pues el artículo 76 bis del Código Penal sólo impide una nueva concesión del instituto dentro de determinado plazo”.

“En tales condiciones, la aplicación de este instituto por parte del tribunal de menores obedeció al mandato de los magistrados de cumplir con la Convención de los Derechos del Niño y, por ello, no puede asignársele los mismos efectos que tendría en el régimen de adultos. Ha sentado la Corte Suprema que la interpretación de las normas penales en general, y del instituto de la suspensión del juicio a prueba en particular, exige priorizar la exégesis legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (*Fallos 331:8558*)”.

d) La aplicación de una medida alternativa a la pena en menores de dieciocho años no puede ocasionar consecuencias jurídicas negativas sobre el régimen penal de adultos

“En ese sentido, considero que la medida alternativa a la pena aplicada a este joven cuando aún no tenía dieciocho años de edad, bajo el régimen de la suspensión del juicio a prueba, no puede ocasionar consecuencias jurídicas negativas sobre el régimen penal de adultos”.

“En consecuencia, la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 19, convalidada por la cámara de casación, ha realizado una interpretación meramente formal de las normas que regulan ese instituto que transgredió los especiales objetivos que la Convención sobre los Derechos del Niño reclama para la imposición de penas a niñas, niños y adolescentes”.

 **O., R. E.**²⁹

Síntesis

La principal cuestión analizada en el caso consistió en determinar la compatibilidad del proceso penal juvenil de la Provincia de Buenos Aires con el derecho de niños, niñas y adolescentes al debido proceso y, en particular, a recurrir el fallo condenatorio.

R. E. O. se encontraba imputado por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego, y había obtenido la excarcelación bajo caución juratoria por orden de la titular del Juzgado de Garantías N° 2, del Departamento Judicial de Junín, Provincia de Buenos Aires. Ante el recurso del fiscal, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal revocó la decisión, basándose en la existencia de otra imputación por un hecho similar y en informes socio ambientales negativos. En virtud de la ausencia de un recurso de casación contemplado para el proceso de responsabilidad penal juvenil, la defensa de R. E. O. interpuso un recurso directo ante la Suprema Corte provincial, que fue desestimado. Contra ese pronunciamiento, la defensa presentó un recurso extraordinario federal, cuyo rechazo motivó un recurso en queja ante la Corte Suprema.

Con fecha 22 de octubre de 2013, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema, Eduardo E. Casal, opinó que correspondía hacer lugar a la queja y dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado. Para ello, entendió que R. E. O. tenía derecho a contar con un recurso accesible de carácter integral, de modo que el Máximo Tribunal debía hacer lugar a la queja y dejar sin efecto la decisión cuestionada. El 15 de mayo de 2014, la CSJN desestimó *in limine* el recurso, con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³⁰.

29. “O., R. E. s/ Causa N° 110.017” – S.C. O 313, L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/ECasal/octubre/O_Rodrigo_O_313_L_XLVII.pdf.

30. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7112661>.

Principal estándar del dictamen

Los impedimentos procesales no pueden ser un obstáculo para analizar derechos fundamentales que exigen tutela inmediata, como es el caso del derecho al doble conforme de niños, niñas y adolescentes

“Es cierto que los agravios descriptos se vinculan con la forma en que la Suprema Corte provincial apreció los temas comprendidos en el recurso extraordinario de orden local a efectos de determinar los límites de su competencia, aspecto cuya revisión, por regla y atento su naturaleza procesal, resulta ajeno al conocimiento de V.E. (*Fallos* 302:1134; 313:1045; 328:1689, votos de los doctores Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; 330:4211), siendo la tacha de arbitrariedad, en supuestos de esta índole, especialmente restrictiva (*Fallos* 302:418; 305:515; 307:1100; 313:493 y 329:4783)”.

“Sin embargo, ello no es óbice para invalidar lo decidido cuando su rechazo carezca de la debida fundamentación atento las especiales características del caso, que conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el justiciable y afecta irremediablemente la garantía de la defensa en juicio (*Fallos* 324:2456; 325:107; 326:2397; 329:4099 y sus citas; 330:4534, entre muchos otros)”.

“Entiendo que tal es la situación que se presenta en el *sub júdice*, pues más allá de la discusión acerca de la naturaleza que corresponde asignarle a aquellas cuestiones, la negativa de analizarlas por parte del *a quo* limitándose a señalar su carácter estrictamente procesal le impidió advertir, tal como lo destacó el recurrente, que el reclamo de su intervención fue consecuencia directa de la necesidad de que se le reconozca al imputado su derecho fundamental a la doble instancia, al no contemplar el procedimiento de responsabilidad penal para menores estatuido por la ley 13.634, la intervención del Tribunal de Casación Penal”.

“Lo expuesto adquiere particular relevancia en el caso, a poco que se repare en que se procura revisar una decisión que afecta un derecho que exige tutela inmediata (*Fallos* 308:1631; 310:1835; 311:358; 314:791), en tanto restringe la libertad de O. al revocar la excarcelación que oportunamente le fue concedida por el juzgado de garantías”.

Síntesis

En este caso se analizó si la incorporación de antecedentes penales de jóvenes en un registro nacional de reincidencia de adultos es compatible con las garantías especiales que gozan niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Los jóvenes L. I. E. y L. N. C. habían sido encontrados responsables de la comisión de un delito por el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil n° 2 del departamento judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Si bien el juez resolvió no aplicarles una sanción penal, sí ordenó comunicar el auto de responsabilidad penal de los jóvenes al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Este punto fue recurrido por la defensa oficial de los jóvenes.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto por la defensora oficial contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial de Quilmes, que había confirmado la decisión del juzgado. Contra ese pronunciamiento, la Procuradora General ante la Suprema Corte de Justicia provincial —en su carácter de autoridad máxima de la defensa pública oficial de esa jurisdicción— interpuso un recurso extraordinario cuya denegatoria, originó la presentación de un recurso de queja.

Con fecha 17 de marzo de 2015, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, consideró que debía declararse procedente la queja y revocarse el pronunciamiento recurrido. El 22 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió hacer lugar a la queja y dejar sin efecto la sentencia del tribunal bonaerense³².

Principales estándares del dictamen

a) La ley penal se aplica a niños y niñas de un modo diferenciado respecto de los adultos en igual situación

“Estos estándares especiales imponen que la ley penal se aplique a los niños de un modo diferenciado respecto de los adultos en igual situación, pues reconoce que aquellos son titulares de derechos y garantías especiales que se derivan de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima

31. “R., B. S. y otros s/ Incidente tutelar” - R, 551, XLVIII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/AGilsCarbo/marzo/R_B_R_551_L_XLVIII.pdf.

32. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7274622>.

jerarquía normativa (*Fallos* 328:4343, considerandos 32 y 33, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, ‘Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño’, párr. 54)’’.

b) La comunicación de los antecedentes de niños y niñas a un registro de adultos sin observar garantías especiales puede ocasionar un agravio no susceptible de reparación ulterior

“El fallo impugnado es equiparable a sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la ley 48. Ello así pues, como alega la recurrente, la comunicación de los antecedentes de los niños a un registro de adultos, sin observar garantías especiales, puede producir un gravamen de insuficiente o imposible reparación ulterior en tanto dicha información podría ser valorada en su perjuicio (conf. *Fallos* 320:179, entre otros)’’.

c) Los registros de niños y niñas en conflicto con la ley penal son de carácter estrictamente confidencial y no pueden ser consultados por terceros

“En cuanto al acceso y uso de esa información, cabe tener en cuenta que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing –1985) estipulan que ‘1. [L]os registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas’...’’.

d) La reserva y confidencialidad de datos vinculados a procesos penales que involucran a niños y niñas es una derivación del principio de protección del interés superior del niño

“En particular, como derivación del principio de protección del interés superior del niño y del derecho a la intimidad (arts. 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño) los estándares convencionales aseguran la reserva y confidencialidad de los datos vinculados con los procesos que involucran a niñas, niños y adolescentes y tienden a restringir los efectos estigmatizantes del proceso penal para facilitar su ulterior inserción social’’.

e) Los registros de niños y niñas en conflicto con la ley penal no se pueden utilizar en procesos de adultos ni siquiera en casos en los que esté implicado la misma persona una vez alcanzada la mayoría de edad

“[Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing –1985) estipulan que] ‘2. [L]os registros de menores

delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente' (regla n° 21)".

f) Los registros de niños y niñas en conflicto con la ley penal no deben considerarse como "registro de antecedentes penales"

"Por su parte, el Comité de Derechos del Niño también ha puntualizado las especiales condiciones en las que debe asentarse la información vinculada con las medidas aplicadas a los niños, niñas y jóvenes en conflicto con la ley penal. En estos casos, si bien se acepta la existencia de expedientes confidenciales con 'fines administrativos y de examen' se prohíbe considerarlos como un 'registro de antecedentes penales'. En ese sentido, 'si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un periodo de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia' (Observación General n° 10/2007, 'Los derechos del niño en la justicia de menores', párrafo n° 27)".

g) La inscripción del auto de responsabilidad penal de niños y niñas en el Registro Nacional de Reincidencia vulnera las garantías especiales que gozan niños y niñas en conflicto con la ley penal

"... [E]l tribunal ordenó la inscripción en el Registro Nacional de Reincidencia según el régimen general de la ley 22.117 que corresponde a los adultos. En ese sentido, cabe destacar que en su artículo 8 se establece que esos datos —aun cuando tengan un carácter, en principio, reservado— podrán suministrarse a jueces y tribunales de todo el país, fuerzas de seguridad, autoridades extranjeras, legisladores de la Nación, y otras autoridades nacionales, provinciales o municipales cuando así lo dispusiera el Ministerio de Justicia de la Nación".

"De este modo, la información sobre la situación penal de los jóvenes estaría disponible sin las restricciones especiales que imponen los instrumentos internacionales en cuanto al acceso, utilización y plazo de validez de dichos registros".

"En tales condiciones, si bien dicha información carece de relevancia a los fines de la reincidencia (arts. 5 de la ley 22.178 y 50 del Código Penal), podría ser valorada en decisiones administrativas o judiciales, lo que agrava la criminalización y estigmatización de los niños en conflicto con la ley penal y profundiza las consecuencias no deseadas del proceso penal, lo que implica una grave vulneración de los derechos protegidos por la Convención de los Derechos del Niño".

Síntesis

En el presente caso se discutió cómo deben interpretarse los estándares internacionales de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes al momento de evaluar la imposición de penas de prisión a personas que no hayan alcanzado los 18 años de edad.

La Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, Provincia de Río Negro, declaró la responsabilidad penal de C. J. A. por haber dado muerte a una persona de un disparo, el 29 de mayo de 2011, cuando tenía diecisiete años; lo consideró autor del delito de homicidio agravado por ser cometido con un arma de fuego en concurso ideal con portación de arma de uso civil (arts. 41 *bis*, 45, 54, 79 y 189 *bis* (2), tercer párrafo, del Código Penal) y, al determinar que correspondía aplicar el artículo 4 de ley n° 22.278 —que establece los requisitos para la imposición de penas a quienes no hayan alcanzado los 18 años de edad—, concluyó que era necesario aplicar una sanción de 12 años de prisión.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro rechazó el recurso de casación interpuesto en forma conjunta por la defensa técnica de C. J. A. y la defensora de menores, y confirmó la sentencia de la Cámara en lo Criminal de Viedma. En aquel recurso se objetaba la pena por considerarla violatoria del artículo 37 inc. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto dispone que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley penal y se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, y contraria a la doctrina de los precedentes “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y “Mendoza” de la Corte IDH. Según los recurrentes, la interpretación de la normativa internacional y de la citada jurisprudencia exigiría la imposición de una sanción sensiblemente menor a la de 12 años de prisión. Contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, las dos defensoras interpusieron sendos recursos extraordinarios federales que fueron concedidos parcialmente.

El 16 de mayo de 2016, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Eduardo Casal, dictaminó que se debía confirmar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro y que debía revisarse la pena impuesta de forma periódica, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia. Con fecha 31 de octubre de 2017, el Máximo Tribunal hizo suyos los fundamentos del Procurador Fiscal y confirmó la sentencia recurrida³⁴.

33. “A.,C.J.” - CSJ 743/2014 (50-A)/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/ECasal/mayo/ACJ_CSJ_743_2014.pdf.

34. Fallo completo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación disponible en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=yqrzmHDnxwUKogvs2AbnJnJ1lLc-3Do1AwixGFD4BQKg%3D&tipoDoc=sentencia&cid=251903>.

Principales estándares del dictamen

a) La posibilidad de imponer las mismas penas a niños, niñas y adolescentes que a personas adultas es contraria al principio de proporcionalidad

“[C]orresponde observar inicialmente en cuanto a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* ‘Mendoza y otros’, referida a casos donde —a diferencia del *sub judice*— se había aplicado a menores la pena de prisión perpetua, que además de objetar el régimen de la ley 22.278 por el amplio margen de arbitrio judicial que permite su artículo 4 y por admitir la posibilidad de imponer a los niños las mismas penas que a los adultos, lo cual es contrario al principio de proporcionalidad (párrafo 295), el tribunal consideró que ‘la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños’ (párrafo 163). En similar sentido, agregó que ‘la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma’ (párrafo 165 y, en igual sentido, párrafo 151)”.

b) Se deben revisar periódicamente las penas a niños, niñas y adolescentes y disponer su libertad en caso de que cambien las circunstancias que llevaron a su condena

“En esa línea, es pertinente señalar que a fin de adecuar el caso a la reintegración social que debe perseguir toda pena (arts. 18 de la Constitución Nacional y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en especial la aplicada a los menores (art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), de conformidad con el criterio señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* ‘Mendoza’ —donde con invocación de lo observado por el Comité de los Derechos del Niño puntualizó como principio respecto de las medidas de privación de la libertad de los niños, que ‘la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico’— la autoridad provincial competente deberá proceder al cumplimiento de esa revisión pues ‘si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto’ (párrafos 162 y su cita, y 163). Este temperamento, que es el que mejor se ajusta a la cláusula federal del artículo 28.2 del Pacto de San José de Costa Rica, se asimila al adoptado por V.E. el 5 de agosto de 2014 *in re* ‘Arce, Diego Daniel s/

homicidio agravado' (expte. A. 1008. XL VII), donde en aplicación extensiva del fallo 'Mendoza' y con remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora General, dispuso –en lo que aquí interesa– que por la vía procesal correspondiente la justicia mendocina examinara periódicamente la conducta de un menor condenado inicialmente a la pena de prisión perpetua, para verificar su evolución en el proceso de reintegración social”.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL | PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
Av. de Mayo 760 (C1084AAP) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(54-11) 4338-4300
www.mpf.gob.ar | www.fiscales.gob.ar