

EDICIÓN ESPECIAL
30 ANIVERSARIO

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Comentada

AUTORES

- Pablo José Asa
- Verónica Asurey
- María Bacigalupo de Girard
- Yael S. Bendel
- Cecilia Bertolé
- Daniela Bianchi
- Carlos Bigalli
- Eugenia Braguinsky
- Estela de Carlotto
- Marcelo Colombo
- Damián Natalio A. Corti
- Horacio Guillermo Corti
- Luis E. Duacastella Arbizu
- María Victoria Famá
- María Julia Feierherd
- María Soledad Figueroa
- Aldo Gustavo de la Fuente
- Norberto Garrote
- Juan Facundo Hernández
- Verónica Jaramillo Fonnegra
- Laura B. de Marinis
- María Fernanda Mattera
- Marta del Rosario Mattera
- Luciana Luaces Bossini
- Noris Pignata
- Gustavo Ponce
- Jimena Posleman
- Claudio Presman
- Silvia Pujol
- Cecilia Queirolo
- Liliana Ronconi
- María Isabel Rua
- Norma Sas
- Nora Schulman
- Inés Selwood
- Alejandro Javier Siderio
- Farith Simon
- Marisa Snaider
- Nadia Anahí Tordi
- Rodolfo Urribarri
- Inés M. Weinberg



Ministerio Público Tutelar
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Comentada



Ministerio Público Tutelar
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

AUTORIDADES

Asesora General Tutelar
Dra. Yael S. Bendel

Secretaria General de Política Institucional
Dra. Laura Grindetti

Secretaria General de Gestión
Dra. Ana Cueva Rey

Secretaria General de Coordinación Administrativa
Dra. Paula Mazzucco

Asesora General Tutelar Adjunta de Menores
Dra. María de los Ángeles Baliero de Burundarena

Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces
Dra. Magdalena Giavarino

**Asesorías ante el Fuero Contencioso,
Administrativo y Tributario**

Asesora Tutelar de Primera Instancia N° 1
Dra. Mabel López Oliva

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 2
Dr. Damián Natalio Ariel Corti

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 3
Dr. Jorge Luis Bullorini

Asesora Tutelar de Primera Instancia N° 4
Dra. Norma Sas

Asesor Tutelar de Cámara N°1
Dr. Gustavo Moreno

Asesor Tutelar de Cámara N° 2
Dr. Juan Cataldo

**Asesorías ante el Fuero Penal,
Contravencional y de Faltas**

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 1
Dr. Carlos Bigalli

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 2
Dr. Rodrigo Carlos Dellutri

Asesora Tutelar ante la Cámara de Apelaciones
Dra. Noris Pignata

Coordinación general: Yael S. Bendel

Coordinación de contenidos: Mariela Aisenstein, Gabriela Castillo, Andrea Ventura.

Edición: María Soledad Gómez

Diseño y diagramación de contenidos: Jimena Llores, Lucía Nies, Verónica Kapelusznik.

Edición concluida en noviembre de 2019

Versión digital disponible en www.mptutelar.gob.ar

INDICE

07. PRÓLOGO | **Yael S. Bendel**
11. PREÁMBULO
12. ARTÍCULO 1
13. ARTÍCULO 2 | **Marta del Rosario Mattera**
Igualdad y no discriminación
41. ARTÍCULO 3 | **Farith Simon**
Interés superior del niño: derecho, principio y garantía
77. ARTÍCULO 4 | **Horacio Guillermo Corti**
La implementación de la Convención. Efectos sobre la Política Fiscal sobre los Estados
117. ARTÍCULO 5 | **María Victoria Famá**
Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes
137. ARTÍCULO 6 | **Marisa Snaider**
El derecho a la vida y la garantía de la Supervivencia y desarrollo del niño
149. ARTÍCULOS 7 y 8 | **Estela de Carlotto**
Una ley para todos los chicos y chicas del mundo
157. ARTÍCULO 9 | **María Bacigalupo de Girard - María Julia Feierherd - Cecilia Queirolo**
La Convención sobre los derechos del Niño y el derecho de vivir en familia de niñas, niños y adolescentes
179. ARTÍCULO 10 | **Verónica Asurey - Verónica Jaramillo Fonnegra - Pablo José Asa**
Estándares internacionales para la garantía de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en el contexto de la migración

205. ARTÍCULO 11 | **María Isabel Rua**
Restitución internacional de Niños
229. ARTÍCULO 12 | **Noris Pignata**
Derecho a ser escuchado
245. ARTÍCULO 13 | **Eugenia Braguinsky - Inés Selwood**
El acceso a la información pública también es cosa de niños, niñas y adolescentes
247. ARTÍCULO 14 | **Claudio Presman**
Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
259. ARTÍCULO 15 | **Juan Facundo Hernández**
Algunas consideraciones sobre la libertad de asociación previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño
273. ARTÍCULO 16 | **Yael S. Bendel**
Distintas dimensiones del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes
291. ARTÍCULO 17
Eugenia Braguinsky - Inés Selwood
El acceso a la información pública también es cosa de niños, niñas y adolescentes
307. ARTÍCULO 18 | **Nadia Anahí Tordi**
Rol del Estado argentino como garante en el ejercicio efectivo de la coparentalidad
321. ARTÍCULO 19 | **Norberto Garrote**
Protección contra el maltrato y abuso
337. ARTÍCULOS 20 Y 21 | **Alejandro Javier Siderio**
Cuidados alternativos y adopción

367. ARTÍCULO 22 | **María Soledad Figueroa - Luciana Luaces Bossini**
Niños con necesidades de protección internacional
381. ARTÍCULO 23 | **Cecilia Bertolé**
La protección especial de niños, niñas y adolescentes con discapacidad
395. ARTÍCULO 24 Y 25 | **Silvia Pujol**
Los niños y la salud
407. ARTÍCULO 26 | **Damián Natalio A. Corti**
El derecho a la seguridad social
421. ARTÍCULO 27 | **Nora Schulman**
De las necesidades a la garantía de derechos
433. ARTÍCULOS 28 Y 29 | **Jimena Posleman - Liliana Ronconi**
El derecho a la educación
459. ARTÍCULO 30 | **Norma Sas**
El art. 30 de la Convención sobre los Derechos del niño a la luz de un fallo de la CSJN sobre el respeto a las minorías religiosas en el ámbito de la educación pública
473. ARTÍCULO 31 | **Rodolfo Urribarri**
Sobre el derecho al juego y al esparcimiento
485. ARTÍCULO 32 | **Gustavo Ponce**
Promoción de derechos de la niñez y erradicación del trabajo infantil en la Argentina. ¿Convergencia o desencuentro?
501. ARTÍCULO 33 | **Luis E. Duacastella Arbizu - Laura B. De Marinis**
Celebrar la Convención es hacerla efectiva: más derechos, menos penas

517. **ARTÍCULO 34 | Aldo Gustavo de la Fuente**
Una aproximación a los delitos sexuales
531. **ARTÍCULO 34, 35 Y 36 | Marcelo Colombo**
Acerca de los conceptos de trata y explotación de niños, niñas y adolescentes.
Un análisis bajo el prisma de la figura penal de trata de personas
553. **ARTÍCULO 37 | Carlos Bigalli - Daniela Bianchi**
El art. 37 de la CDN en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
573. **ARTÍCULO 38 | Inés M. Weinberg**
Protección de los niños, niñas y adolescentes ante situaciones originadas en
conflictos armados
585. **ARTÍCULO 39 | María Fernanda Mattera**
Un largo camino de la invisibilidad a la protección integral
599. **ARTÍCULO 40 | Carlos Bigalli - Daniela Bianchi**
El art. 40 de la CDN en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

PRÓLOGO

I.

El 20 de noviembre de 1989 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento del Derecho Internacional ha marcado un verdadero hito en la historia de los derechos de la niñez, del cual se cumplen 30 años.

La Convención fue aprobada en nuestro país en 1990, mediante la Ley N° 23.849, y en 1994 adquirió jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

Si bien la Ley nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061) se sancionó recién en 2005, ya en 1998 había sido aprobada en la Ciudad de Buenos Aires la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 114). Asimismo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires –en su artículo 39– reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos.

La implementación de las leyes que fueron dictadas en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño modificó sustancialmente el enfoque de la intervención que existía hasta ese momento como producto de la Ley de Patronato de 1919 (N° 10.903) y consagró el sistema protección integral de derechos.

Los avances del nuevo modelo no solo se reflejaron en las distintas visiones jurídicas respecto de la situación de niñas, niños y adolescentes frente al derecho, sino que también incluyeron el desarrollo de una institucionalidad distinta, conformada por tres niveles: nacional, federal y provincial.

Más recientemente, el Código Civil y Comercial –2014– avanzó en la consagración del principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño y consolidó su estatus jurídico como sujeto pleno de derechos.

Asimismo, esta evolución constante se ve reflejada en el gran avance que ha tenido en el ámbito internacional la interpretación y análisis de los derechos de la Convención. En tal sentido, desde su aprobación fueron dictadas por parte del Comité de Derechos del Niño 24 Observaciones Generales (OG), que son utilizadas para la interpretación de las normas de la Convención.

II.

Un aspecto fundamental para el ejercicio de los derechos y para lograr su plena realización es el conocimiento que se tiene sobre ellos; esto es posible a partir del

estudio de las normas, su contextualización de acuerdo con el avance de la legislación nacional, de la jurisprudencia y de las distintas Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño.

Esta actualización constante de los materiales de difusión y el análisis de los derechos se torna imprescindible, si se tiene en cuenta que los cambios en el mundo en que vivimos impactan directamente en el modo en el que se ejercen los derechos. De esta manera, es necesario que quienes han desarrollado experticia en los distintos ámbitos de competencia del sistema de protección integral transmitan sus conocimientos y experiencia a través de materiales de estudio y difusión, en pos de profundizarlo y fortalecerlo.

III.

En ese marco, esta obra colectiva tiene como objetivo fundamental reflexionar, a 30 años de la Convención, sobre el estado actual de los distintos derechos que contiene.

Los diversos autores que generosamente participan en ella representan distintos enfoques dentro de la práctica de los derechos del niño. Todos desempeñan funciones en los organismos que componen el sistema de protección integral de derechos y cuentan con vasta trayectoria en la materia, tanto desde el sector público como desde la sociedad civil.

Fundamentalmente, quienes escriben desempeñan o han desempeñado una labor institucional de relevancia con relación al artículo específico de la Convención que han comentado. Ello brinda un plus, en la medida en que no solo se ofrece un contenido teórico, sino que también se refleja la experiencia de trabajo que permite conectar las disposiciones de la Convención con la realidad en la que vivimos.

Esta obra aporta una mirada sobre el estado actual de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y tiene en cuenta la jurisprudencia, las Observaciones Generales y las prácticas en los distintos ámbitos de realización de los derechos; asimismo, ofrece una herramienta para todas aquellas personas que trabajan en algún ámbito de los derechos de la niñez o que desean interiorizarse al respecto.

Nuestra labor, nuestro deber y nuestro compromiso con las niñas, niños y adolescentes es trabajar día a día en asegurar y fortalecer sus derechos. Por ello anhelamos que esta obra contribuya a esos fines. El camino transitado hasta aquí ha sido extenso, y aún continuamos construyéndolo.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Comentada

PREÁMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ha decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos 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 la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los art. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

ARTÍCULO 1

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 2

Igualdad y no discriminación

Marta del Rosario Mattera¹

¹ Vocal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J (RE), y ex Jueza Nacional con competencia en Familia y Capacidad de las Personas. Especialista en Derecho de Familia. Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad del Salvador y de la Universidad de Belgrano. Docente de posgrado en USAL, UBA, UCA, UNA y UCES. Autora de libros, doctrinas y notas de investigación de jurisprudencia.

ARTÍCULO 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea 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 de sus familiares.

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) posee el mismo significado para los pueblos de todas partes del mundo. Al establecer las normas comunes, tiene en cuenta las diferentes realidades culturales, sociales, económicas y políticas de cada Estado a fin de que cada uno pueda escoger sus propios medios para aplicar los derechos comunes a todos. Consagra cuatro principios generales, cuyo objetivo es ayudar a interpretar la Convención en su conjunto, proporcionando así orientación a los programas nacionales de aplicación. Los cuatro principios figuran, en particular, en los arts. 2, 3, 6 y 12. El mensaje esencial del art. 2 es la igualdad de oportunidades. Las niñas deben tener las mismas oportunidades que los niños. Los niños refugiados, los niños de origen extranjero, los niños de grupos indígenas o minoritarios deben tener los mismos derechos que todos los demás niños. Los niños discapacitados deben tener iguales oportunidades de gozar de un nivel de vida adecuado.²

En otras palabras, se ha señalado que la Convención establece lo que podría calificarse como “principios estructurantes”, entre los que destacan el de no discriminación (art.2), el de efectividad (art.4), el de autonomía y participación (arts. 5 y 12), y el de protección (art 3). Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que “son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”.³

La necesidad de proporcionar una protección especial a la infancia ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que ya en 1948 estableció que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, reconociendo la necesidad de los niños a recibir atención y asistencia especiales. Otras normas

² *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23.

³ Cillero Bruñol, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Disponible en http://www.iin.oea.org/IN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf, con cita de Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

similares se encuentran contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos y organizaciones internacionales especializados.

El art. 2o, en sus dos apartados, implica entonces un principio general que se aplica en todas las situaciones, y que se reitera en particular en otras normas de la misma Convención (arts. 28 y 29 en materia de educación; art. 31.2. referido a la participación en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento; art. 40.2. b) iv) en materia de procedimiento en causas penales, por ejemplo).

En su primera parte, establece la aplicación universal de todos los derechos enunciados en la Convención, prescindiendo de cualquier condición particular del niño, de sus padres o representantes legales; y en la segunda parte refuerza que no basta con respetar dichos derechos, sino que también será obligación del Estado tomar las medidas apropiadas para garantizar la protección frente a cualquier forma de discriminación.

Los derechos del niño al respeto de su dignidad humana y su integridad física y psicológica, y a la igualdad de protección ante la ley, también se reconocen en otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.⁴

2. La igualdad está inscripta en la naturaleza humana

Todos los seres humanos participamos de una igualdad elemental de estatus en cuanto personas: en nuestra esencia somos todos iguales, participamos de la misma dignidad humana, aun cuando estemos dotados de cualidades psíquicas, físicas y morales específicas –en este aspecto somos diferentes–, por lo que el concepto de igualdad supone respetar tanto las similitudes esenciales como las diferencias accidentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un

⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 13 "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 7 inc. c).

determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.⁵

El objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos ha sido apuntar al reconocimiento de la dignidad humana y a la necesidad de proteger a las personas asegurando sus derechos fundamentales, entre los cuales se ha incluido, en todos los casos, el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación.

El impacto del constitucionalismo social contribuyó desde diversos ámbitos – constitucional, legislativo y jurisprudencial– a explayar la tutela del derecho a la igualdad formal, abarcando la noción de igualdad sustancial y dando espacio para el reconocimiento del derecho a la igualdad real, material o de oportunidades, otorgándole un contenido sustancial engarzado con la dignidad de la persona humana.⁶

En síntesis, la igualdad es un principio inherente a la persona humana, que emana de la naturaleza misma del hombre y por ello preexiste a cualquier legislación positiva.

3. El principio de igualdad integra el *ius cogens*

La jurisprudencia de la Corte IDH ha indicado que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional

5 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 4 "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", 19 de enero de 1984, párr. 55; "Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile", 24 de febrero de 2012, párr. 79; "Caso Duque Vs. Colombia", 26 de febrero de 2016, párr. 91, y "Caso Flor Freire Vs. Ecuador", 31 de agosto de 2016, párr. 109.

6 Los arts. 51 y 52 del Código Civil y Comercial de la Nación establecen como principio fundamental la inviolabilidad de la persona humana, estableciendo que en cualquier circunstancia tiene "derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad", y si de cualquier modo dicha dignidad resulta menoscabada, ello la habilita tanto a reclamar la prevención como la reparación de los daños sufridos.

e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.⁷

Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

Refiriéndose a la Opinión Consultiva Nº 18 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, que constituye un paso gigantesco y precursor en el historial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, afirma Gialdino que, al sostener que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens* (párr. 101, punto 4), la Corte IDH no tuvo la intención de originar una nueva norma, pues el principio de igualdad ya estaba reconocido en un más que amplio abanico de instrumentos internacionales, de raíz universal y regional, así como desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. Sí lo fue comprobar que la norma ya existente había entrado en el plano imperativo. Para esto último, además, no se requiere sobrepasar un umbral más elevado que el requerido para la determinación de las normas internacionales “ordinarias”, por cuanto el art. 53 de la CViena DT claramente prevé que el *ius cogens* pertenece al derecho internacional general, y que su naturaleza legal no es diferente de otras normas de dicho derecho que tengan carácter de *ius dispositivum*: toda norma de derecho internacional debe ser “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”.⁸

Dicho en otras palabras, el principio puede considerarse un imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todos los Estados, que pertenece al *ius cogens* o derecho duro, núcleo inderogable del sistema de protección de los derechos humanos. Ello importa una serie de efectos o consecuencias en relación

7 Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 18 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, párr. 101; “Caso Espinoza González Vs. Perú”, 20 de noviembre de 2014, párr. 216; “Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, *op. cit.*, párr. 79; “Caso Duque Vs. Colombia”, *op. cit.*, párr. 91; “Caso I.V. Vs. Bolivia”, 30 de noviembre de 2016, párr. 238, y “Caso Flor Freire Vs. Ecuador”, *op. cit.*, párr. 109.

8 Gialdino, Rolando, “La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *el ius cogens superveniens* y la ‘materia odiosa’”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 25 de marzo de 2015 - JA 2015-I, fasc. Nº 12, p. 112.

El *ius cogens* (convencional o consuetudinario) resulta superior a las normas ordinarias aun cuando fluye de las mismas fuentes que estas. La jerarquía se da entre normas, no entre fuentes.

con los Estados, independientemente de que sean parte o no en determinado tratado. Estos efectos consisten en que el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar acciones de cualquier tipo que importen una discriminación de *iure o de facto*.⁹

En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver distintas causas sobre otras temáticas de derechos humanos, ha precisado una serie de reglas (sustanciales y procesales) para la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminar, incorporando importantes razones en la propia construcción argumentativa que permiten concluir sobre la necesaria aplicación en todos los casos en que se invoque una lesión al principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares.¹⁰

En efecto, si –tal como sostiene la Corte Suprema argentina en consonancia con la Corte IDH– el principio de igualdad y no discriminación integra el *ius cogens*, es una norma imperativa de derecho internacional general y es aplicable *erga omnes*, entonces todos los ámbitos del derecho interno, público y privado se encuentran alcanzados por él, con lo que se comienza a “irradiar” el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones interprivadas, esto es, aquellas que se entablan entre sujetos privados, titulares de derechos fundamentales que, eventualmente, pueden colisionar entre sí.¹¹

Ello pone en evidencia que la norma que aquí comentamos no alude exclusivamente a las relaciones de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) con el Estado, sino también a cualquier vínculo que los una con otras personas en cuyo marco pueda verse vulnerado su derecho a la igualdad, ya que de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*), en particular cuando puede verse vulnerada la dignidad, eje fundamental de toda la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional.

9 Donzelli, Belén, “El abordaje constitucional del principio de igualdad tras el fallo de la Corte Suprema en el caso “Sisnero”, La Ley, 10 de noviembre de 2016. Disponible en LL *online* (referencia: 2016-F, 373).

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de amparo”, 7 de diciembre de 2010, Fallos: 333:2306.

11 Álvarez, Magdalena, “Igualdad y no discriminación en las relaciones inter privadas: de la utopía a la práctica”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina* 17 de septiembre de 2014, 3 - JA 2014-III (referencia: AR/DOC/5520/2014).

4. Evolución de la igualdad en el marco constitucional nacional

4.1. Interpretación de la igualdad ante la ley (Constitución Nacional, art. 16)

El derecho a “igualdad formal” ante la ley –consagrado en nuestro país en el art. 16 de la Constitución Nacional– ya había sido precisado en el año 1952 por la Corte Suprema al expresar que

... tan inequitativo es que la ley trate desigualmente a los iguales en iguales circunstancias, como trate igualmente a quienes no son iguales –en el sentido de que su condición es distinta– y no obstante la desigualdad de las circunstancias. Para que todos sean iguales ante la ley es preciso que esta los iguale compensando con sus disposiciones los desequilibrios que hacen violencia al orden natural. Las discriminaciones legales no deben considerarse solo desde el punto de vista de los derechos o intereses individuales alcanzados por ellas, sino también en vista del interés general o bien común, al cual corresponde lo que se puede llamar el derecho de la comunidad. Es el punto de vista de la justicia legal o social que considera lo que es debido por las partes al todo. Para la existencia del orden –condición primera de la paz y de todo verdadero bien particular– no importa menos el resguardo de los derechos de la comunidad que el de los derechos individuales. Por ello los jueces han de atender, sin duda, a la posibilidad de los excesos provenientes de la lucha por la recuperación del imperio de la justicia sobre la libertad, pero también a los valores que están en juego en la contienda.¹²

En reiterados pronunciamientos, el Máximo Tribunal había señalado que la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones, es decir, que se brinde igual tratamiento de los iguales en iguales circunstancias. Por lo tanto, ello significa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y condiciones.

La expresión “en iguales circunstancias” marca el carácter relativo del postulado. Por ello, como todos los derechos civiles, la igualdad no tiene carácter absoluto sino relativo y, como surge del art. 14 de la Constitución Nacional, admite reglamentación por parte de la ley, siempre que tal reglamentación no altere su verdadero significado (art. 28). Es posible, entonces, que la ley cree categorías o

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bemberg, Otto S. y Elortondo de Bemberg, Josefina sus suc.”, 17 de diciembre de 1952, Fallos: 224: 810.

grupos a los que se dé trato diferente, a condición de que el criterio utilizado para discriminar sea “razonable” y no arbitrario.

La Corte Suprema ha señalado que con el principio de igualdad “no es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales”, para llegar a una nivelación o equilibrio de los desiguales; por ello se suele hablar de “soluciones de igualdad por compensación”.

4.2. Impacto de la reforma constitucional de 1994. Discriminación inversa

La reforma constitucional de 1994 significó una modificación importante en nuestro sistema de fuentes e imprimió una nueva impronta al marco ideológico constitucional, adoptando normas que favorecieron la ampliación del carácter tuitivo del derecho a la igualdad y la proyección del principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico argentino; por ejemplo, los arts. 37 segundo párrafo y 75, incs. 19 y 23, que atribuye al Congreso la responsabilidad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Habiéndosele otorgado jerarquía constitucional de los principales instrumentos regionales y universales de derechos humanos, entre los que se encuentra la presente Convención (art. 75, inc. 22),¹³ se proyectó el derecho a la igualdad en su perspectiva genérica, como también mediante instrumentos específicos destinados a erradicar la discriminación de determinados grupos, sobre la base de factores tales como raza, género, sexo, discapacidad, edad, etc.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, dispone que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en

¹³ El art. 75, inc. 22, de la nueva Constitución Nacional establece que “... los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” (art. 10.3). El nacimiento como motivo prohibido de discriminación también incluye la ascendencia, especialmente sobre la base de la casta o sistemas similares de condición heredada.

Asimismo, los ordenamientos brindan herramientas de concreción de tales normas, que llegan a admitir la instrumentación de medidas de acción afirmativa, o discriminación inversa, en miras de una eficacia transformadora de la sociedad, procurando la igualdad real de todas las personas, por lo que el concepto supera la igualdad entendida como no discriminación, proyectándose protección de grupos vulnerables o subordinados entre los cuales, obviamente, se encuentran los NNyA.

Esta realidad ha exigido el replanteamiento de la tutela jurídica de la igualdad, alertando que su reconocimiento constitucional veda no solo la discriminación, sino también aquellas leyes que crean o perpetúan estructuras generalizadas de sometimiento. Así, la noción de igualdad estructural o como no sometimiento se presenta como una instancia superadora de la concepción individualista de la igualdad, permitiendo acercar la tutela de los derechos a estos grupos desaventajados.¹⁴

Ello así, por cuanto el principio de igualdad no resulta afectado cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad.

Para ello se acude a las denominadas “acciones afirmativas” o “de acción positiva”. Su finalidad es garantizar la igualdad real de trato, desbordando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos, removiendo los obstáculos culturales, políticos o económicos que limitan la igualdad real de oportunidades o de posibilidades. De ello se desprende la exigencia de una acción tuitiva por parte del Estado en una tarea de promoción para el acceso efectivo a los derechos personales.

Las acciones afirmativas abarcan diversas herramientas concretas, aunque todas ellas tienen en común un tratamiento diferenciado o específico hacia un sector o grupo en situación de vulnerabilidad, en miras, justamente, a paliar tal escenario. En consecuencia, pueden aparecer, en una primera aproximación, como un tratamiento

14 Sagüés, María Sofía, “Discriminación estructural, acciones afirmativas y litigio estratégico”, *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 2 de agosto de 2017 - JA 2017-III, fasc. 13, p. 1084.

diferenciado o “especial”. De hecho, consisten en “favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor protección de otras, si mediante esa ‘discriminación’ se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitario que recae sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician”.¹⁵

Las medidas de discriminación inversa forman parte del sistema internacional de protección de derechos humanos, como una variable de las obligaciones asumidas por los Estados, especialmente a la luz de instrumentos internacionales orientados a la lucha contra la discriminación.¹⁶ Tales instrumentos enfocados en la tutela del derecho a la igualdad hacen especial referencia a este tipo de medidas.¹⁷

En nuestra Constitución Nacional, se encuentran reguladas normativamente en los arts. 75, inc. 23, y 37, a partir de la reforma de 1994, y en el aspecto que aquí nos interesa, la primera de dichas normas utiliza la expresión “acciones positivas a favor de los niños”

La manda constitucional no deja lugar a dudas: el derecho a la igualdad real de oportunidades debe garantizarse. Para ello, los legisladores tienen que valerse de estas herramientas llamadas “medidas de acción positiva”. No es suficiente con reconocer que los NNyA gozan de los mismos derechos que el resto de la sociedad; en los casos concretos en que el acceso al goce de alguno de estos derechos se ve impedido o limitado, el Estado debe eliminar las barreras, y para hacerlo puede tomar medidas diferenciadas en ventaja del sector vulnerado.

¹⁵ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, ed. ampliada y actualizada a 2000-2001, T. I-B, p. 80.

¹⁶ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, interpretando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ha sostenido que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, este debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas al sector de la población de que se trate, en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.

¹⁷ Así, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece en su art. 4, inc. 1, que la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. La discriminación inversa ha sido también reconocida por la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, al establecer en su art. 1.4 que “las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

5. Legislación nacional y local

Aun cuando a partir de la reforma constitucional la CDN adquirió operatividad inmediata, y sin que se produjera modificación legislativa alguna, tanto en el orden nacional como en las distintas jurisdicciones locales se dictaron leyes destinadas a precisar y reiterar los principios en ella contenidos.

5.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

5.1.a. Ley Nº 114

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inició este proceso en 1999, con el dictado de la Ley Nº 114 “Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”. En su art. 4, establece que todos los NNyA gozan de los derechos fundamentales inherentes a su condición de personas, propiciándose su participación social y garantizando todas las oportunidades para su pleno desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad, igualdad y dignidad. En el art. 5 señala que

... la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes y su efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad.

En el art. 20 se reconoce que NNyA “tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley”. Se les reconoce y garantiza el derecho a ser diferentes, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, ideología, religión, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica, creencias culturales o cualquier otra circunstancia que implique exclusión o menoscabo de ellos, de sus padres o responsables. Las normas legales y reglamentarias de cualquier naturaleza deben aplicarse a todos los niños, niñas y adolescentes sin discriminación alguna.

El art. 21 contempla la situación de aquellos con necesidades especiales de cualquier índole, reconociéndoles el derecho a disfrutar de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad e integración igualitaria.

En particular, en el art 111 inc. c) se hace referencia a la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto puede producir todas las pruebas que estime conveniente

para su defensa, y en el art. 29 inc. c), relativo al derecho a la educación, se establece la obligación estatal de garantizar la igualdad de condiciones de acceso, permanencia y egreso del sistema educativo, instrumentando las medidas necesarias para su retención en él.

5.1.b. Ley Nº 5.261

Más recientemente, en el año 2015, se dictó la Ley Nº 5.261,¹⁸ específicamente contra la discriminación. Si bien no se menciona a los NNyA a lo largo de su articulado, es evidente que resulta igualmente aplicable a ellos, y merece ser destacada la amplitud y prolijidad del tratamiento de las distintas formas en que puede producirse tal discriminación (*de jure* directa e indirecta y *de facto*, art. 2).

A modo de síntesis, el art. 1 establece el carácter de orden público de la ley, señalando en su objeto tanto la garantía del principio de igualdad y no discriminación como las acciones preventivas, sancionatorias y reparatorias, haciendo hincapié en el respeto a la diversidad y a la dignidad inherente de cada ser humano.

Con sumo detalle, el art. 3 enuncia los hechos, actos u omisiones que se consideran discriminatorios: aquellos que tengan por objeto o por resultado impedir obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías bajo pretexto de: etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, trabajo u ocupación, aspecto físico, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, y/o de cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente (inc. a).

En cualquiera de estos casos se entenderá que es el resultado de relaciones asimétricas y tratos inequitativos relacionados con determinados factores y contextos históricos, geográficos y sociales, sin que incida en la evaluación del carácter discriminatorio de una conducta que el pretexto que la haya determinado coincida o no con características de la persona afectada.

¹⁸ Urbina, Paola Alejandra, "Comentario a la Ley 5.261 de la Ciudad de Buenos Aires", en *ADLA 2015-18*, p. 129 (referencia: AR/DOC/2181/2015).

El mismo art. 3 condena toda acción u omisión que, a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, y/o mensajes que transmitan y/o reproduzcan dominación, desigualdad y/o discriminación en las relaciones sociales, naturalice o propicie la exclusión o segregación (inc. b) y las conductas que tiendan a causar daño emocional o disminución de la autoestima, perjudicar y/o perturbar el pleno desarrollo personal y/o identitario, degradar, estigmatizar o cualquier otra conducta que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación de las personas bajo cualquier pretexto discriminatorio (inc. c).

Con relación a las acciones afirmativas para promover la igualdad de condiciones de grupos víctima de discriminación, el art. 4 señala que en ningún caso se considerarán discriminatorias.

Luego de brindar pautas interpretativas, se establecen las medidas de protección consistentes en acciones judiciales y/o administrativas tendientes al cese del acto discriminatorio y/o la obtención del resarcimiento de los daños que el hecho, acto u omisión le ocasiona y/o la condena en caso de cometerse algún delito tipificado por el Código Penal, previéndose la actuación no solo por vía de denuncia sino también de oficio (arts. 6 y 7). La ley incluye, asimismo, normas de procedimiento (arts. 8 y siguientes), incluyéndose la posibilidad de reparación del daño colectivo (art. 15) y acciones de prevención.

5.2. Leyes nacionales

En el orden nacional, en 2005 se dictó la Ley Nº 26.061 denominada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, que en su art. 28 establece que

... Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

En el art. 14, último párrafo, se precisa que, en materia de salud, los NNyA “tienen que acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención,

promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud". También hacen referencia a la prohibición de la discriminación los arts. 9, 17 y 66 inc. a).

Con anterioridad a la reforma constitucional, se había dictado la Ley Nº 23.592 (1988), que sancionaba los actos discriminatorios, estableciendo en su art. 1 el derecho del damnificado a reparar el daño moral y material ocasionados por quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, pudiendo obligarse al autor a "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización", indicándose que "se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

En las siguientes disposiciones de la misma ley se considera agravante del delito "cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso", estableciéndose una pena de prisión para "los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma" o "quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas" (arts. 2 y 3).

Un gran avance en materia de bullying y ciberbullying fue el dictado de la Ley Nº 26.892 en 2013, "Promoción de la Convivencia y el Abordaje a la Conflictividad Social en las Instituciones Educativas", que en el art. 2 establece dentro de los principios orientadores el reconocimiento de los valores, creencias e identidades culturales de todos (inc. b) y el respeto y la aceptación de las diferencias, el rechazo a toda forma de discriminación, hostigamiento, violencia y exclusión en las interacciones entre los integrantes de la comunidad educativa, incluyendo las que se produzcan mediante entornos virtuales y otras tecnologías de la información y comunicación (inc. c). Dicha ley fue reglamentada en 2014 por la Resolución CFE Nº 226/14 del Ministerio de Educación de la Nación.

6. Comité de Derechos del Niño

El Comité de Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN y de sus dos primeros Protocolos (Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados y Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía) por sus Estados Parte. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones tiene por objeto el establecimiento de un mecanismo que permita la presentación de denuncias/comunicaciones ante el Comité por, o en nombre de, personas o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los instrumentos en que ese Estado sea parte. Nuestro país lo suscribió el 25 de julio de 2012 y lo ratificó el 14 de abril de 2015.

Una de las funciones del CRC es la elaboración periódica de las Observaciones Generales, documentos cuya finalidad es ayudar a la adecuada interpretación y aplicación de los derechos de la infancia según la CDN. Es parte de la idea de que la Convención es un documento vivo, cuya aplicación debe ser objeto de constante supervisión, y estos textos ayudan a abordar los aspectos sobre los que el Comité constata que falta la debida atención, son interpretaciones erróneas o insuficientes, o bien surge la necesidad de abordar nuevas cuestiones de creciente preocupación.

Toda esta ardua labor del Comité de Derechos del Niño está encaminada a implementar medidas positivas para que aquellos que se encuentren dentro de alguna "categoría sospechosa" puedan acceder, sin restricciones ni dificultades de ninguna índole, al mismo nivel de disfrute de derechos que el resto de los niños que no se encuentran en esas situaciones particulares.¹⁹

¹⁹ Además de las Observaciones Generales referidas en el texto, el Comité desarrolló ciertos casos específicos de discriminación que sufren los niños, como por ejemplo en la Observación General N° 3, "El VIH/SIDA y los derechos del niño", CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, y la Observación General N° 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

7. Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño

En su Observación General Nº 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, refiriéndose al art. 2,

... esta obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular, la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes. Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico. En una Observación General del Comité de Derechos Humanos se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación.²⁰

La Observación General Nº 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores” se expidió sobre los alcances de este artículo, pero limitado a los infractores juveniles:

Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes). A este respecto, es importante, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores y, por la otra, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización.²¹

²⁰ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

²¹ Observación General Nº 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 6.

Asimismo, en los párrafos siguientes señala que muchos niños que tienen conflictos con la justicia también son víctimas de discriminación; por ejemplo, cuando tratan de acceder a la educación o al mercado de trabajo.

Esta misma norma del art. 2 de la Convención fue materia de tratamiento por el Comité en la Observación General N° 11 “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

El Comité ha identificado la no discriminación como un principio general de fundamental importancia para la puesta en práctica de todos los derechos consagrados en la Convención. Los niños indígenas tienen un derecho inalienable a no sufrir discriminación. Para proteger de manera efectiva a los niños contra la discriminación, el Estado parte tiene la obligación de hacer que el principio de no discriminación se refleje en toda la legislación nacional y pueda ser directamente aplicado y debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos. Se debería tener acceso en el momento oportuno a unos recursos efectivos. El Comité subraya que las obligaciones del Estado parte se extienden no sólo al sector público sino también al privado (párr. 23) (...) los niños indígenas están comprendidos entre los que necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños. En particular, se insta a los Estados Partes a que consideren la aplicación de medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil.²²

Asimismo, se agregó que

... al preparar medidas especiales, los Estados deberían tomar en consideración las necesidades de los niños indígenas que pueden ser víctimas de múltiples tipos de discriminación y también tener en cuenta la diferente situación de los niños indígenas en las zonas rurales y en las zonas urbanas. Se debería prestar particular atención a las niñas, a fin de que gocen de sus derechos en pie de igualdad con los niños. Además, los Estados Partes

²² Observación General N° 11, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009, párr. 25.

deberían velar por que las medidas especiales aborden los derechos de los niños indígenas con discapacidad.²³

La Observación General Nº12 “El derecho del niño a ser escuchado” refiere que

... los Estados Partes deben abordar la discriminación, en particular contra grupos de niños vulnerables o marginados, para asegurar que los niños tengan garantizado su derecho a ser escuchados y puedan participar en todos los asuntos que los afecten en pie de igualdad con los demás niños.²⁴

En particular, el Comité observa con preocupación que en algunas sociedades hay actitudes y prácticas tradicionales que menoscaban y limitan gravemente el disfrute de este derecho. Los Estados Partes deben tomar las medidas necesarias para concienciar y educar a la sociedad sobre los efectos negativos de esas actitudes y prácticas, así como fomentar los cambios de actitud para lograr la plena observancia de los derechos que asisten a todos los niños al amparo de la Convención (párr. 76).

En la Observación General Nº 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, el Comité recalca que los Estados Partes deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar a todos los niños el derecho a la protección contra todas las formas de violencia

... sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.²⁵

Ello incluye la discriminación basada en prejuicios hacia los niños explotados sexualmente con fines comerciales, los niños de la calle o los niños en conflicto con la ley, o en la forma de vestir, y el comportamiento de los niños. Los Estados Partes deben combatir la discriminación contra los grupos de niños vulnerables marginados, tal como se indica en el párr. 72 g) de esta Observación General, y esforzarse activamente en garantizar a esos niños el ejercicio de su derecho a la protección, en condiciones de igualdad con los demás niños (párr. 62).

En el párr. 72 b), referido a las dimensiones de género de la violencia contra los niños,

²³ *Ibidem*, párr. 29.

²⁴ Observación Nº 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 75.

²⁵ Observación General Nº 13, *op. cit.*, párr. 60.

se encomienda a los Estados Partes que procuren que las políticas y medidas que se adopten tengan en cuenta los distintos factores de riesgo a los que se enfrentan las niñas y los niños en lo que respecta a las diversas formas de violencia en diferentes entornos, haciendo frente a todas las formas de discriminación de género en el marco de una estrategia amplia de prevención de la violencia.

Esto significa luchar contra los estereotipos basados en el género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación, factores todos ellos que contribuyen a perpetuar la utilización de la violencia y la coacción en el hogar, la escuela y los centros educativos, las comunidades, el lugar de trabajo, las instituciones y la sociedad en general. Deben alentarse activamente las asociaciones y alianzas estratégicas entre niños y adultos de sexo masculino, dando a estos, al igual que a las mujeres y las niñas, oportunidades de aprender a respetar al otro sexo y a poner fin a la discriminación de género.

La Observación General Nº 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)"²⁶ señala en el párr. 41:

El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real.

El párr. 10 de la Observación General Nº 15 "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24)"²⁷ dispone que

... todos los programas y políticas que afecten a la salud del niño deben fundarse en un enfoque amplio inspirado en la igualdad de género que garantice la plena participación política de la mujer; su empoderamiento social y económico; el reconocimiento de la igualdad de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva; y la igualdad en el acceso a la información, la educación, la justicia y la seguridad, incluida la eliminación de todas las

26 Observación General Nº 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)", CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

27 Observación General Nº 15 "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24)", CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.

formas de violencia sexual y basada en el género.

Por otra parte, en el párr. 83 indica que

... las empresas privadas de seguros sanitarios deben velar por no discriminar a las embarazadas, los niños o las madres por motivos que estén prohibidos y por promover la igualdad mediante alianzas con planes estatales de seguro médico basados en el principio de solidaridad, garantizando que la incapacidad de pago no restringe el acceso a los servicios.

Este es un buen ejemplo donde se evidencia que no solo es el Estado el que debe respetar el principio de igualdad, sino que dicho principio se proyecta *erga omnes*.

En la Observación General Nº 17 "Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31)", se vincula esta disposición con el art. 2 (no discriminación):

... los Estados Partes deberán tomar todas las medidas apropiadas para velar por que todos los niños tengan la oportunidad de ejercer los derechos enunciados en el artículo 31 sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Debe prestarse particular atención a los derechos de determinados grupos de niños, entre ellos, las niñas, los niños con discapacidad, los niños que viven en entornos pobres o peligrosos, los que viven en la pobreza, los que están reclusos en instituciones penales, sanitarias o residenciales, los que viven en situaciones de conflicto o desastre humanitario, los niños de las comunidades rurales, los niños solicitantes de asilo y refugiados, los niños de la calle, los de grupos nómadas y los migrantes o desplazados internos, los niños de origen indígena y los pertenecientes a grupos minoritarios, los niños que trabajan, los niños sin padres y los que están sometidos a grandes exigencias de éxito académico.²⁸

En el párr. 24 *in fine* agrega que

... los Estados Partes deben promover las oportunidades de los niños con discapacidad, como participantes activos y en pie de igualdad en el juego, la

²⁸ Observación General Nº 17 "Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31)", CRC/C/GC/17, 17 de abril de 2013, párr. 16.

recreación y la vida cultural y artística, creando conciencia entre los adultos y los compañeros y ofreciendo un apoyo o una asistencia adecuados a la edad.

En 2014 se aprobó la Recomendación General Nº 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General Nº 18 del Comité de Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas,²⁹ adoptadas de manera conjunta, señalando que ambas entidades han llamado sistemáticamente la atención sobre esas prácticas que afectan a mujeres y niños, sobre todo niñas, en la ejecución de sus mandatos de vigilancia, que en este aspecto se superponen. En este documento recomiendan a los Estados parte de cada Convención que incorporen en el plan de estudios información sobre los derechos humanos –incluidos los de las mujeres y los niños–, la igualdad de género y el autoconocimiento, y contribuyan a eliminar los estereotipos de género y propiciar un entorno de no discriminación.

La Observación General Nº 19 “Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)”³⁰ se refiere al derecho a la no discriminación en los párrs. 41 a 44, que hacen hincapié en que los Estados partes, en todos los niveles administrativos, han de procurar prevenir la discriminación y no deben discriminar, ni directa ni indirectamente, a los niños en las leyes, políticas o programas relacionados con los presupuestos, en el contenido de estos o en su aplicación, debiendo adoptar medidas proactivas encaminadas a garantizar resultados positivos.

A fin de lograr la igualdad sustantiva, los Estados Partes deben determinar qué grupos de niños reúnen los requisitos para que se empleen medidas especiales y hacer uso de los presupuestos públicos para su aplicación; crear un clima de no discriminación y adoptar medidas, también mediante la asignación de recursos, destinadas a asegurar que todos los poderes, niveles y estructuras de gobierno, además de la sociedad civil y el sector empresarial, promuevan activamente el derecho de los niños a no ser objeto de discriminación.

Asimismo, señala que para conseguir presupuestos que contribuyan a mejorar el disfrute de los derechos del niño, los Estados partes han de hacer frente a las desigualdades entre los niños examinando y revisando la legislación, las políticas y los programas pertinentes, incrementando o modificando las prioridades de

²⁹ CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 14 de noviembre de 2014.

³⁰ Observación General Nº 19 “Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)”, CRC/C/GC/19, 21 de julio de 2016.

ciertas partidas del presupuesto, o mejorando la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus presupuestos.

En el párr. 50 afirma que

... el Comité reconoce que invertir en el desarrollo del niño en la primera infancia tiene un efecto positivo en la capacidad de los niños para ejercer sus derechos, rompe los ciclos de pobreza y genera una elevada rentabilidad económica. La falta de inversión suficiente en la primera infancia puede ser perjudicial para el desarrollo cognitivo del niño y puede reforzar las privaciones, las desigualdades y la pobreza intergeneracional existentes.

Por otra parte, en el párr. 61, referido a la equidad, indica que

los Estados Partes no deben discriminar a ningún niño o categoría de niños al movilizar recursos o asignar o ejecutar fondos públicos. Gastar fondos de manera equitativa no siempre implica utilizar la misma cantidad de dinero en cada niño, sino tomar decisiones de gasto que contribuyan a lograr una igualdad sustantiva entre los niños. Los recursos han de destinarse de manera justa para favorecer la igualdad. Los Estados partes están obligados a eliminar todos los obstáculos discriminatorios con los que los niños se puedan encontrar al acceder a sus derechos.

La Observación General Nº 19 incursiona incluso en materia fiscal, señalando que “los distintos regímenes tributarios que no tienen en cuenta la capacidad de pago de las familias pueden generar desigualdades en la movilización de recursos. Así, se puede imponer una carga desproporcionada sobre personas que ya disponen de escasos recursos financieros, algunas de ellas con niños a su cargo (párr. 76 *in fine*) e imponiéndoles la obligación de examinar y asegurar que las políticas y las fórmulas de división de los ingresos, tanto verticales (entre los distintos niveles del Estado) como horizontales (entre unidades del mismo nivel), favorecen y mejoran la igualdad entre los niños de distintas regiones geográficas (párr. 77 b).

Un particular y muy extenso tratamiento de los principios de igualdad y no discriminación se plasma en la Observación General Nº 20 “Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”.³¹ Las reiteradas menciones se efectúan en los párrs. 4, 12, 21, 26 28, 30 a 35, 37 d), 38, 43, 47, 53, 56, 58, 61,

³¹ Observación General Nº 20 “Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016.

63, 64, 69, 70, 76, 79 y 86. La extensión de este trabajo impide la consideración particularizada de las normas, que, en buena medida, son aplicaciones prácticas de principios ya sentados en los documentos anteriores.

En el párr. 21 se consigna:

El Comité ha señalado múltiples formas de discriminación, muchas de las cuales tienen consecuencias particulares para la adolescencia y exigen un análisis intersectorial y la adopción de medidas holísticas específicas. La adolescencia en sí misma puede ser motivo de discriminación. Durante este período, los adolescentes pueden ser tratados como personas peligrosas u hostiles, y ser encarcelados, explotados o expuestos a la violencia como consecuencia directa de su condición. Paradójicamente, se los suele tratar también como si fueran incompetentes e incapaces de tomar decisiones sobre sus vidas. El Comité insta a los Estados a velar por que la totalidad de los derechos de todos los adolescentes de ambos sexos reciban el mismo respeto y la misma protección, y por que se introduzcan medidas amplias y adecuadas de acción afirmativa para reducir o eliminar las condiciones que generen discriminación directa o indirecta contra cualquier grupo de adolescentes por cualquier motivo. Se recuerda a los Estados que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es alcanzar un propósito legítimo en virtud de la Convención.

Entre los adolescentes que requieren atención especial, analiza la situación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, los adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales, y los adolescentes indígenas y de comunidades minoritarias. Trata también las cuestiones de salud (con particular referencia a la atención sanitaria, VIH/SIDA, consumo de drogas), educación, transición de la educación a la capacitación o el trabajo digno, esparcimiento, actividades recreativas y artísticas. Dentro de las medidas especiales de protección, considera la situación de los migrantes, trata, conflicto armado y desastres humanitarios, reclutamiento en las fuerzas y grupos armados y trabajo infantil, vinculando cada una de estas situaciones con los principios de igualdad y no discriminación.

La Observación General Nº 21 "Sobre los niños de la calle",³² en su párr. 25, señala que los Estados deben respetar los derechos enunciados en la Convención

³² Observación General Nº 21 "Sobre los niños de la calle", CRC/C/GC/21, 21 de junio de 2017.

y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna.

Sin embargo, la discriminación es una de las principales causas de que los niños acaben en la calle. A continuación, los niños son objeto de discriminación debido a sus conexiones con la calle, es decir, por motivos de origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, lo que da lugar a consecuencias negativas para toda la vida. El Comité interpreta que la frase “cualquier otra condición” del artículo 2 de la Convención también abarca la situación de los niños o la de sus progenitores y otros familiares en relación con la calle.

Bajo el título “Discriminación sistémica”, en los párrs. 26 y 27 efectúa un amplio análisis del tema, clasificándola como discriminación directa e indirecta.

La discriminación directa incluye enfoques políticos desproporcionados para “hacer frente a la falta de vivienda”, por los que se realiza una labor represiva para impedir la mendicidad, el merodeo, el vagabundeo, las fugas o los comportamientos de supervivencia; por ejemplo, la tipificación de delitos en razón de la condición personal, las batidas o redadas en la calle y la violencia, el acoso y la extorsión realizados por la policía de forma selectiva. Puede incluir la negativa de la policía a tomar en serio las denuncias de robo o actos de violencia presentadas por niños de la calle; el trato discriminatorio en los sistemas de justicia juvenil; la negativa de los trabajadores sociales, maestros o profesionales de la atención de la salud a trabajar con niños de la calle; y el acoso, la humillación y la intimidación por parte de compañeros y docentes en las escuelas.

La discriminación indirecta incluye las políticas que dan lugar a la exclusión de los servicios básicos, como la salud y la educación, al exigir el pago o la presentación de documentos de identidad. Aun cuando los niños de la calle no estén aislados de los servicios básicos, sí podrían estarlo dentro de esos sistemas. Los niños pueden ser objeto de formas múltiples e interrelacionadas de discriminación; por ejemplo, sobre la base del género, la orientación sexual y la identidad o expresión de género, la discapacidad, la raza, el origen étnico, la condición de indígena, la situación de inmigración y la pertenencia a otras minoritarias, debido –en particular– a que entre los niños de la calle hay una representación excesiva de los grupos minoritarios.

Los niños que son objeto de discriminación son más vulnerables a la violencia, el maltrato, la explotación, las infecciones de transmisión sexual –incluido el VIH–, y su salud y su desarrollo corren un mayor peligro. Los cambios jurídicos y de políticas

producen efectos en la discriminación sistémica, por lo que esta puede tratar de solucionarse introduciendo tales cambios. Los niños de la calle han puesto de relieve que la discriminación y las actitudes negativas de la población a las que se enfrentan son un motivo concreto de preocupación, y han pedido que se adopten medidas de concienciación y educación para combatirlas.

La discriminación debe eliminarse de manera formal, velando por que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen a nadie por su situación en la calle, y de manera sustantiva, prestando suficiente atención a los niños de la calle como un grupo que ha sido objeto de prejuicios persistentes y que requiere medidas de acción afirmativa.

Las medidas especiales de carácter temporal que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de estos niños no deben considerarse discriminación. Los Estados deben garantizar que sean iguales ante la ley; que se prohíba toda discriminación por la situación en la que se encuentran; que se haga frente a la incitación a la discriminación y el acoso; que los niños y sus familias no se vean privados de sus bienes de manera arbitraria; y que los toques de queda sean legítimos, proporcionados y no discriminatorios.

Asimismo, los Estados deben sensibilizar a los profesionales, al sector privado y al público en general sobre las experiencias y los derechos de los niños de la calle, con el fin de transformar las actitudes de manera positiva. También deben apoyar los programas creativos, artísticos, culturales y/o deportivos, encabezados por niños de la calle o que cuenten con su participación, y que ayuden a hacer frente a los conceptos erróneos y a romper las barreras con los profesionales, las comunidades –incluidos otros niños– y la sociedad en general mediante un diálogo y una interacción visibles. Esas actividades pueden incluir circo, teatro, música, arte y acontecimientos deportivos en las calles.

Por otra parte, los Estados deben colaborar con los medios de comunicación gráficos, radiales y televisivos, y con los medios sociales, para difundir y amplificar los mensajes e historias con vistas a la sensibilización y la lucha contra la estigmatización, desde un enfoque basado en los derechos del niño. El miedo de la población a los actos delictivos cometidos por niños de la calle a menudo está alimentado por los medios de comunicación y no guarda proporción con la realidad. Se debe alentar a dichos medios a que utilicen pruebas y datos precisos y a que cumplan las normas de protección de la infancia para salvaguardar la dignidad, la seguridad física y la integridad psicológica de los niños.

Como puede advertirse, a lo largo de los años la labor desplegada por el Comité de Derechos del Niño en la elaboración de las Observaciones Generales ha sido cada vez más fecunda, entrelazando los distintos derechos reconocidos a los NNyA en el análisis de situaciones concretas de vulnerabilidad emergentes no solo de la edad, sino también de las otras condiciones particulares en las que se encuentran, y brindando a través de estos documentos un concepto cada vez más abarcativo de las distintas aplicaciones del principio de igualdad y no discriminación.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 3

Interés superior del niño: derecho, principio y garantía

Farith Simon¹

¹ Profesor a tiempo completo del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ARTÍCULO 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

1. Introducción

A 30 años de la aprobación y rápida entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante, CDN), se puede reconocer el fenomenal impacto que este tratado internacional ha tenido en la modificación del estatus jurídico de la infancia y adolescencia. Con una ratificación –prácticamente– universal,² se puede afirmar que existe un antes y un después de la CDN³. En palabras de Verhellen:⁴ “(...) se ha consolidado además la imagen del niño ante el Derecho Internacional como ‘sujeto de derechos’ cambiando definitivamente la forma jurídica de las normas, de ‘al niño se le dará...’ (niño-objeto) a ‘el niño tiene derecho a’ (niño sujeto)”.

La CDN es el primer instrumento de carácter vinculante que asumió en su texto la integralidad de los derechos, ya que contiene derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos civiles y políticos. Esto implicó un rompimiento con la práctica de Naciones Unidas de aprobar en instrumentos diferentes estos derechos, superando la ficticia división creada a raíz de los pactos internacionales producto de la discusión existente sobre si los derechos económicos, sociales y culturales son realmente derechos. Este tratamiento integrador, inicialmente contenido en los instrumentos no obligatorios como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reaparece en algunos instrumentos vinculantes destinados a ciertos grupos específicos de seres humanos o respecto de derechos específicos⁵ como la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Esto es resultado de la “... aceptación virtualmente universal en nuestros días de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos (...) reiterado en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena 1993, y que ‘atiende’ a una

2 Solamente Estados Unidos de América no la ha ratificado. Fellmeth considera que cinco son las razones para esto: “(1) *Article 37’s prohibition on child capital punishment, which the United States uniquely imposed until 2005 [...]; (2) the child labor limitations on Article 32, which some contend may be broader than current U. S. standards against the prerogatives of parents; and (5) the supersession of state sovereignty (including possible funding obligations) given the incorporation of its provisions into federal law entitled to constitutional supremacy were in to be ratified*” (Fellmeth, Richard, *Child Rights & Remedies*, Atlanta, Clarity Press, 2nd ed., 2006, p. 660). En 2005, la Corte Suprema de los Estados Unidos (Caso “Roper vs. Simmons”, 543 U.S. 551) abolió la pena de muerte para personas menores de 18 años, por considerar que esta sanción contravenía la octava enmienda de la Constitución de ese país. Somalia, el otro país que no había ratificado la CDN, lo hizo el 1 de octubre de 2015.

3 Opinión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos remitida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporada en la Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002.

4 Verhellen, Eugene, “Los Derechos del Niño en Europa”, en *Revista Infancia y Sociedad*, No 15, Madrid, 1992, pp. 187-188.

5 O’Donnel, Daniel, “La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido”, en *Infancia, Boletín del IIN*, N° 230, Montevideo, julio, 1990, p. 22.

visión integral de los derechos humanos”.⁶

La CDN no deja duda de que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos y, por lo tanto, son exigibles. Sin embargo, el artículo 4 de la CDN establece que el principio de efectividad –es decir, la obligación de los Estados de tomar medidas inmediatas para respetar y garantizar los derechos– tiene una salvedad respecto de estos, ya que se condiciona su cumplimiento al “máximo de los recursos disponibles”.

La CDN también introduce como un concepto central de los derechos del niño y del derecho de familia contemporáneo el interés superior; lo considera uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁷ al igual que la no discriminación (artículo 2), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6) y la opinión del niño (artículo 12).

En este trabajo se revisa el origen del concepto de interés superior, el desarrollo que este principio ha tenido a lo largo de estos años y los esfuerzos realizados para disminuir los riesgos asociados a su indeterminación, manifestado desde los primeros momentos por el posible uso abusivo que de él se podía hacer, en particular por el probable debilitamiento de los derechos reconocidos en la CDN en nombre de ese interés superior, al considerarlo una suerte de “cheque en blanco” a disposición de los funcionarios estatales⁸ y en general de los adultos con responsabilidades en su cuidado y crianza.

6 Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Justiciabilidad de los DESC en el plano internacional*, publicado en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, San José, 1998.

7 Comité de los Derechos del Niño, “Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del Párrafo 1 de artículo 44 de la Convención”, CRC/C/58, 11 de octubre de 1996, párr. 21.

8 Esta idea aparece en varios trabajos de la profesora argentina Mary Beloff, “Los Derechos del Niño como derechos fundamentales”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, Santiago de Chile, UNICEF, 1999, pp. 9-22; y en *Los derechos del niño en el sistema interamericano. Un modelo para armar y otro para desarmar*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2004, pp. 15, 16, 111. Previamente se había publicado en el artículo “Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 6, Santiago de Chile, UNICEF, 2004, pp. 47-48 (pp. 27- 102). Freedman sostiene que “el concepto jurídico del interés superior del niño, inserto en la Convención sobre los Derechos del Niño, es un ‘Caballo de Troya’. Dicha aseveración surge de que este enunciado normativo suministra al órgano aplicador de la Convención un anclaje normativo para ejercer, con un gran ámbito de discrecionalidad, prácticas tutelares, cuyas consecuencias jurídicas son la restricción de la autonomía personal y el resto de los derechos del niño” (Freedman, D., “Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el ‘Caballo de Troya’ de la Convención”. Disponible en www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/ddhh/img/L0S20%RIESGOS%20DEL%20INTERES%20SUPERIOR%20DEL%20NINO.%20Diego%Freedman.pdf) [fecha de consulta: 3 de agosto de 2010].

2. El interés superior en la CDN

El principio del interés del niño se encuentra, en su formulación general, en el artículo 3.1 de la CDN:

(...) En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

A esta disposición se suman las normas del artículo 9, al tratar sobre la separación del niño de sus padres y determinar que esta se puede establecer cuando sea "... necesaria para el interés superior del niño"; el artículo 18, al referirse a la obligación conjunta de los padres en la crianza y el cuidado de los niños y que su "... preocupación fundamental será el interés superior del niño"; el artículo 20, al tratar sobre niños cuyo "interés superior" exija que estén privados de su medio familiar; el artículo 21, al sostener que los Estados que permitan la adopción "... cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial". También se utiliza este principio en el artículo 37 literal c, referido a que todo niño privado de su libertad será separado de los adultos, "... a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño..."; y en el artículo 40.2.b.iii, como excepción a la presencia de sus padres o parientes en la audiencia que se debe llevar a cabo con menores de edad.

La incorporación del interés superior a la CDN es resultado de la evolución en la consideración social sobre la infancia. Bala⁹ sostiene que la única forma de apreciar la importancia del principio del interés superior –con un enfoque en el bienestar de los niños– es asumiendo que este representa la culminación de dos milenios de historia del Derecho, una historia que puede rastrearse desde Roma, cuando la patria potestad daba un poder tal al padre que este podía disponer de la vida y el futuro de sus hijos; incluso podía decidir si los aceptaba o no como tales,¹⁰ hasta la CDN en 1989, que introduce un nuevo *status* jurídico.¹¹

⁹ Bala, Nicholas, "The Best Interests of the Child in The Post-Modern Era: A central but Paradoxical Concept, revised version of paper presented at Law Society of Upper Canada Special Lectures 200: Family Law, Colloquium on "Best Interest of the Child", Toronto, december 13, 1999, p. 9. Disponible en <http://law.queensu.ca/faculty/bala/papers/paradox2000.htm> [fecha de consulta: 6 de mayo de 2018].

¹⁰ Petii, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Universidad, reimp., 1999, p. 118.

¹¹ Para la reconstrucción de la "invocación" a los derechos del niño se puede revisar el trabajo de Hierro Sánchez-Pescador, Liborio, "El niño y los derechos humanos", en Campoy Cervera, Ignacio, (ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 17-36. Este trabajo también se encuentra publicado en Fanlo, Isabel (comp.), *Derechos de los Niños: Una contribución teórica*, México DF, Fontmara, 2004, pp. 177-198.

Menciones al interés superior se pueden encontrar desde mediados del siglo XX, en algunas decisiones judiciales y legislaciones locales. En los Estados Unidos se encuentra, en el año 1815, un fallo de la Corte Suprema de Pensilvania (“Commonwealth c/ Asdics”) en el que se decidió que dos niños quedarían bajo el cuidado de su madre porque con ella podían desarrollarse de mejor manera. Es decir, se reconoció su interés por sobre el del padre, que en general era protegido por las autoridades.¹²

Se considera que la aparición de la categoría “interés del niño o mejores intereses del niño” es el resultado de un cambio de percepción y la aparición de una visión romántica de la infancia que reemplazó a la idea predominante –antes del siglo XVII– de que los hijos eran propiedad de los progenitores; en particular del padre, que tenía un rol dominante en la familia¹³ donde –obviamente– los deseos e intereses de los niños no contaban.¹⁴

A inicios del siglo XX surgió la regla de la “preferencia materna”,¹⁵ por la que se considera que el interés del niño va a estar mejor protegido, en su primera infancia, si es la madre quien se encarga de su cuidado. A partir de este momento la tendencia cambia; los jueces toman decisiones más precisas en cada caso, lo que implica un análisis de las circunstancias que rodean la vida de los niños. Esto da origen a la consideración del *interés del niño* frente a los intereses de sus progenitores.

En el derecho anglo-americano,¹⁶ se populariza vinculado a decisiones –judiciales

Para una reconstrucción de la evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el derecho internacional se puede revisar, entre otros trabajos, Camps Mirabet, Nuria, “El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno”, en Padial Albás, Adoración y Toldrá Roca, María Dolores (coords.), *Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 17-40; Simon, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2008, T. I, pp. 39-47; Pilotti, Francisco, *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, Serie Políticas Públicas, Santiago de Chile, CEPAL, 2001. Para una revisión de la evolución histórica de algunas legislaciones latinoamericanas se puede revisar la obra colectiva de García Méndez, Emilio y Carranza, Elías, *Del revés al derecho, la condición jurídica de la infancia en América Latina: bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Galerna, 1992. Para revisar la evolución histórica del interés superior se puede revisar la obra colectiva de Alston, Philip (ed.), *The Best Interests of the Child*, Oxford, Oxford University Press, 1994; y el trabajo ya citado de Bala

12 McGinnis, Sarah, “You Are Not the Father: How State Paternity Laws Protect (and Fail To Protect) the Best Interests of Children”, en *Journal of Gender, Social Policy and Law*, vol. 16, No 2, 2007, p. 321.

13 Breen, Clarie, “The standard of the best interests of the child: a western tradition in international and comparative law”, *International Studies in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002 p. 43.

14 Simon, Farith, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

15 Breen, Clarie, *op. cit.*, p. 44.

16 Para una revisión de la evolución histórica del interés del menor se puede revisar, entre otros, los siguientes trabajos ya citados de Alston, McGinnis y Breen. En el contexto español, Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2ª ed., 2007. En el contexto

o cuasijudiciales— sobre matrimonio, adopción, hogares sustitutos, guarda y tutela donde el menor de edad está involucrado,¹⁷ y se globaliza a raíz de su incorporación en el texto de la CDN, por lo que este instrumento es una referencia esencial para estudiar el interés superior.¹⁸

En el plano internacional existen pocas referencias al *interés superior del niño* previo a 1989. Es en la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959, instrumento no vinculante, donde aparece la noción de interés superior. En el principio II se establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el *interés superior del niño*.

En el tercer párrafo del *séptimo principio*, que trata el derecho a la educación, se determina que “el interés superior debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres”.

Por lo tanto, la Declaración de los Derechos del Niño restringe el principio a dos ámbitos: a) la formulación de leyes para asegurar la *protección especial* necesaria para el *desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social* en forma *saludable y normal*, así como en condiciones de *libertad y dignidad* y, b) en relación con la educación.

francés, Lebreton, Giles, “*Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français*”; en CDRF, N° 2, 2003. En el contexto canadiense, el libro ya citado de Bala.

17 Breen, Clarie, *op. cit.*, p. 44.

18 La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que existe un *corpus juris* sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes y que forma parte de este la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada por todos los Estados miembros latinoamericanos (en realidad, por todos los Estados americanos excepto Estados Unidos). Este comprensivo “... *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efecto jurídico distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 16 “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, 1 de octubre de 1999, párr. 115). En lo que se refiere al tema del presente trabajo, la Opinión Consultiva N° 17 ya citada en sus párrs. 37 y 53; “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, 19 de noviembre de 1999, párr. 194; “Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay”, 2 de septiembre de 2004, párr. 148; “Hermanos Gómez Paquiyaauri Vs. Perú”, 8 de junio de 2004, párr. 156. Se reconoce: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del año 1979,¹⁹ se reconoce el principio en el literal d, numeral 1, del artículo 16, en los siguientes términos: “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial” (la cursiva es nuestra).

Otro antecedente data del año 1986, con la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, donde se hace particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.²⁰ En su artículo 5 contiene dicho principio:

En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los *intereses del niño*, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental (la cursiva no consta en el original).

La doctrina especializada está de acuerdo en que el principio cobró verdadera importancia. A raíz de su incorporación en la CDN,²¹ y al ser un concepto central del Derecho internacional²² y del Derecho de familia²³ contemporáneo, algunos países latinoamericanos lo han constitucionalizado de forma directa²⁴ asumiendo

¹⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 24/180 del 19 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

²⁰ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986.

²¹ Wolf, Jennifer, “The Concept of the ‘Best Interest’ in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child”, en Freeman, Michael y Veerman, Philip (eds.), *The Ideologies of Children’s Rights*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 124, 125 y 131; Camps Mirabet, N., op. cit., p. 23. Reis Monteiro, A., *La revolución de los derechos del niño*, Madrid, Editorial Popular, 2008, p. 173; Alston, P. y Gilmour-Walsh, B., *El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales*, Florencia, UNICEF-Centro Innocenti, 1996, op. cit., pp. 8 y 16; Cillero, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2004, pp. 77 y ss.

²² Bala, N., op. cit. p. 11.

²³ Torres Perea considera que actualmente el *interés superior es un principio informador* del Derecho de familia, lo que implicaría la reinterpretación de todas las normas conexas teniendo en cuenta dicho principio (Torres Perea, José Manuel, op. cit. p. 684).

²⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 78: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su *interés superior* en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes” (la cursiva no consta en el original). Párrafo segundo del artículo 75: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su *interés superior*, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional” (la cursiva no consta en el original).

un papel preponderante en todas las legislaciones nacionales.

La incorporación del interés superior a la CDN no fue pacífico;²⁵ desde un principio se expusieron varias preocupaciones por su vaguedad, dejando

... abierto, a través de los términos generales en que se expresan, a interpretaciones diversas y que en realidad se define a nivel nacional en términos de las leyes y las prácticas de crianza de los hijos que se dan en esa nación.²⁶

Esto se reiteró en el debate, como se puede constatar en los documentos oficiales de redacción.²⁷

La propuesta inicial era que el *interés superior* fuese “la” consideración primordial, pero esto se modificó al estimar que podrían existir situaciones en las que se diesen conflictos con otros intereses que también debían ser considerados, como el interés de la *justicia* o el de la sociedad en general, que también podrían ser “... por lo menos de igual, si no mayor, importancia que los intereses del niño”. Por ello, en el texto aprobado el *interés superior* es “una” consideración primordial²⁸ que debe tenerse en cuenta en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Constitución Política de Bolivia, numeral II del artículo 59: “Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley”. Artículo 62: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”. Artículo 75: “En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación”. Constitución Política de la República de Colombia, inciso final del artículo 44: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Esta norma ha sido interpretada como la equivalente al principio del interés superior por la jurisprudencia constitucional colombiana. Constitución de la República del Ecuador, artículo 44: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”.

²⁵ Todo este proceso se encuentra documentado en dos publicaciones: Detrick, Susan (comp. y ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992. Reis Monteiro, Antonio, *La revolución de los derechos del niño*, Madrid, Editorial Popular, 2008, p. 173

²⁶ Naciones Unidas, “Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño: Informe del Secretario General”, E/CN.4/1324/Add.5, p. 336.

²⁷ Ver el trabajo ya referido de Detrick, Susan

²⁸ Naciones Unidas, “Informe del Grupo de Trabajo a la Comisión de Derechos Humanos”, E/CN.4/1989/48, párrs. 121 y 122.

3. El principio del interés superior en otros instrumentos internacionales de derecho público²⁹

Luego de la aprobación de la CDN se dio un amplio reconocimiento del interés superior del niño en la legislación internacional, que ha tenido un impacto relevante en la configuración actual del principio. Pese a la amplia incorporación de la regla a nivel internacional, no es posible afirmar que el interés superior sea una “norma consuetudinaria” como lo sostiene Aguilar Cavallo: “...debemos reconocer la existencia del principio del interés superior del niño no solo a partir de la vigencia de la CDN, sino con anterioridad, lo cual justifica su carácter de norma consuetudinaria, puesto que es connatural a la naturaleza humana”.³⁰

Tampoco se puede afirmar que el principio sea “connatural” a la naturaleza humana; al contrario, la historia demuestra que la nueva consideración sobre la infancia y este estatus “privilegiado” en lo jurídico es resultado de una evolución.³¹ De igual forma es posible aseverar que no se incorpora el interés superior a la legislación internacional, con el sentido y alcance actual, desde el año 1959 en que se aprobó en el marco de las Naciones Unidas la Declaración de los Derechos del Niño. Esto se puede verificar a partir de una simple comparación de la forma en que el principio se contiene en los dos instrumentos.

En el sistema universal –como en los regionales– de protección de los derechos humanos se pueden identificar instrumentos, vinculantes y no vinculantes, que contienen el principio del interés superior del niño.³² A continuación, una breve revisión

²⁹ Por el alcance del presente trabajo no se revisan los instrumentos regionales europeos y africanos.

³⁰ Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Constitucionales de Chile*, N° 1, Año 6, Universidad de Talca, 2008, p. 228.

³¹ Son muchos los trabajos que abordan la historia de la infancia en diferentes momentos históricos de la humanidad. Considero que pueden ser especialmente útiles: Ariès, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987; García Méndez, Emilio, “Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, en *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Bogotá, Forum-Pacis, 1994; Gèlis, Jacques, *La individualización del niño, publicado en Historia de la Vida Privada*, T. III: Del renacimiento a la ilustración, 1ª ed., Taurus, 2001; Hernández Pradas, Sonia, *El Niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional*, Valencia, Cruz Roja Española, 2001; Hunt, Lynn, “La vida privada durante la Revolución Francesa”, en *Historia de la Vida Privada*, T. IV: De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial, 1ª ed., Taurus, 2001; Veyne, Paul, “El Imperio romano”, en *Historia de la Vida Privada*, T. I: Del imperio romano al año mil, 1ª ed., Taurus, 2001.

³² Otros instrumentos que contienen el principio del interés superior son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, del 29 de noviembre de 1984 (Reglas de Beijing), que contienen varias normas en las que se hace referencia al principio estudiado, en particular la regla 14.2: “El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”. Otras reglas que se refieren al principio son la 26.2 y la 26.3. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, del 14 de diciembre de 1990, contienen al menos 11 directrices que se refieren al principio.

En las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, del 14 diciembre de 1990, se lo contempla en la regla IVE.46.

de los instrumentos de derecho público que no incluye a los de materia penal.³³

Como se anticipó, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer,³⁴ del año 1979, contiene una referencia a los *intereses de los hijos* en el artículo 16.1.d, cuando trata sobre las responsabilidades compartidas en el cuidado de los hijos: “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial” (cursiva no consta en el original).

La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986, lo contempla ampliamente. En el párrafo 5 del preámbulo se dice: “Teniendo presente que, en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental”; y en el artículo 9: “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”; en el artículo 21: “En los casos de adopción en otro país que se tramiten por conducto de personas que actúen como agentes de los probables padres de adopción, se tomarán precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del niño”; en el artículo 24: “Si la nacionalidad del niño difiere de la de los futuros padres adoptivos, se sopesará debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses”.

El párrafo 21 de la Declaración y Programa de Acción de Viena recoge el principio relacionándolo con la no discriminación y la opinión de los niños: “[L]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales

33 Otros instrumentos que se considera fueron aprobados “respondiendo” al principio del interés superior, pero no lo contienen expresamente, son: 1) la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, del 10 de diciembre de 1962, que en su artículo 2 establece: “Los Estados Parte en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en *interés* de los contrayentes, dispense el requisito de la edad” (la cursiva no consta en el original); 2) la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, del 11 de diciembre de 1969, que en su artículo 22.c dice: “La creación de servicios de puericultura apropiados en *interés de los niños* y de los padres que trabajan” (la cursiva no consta en el original); 3) la Declaración de los derechos del retrasado mental, del 20 de diciembre de 1971, que en el tercer párrafo preambular se refiere expresamente a los principios de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

34 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979. En vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

en todas las actividades que conciernen a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”.³⁵

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad³⁶ lo recoge como la “consideración primordial” que debe observarse en las actividades “relacionadas con los niños y niñas con discapacidad” (párrafo 2, del artículo 7).³⁷

Esto se reitera al tratar temas específicos. En el caso de las normas que regulan el “Respeto del hogar y de la familia” de las personas con discapacidad (artículo 23.2.b), se establece que se deberán garantizar sus derechos y obligaciones en lo que “respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares” y se debe velar “al máximo por interés superior del niño.”³⁸

En el caso de la posible separación de los niños y niñas con discapacidad de sus padres, se exige que la medida sea necesaria en su interés superior (artículo 23.4).³⁹

En el ámbito regional americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, en su artículo 17.4 *in fine* establece que “en caso de disolución [del matrimonio] se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos”.

La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, del 24 de mayo de 1984, determina que la nulidad de la adopción será decretada “velando por los intereses del menor”.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, del 18 de marzo de 1994, establece que es uno de los principales objetivos del instrumento (artículo 1) la “... protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor”. Además, se hace referencia al principio en el preámbulo (párrafo quinto) y en los artículos 6, 11, 14 y 18.

35 Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23.

36 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

37 “En todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

38 “Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

39 “Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”.

4. El interés superior del niño en la doctrina del Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) ha configurado una importante doctrina sobre el interés superior del niño por medio de sus *observaciones generales*.⁴⁰ Al menos cuatro de ellas se refieren al principio⁴¹ y “la Observación General Nº 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”⁴² lo trata de forma específica, siendo un importante esfuerzo sistemático de encarar sus diferentes dimensiones y aplicación a casos concretos.

El CRC considera que el interés superior tiene una triple dimensión: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.⁴³ Advierte que no puede interpretárselo *negativamente*, esto se reflejaría en que no puede primar “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño” sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”.⁴⁴

Se afirma que al ser un *derecho sustantivo*, otorga al niño el derecho a que su interés superior sea “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”.⁴⁵

La *garantía* de este derecho se pone en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, un grupo concreto o genérico de niños o los niños en general.⁴⁶ El CRC considera que es “una obligación intrínseca para todos los Estados” de *aplicación directa, inmediata* y puede ser invocada ante los tribunales.⁴⁷

Como *principio jurídico interpretativo fundamental*, se aplica en aquellos casos

40 Las *observaciones o comentarios generales* de los comités de seguimiento de tratados son considerados por Villán Durán como un “... medio eficaz para generar ‘jurisprudencia’ consensuada entre los miembros del [comité], que interpreta de manera autorizada el contenido y alcance de las normas consagradas [en el tratado]” (Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 401).

41 Observación General Nº 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/GC/5, 27 de noviembre de 2003; Observación General Nº 11 “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009; Observación General Nº 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009; Observación General Nº 13 “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

42 Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

43 *Ibidem*, párr. 6.

44 Observación General Nº 13, *op. cit.*, párr. 61.

45 Observación General Nº. 14, *op. cit.*, párr. 1 y 6.

46 *Ibidem*, párr. 6.

47 *Ibidem*.

en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, debiendo otorgarse preferencia a la interpretación que “satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”, tomando los derechos contenidos en la Convención y sus protocolos adicionales como el “marco interpretativo”.⁴⁸

El interés superior tiene un objetivo que, a juicio del CRC, es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”,⁴⁹ que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”.⁵⁰

En tanto *norma de procedimiento*, implica que el Estado debe asegurar las garantías procesales necesarias para hacer efectivo el interés superior del niño; por ello, siempre que se tome una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concretos o a la niñez en general, se debe detallar: cómo se ha tenido en cuenta este principio, de qué forma se ha respetado el derecho; en qué criterios se ha basado la decisión; cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones (sean cuestiones normativas generales o casos concretos), y las posibles repercusiones positivas y negativas de la decisión.⁵¹

La Observación General, además, define los requisitos que deben tomarse en cuenta para que el interés superior del niño sea considerado en las decisiones judiciales y administrativas, y cualquier otra medida que afecte a un niño en particular, un grupo de niños y la infancia en general.⁵²

El CRC se ha hecho eco de buena parte de la doctrina que consideraba que el principio, al estar contenido en un instrumento de derechos humanos, debía ser interpretado como medio para dar efectividad a los derechos declarados,⁵³ considerando que este es flexible y adaptable a cada caso, requiriéndose que se observen algunos criterios para su aplicación, como ya se establecía en las legislaciones angloamericanas y más recientemente en algunas latinoamericanas, y en España por vía jurisprudencial.

En la Observación General se resalta la idea de que el interés superior es un *derecho sustantivo*. El CRC considera el que el artículo 3, párrafo 1, de la CDN,

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 Observación General N° 5, *op. cit.*, párr. 12.

51 Observación General N° 14, *op. cit.*, párr. 6.

52 *Ibidem*, párr. 10.

53 Resalta la propuesta de Cillero en Latinoamérica, *vid. p.* y de Encarna Roca Trias en España, *vid. p.*, citadas más adelante.

“establece una obligación intrínseca para los Estados” que lo convierte en un derecho a que sean considerados prioritariamente los intereses del niño y no exclusivamente como una garantía a tomarse en cuenta al tomar decisiones que lo afectan.

5. Los aspectos negativos del interés superior

Muchos son los aspectos positivos del interés superior del niño; sin embargo, por su vaguedad e indeterminación puede, y suele usarse, como forma de limitar el ejercicio de sus derechos. Coincido con la opinión de Mary Beloff, quien sostiene que pese a los esfuerzos que realizaron varios autores para interpretar el principio conforme a los derechos reconocidos en la CDN esto ha resultado insuficiente:

La falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior del niño no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar (...) El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado —ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo— [...] obrara con niveles discrecionales inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales.⁵⁴

El interés superior interactúa con otros posibles límites al ejercicio de los derechos: la evolución de sus facultades de acuerdo con la edad y madurez de cada niño, niña y adolescente;⁵⁵ las limitaciones impuestas en la propia CDN a algunos derechos (limitaciones no contempladas para los adultos), como escuchar la opinión únicamente en los asuntos que le afecten y que esta se valore solamente en función de su edad y madurez (artículo 12), la protección de acceso a material perjudicial (artículo 17), el no reconocimiento expreso del derecho a sindicación (artículo 15), la publicidad de los procesos (artículo 40), entre otros. El principio de protección especial autoriza la toma de ciertas medidas de protección en relación con niños, niñas y adolescentes, que en muchos casos implica la limitación o suspensión de ciertos derechos, pero debemos saber que la CDN restringe esta intervención, por lo que una limitación no prevista en el instrumento, o que

⁵⁴ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 15.

⁵⁵ Artículo 5 de la CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (la cursiva no consta en el original).

no sea razonable y justificada y que no tenga por objetivo o como resultado la protección de los derechos, puede ser considerada violatoria de esos derechos.

Se entiende que la “protección especial” solamente se puede hacer en beneficio de los derechos cuando tiene por objetivo garantizar el pleno goce de estos, el desarrollo integral y el respeto a su dignidad.

5.1. Como un concepto hiperindividualista

Algunos autores consideran que la fórmula del interés superior del niño, contenida en la CDN, refleja una visión hiperindividualista, al colocar los intereses de los niños por encima de los demás miembros de la comunidad y sobre el interés general. Esta perspectiva del interés superior es la que ha hecho que en algunos países, como en Francia, exista gran resistencia a la incorporación de esa noción, manteniéndose en general el concepto *interés del menor* y no *interés superior del niño*.⁵⁶

En la legislación argentina, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece en su artículo 3 que los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes prevalecen frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, cuando existe conflicto entre ellos.

5.2. Discrecionalidad abusiva

Es claro el papel central que ocupa el interés superior del niño en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Desde el primer momento no existió duda sobre su importancia, pero sí sobre su contenido, alcance y aplicación, debido –en parte– a su condición de *concepto jurídico indeterminado*; por lo tanto, su formulación “abierta” origina dificultades de aplicación a los casos concretos.

Daniel O’Donnell, autor de los primeros análisis en profundidad de la CDN, expresa de forma clara la preocupación por el posible impacto negativo del interés del niño en ese tratado, ya que podría debilitar su fuerza como instrumento dirigido al respeto y a la garantía de los derechos de la infancia al “condicionar el contenido de los derechos reconocidos (...) con base en valores ‘superiores’ de una sociedad

⁵⁶ Lebreton, Gilles, *op. cit.*, p. 82.

o cultura”.⁵⁷ Incluso se ha dicho que el interés superior del niño es un “Caballo de Troya”⁵⁸ que se introdujo en la CDN para debilitar el reconocimiento de los menores de edad como titulares de derechos humanos.

Varios autores consideran que la indeterminación es una ventaja, de utilidad para brindar soluciones a la diversidad de casos que se presentan, atendiendo a la multiplicidad circunstancias y contextos,⁵⁹ algunos vinculados con las diferencias culturales del papel y las necesidades de la infancia en general y de cada niña, niño o adolescente en concreto.

Otros autores estiman que la indeterminación es resultado de que el interés del niño es un principio del moderno Derecho de familia, no está formulado como una regla⁶⁰ con una estructura típica con un(os) supuesto(s) y una(s) consecuencia(s) normativa(s).⁶¹

57 O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, p. 17.

58 Freedman, Diego, *op. cit.*

59 En este sentido, Torres Perea se refiere a la posición de la doctrina alemana, que “... no aporta una definición de este concepto sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor” (Torres Perea, José Manuel, *op. cit.*, p. 684). El autor respalda esto afirmando que “... no podemos intentar reducir a un mero concepto el interés del menor, o dotarlo de un contenido rígido (precisamente porque se trata de una cláusula general), lo importante es su función de contrapeso (para proteger al menor en tanto parte más débil en sus relaciones sociales) y de control (ante todo peligro o amenaza que afecte al menor), y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten” (Torres Perea José Manuel, *op. cit.*, p. 26; Lázaro González, Isabel (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 107; María Encarnación Roca Trías se pronuncia por las ventajas de un sistema así, sin dejar de advertir que la interpretación correcta del interés superior “está centrada en el respeto de sus derechos fundamentales”; en sus palabras: “Otros sistemas provocan o pueden provocar una rigidez peligrosa, ya que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacte la norma. La rigidez de la normativa sobre principios frente a la normativa casuística, que admite válvulas de escape cuando la situación no está absolutamente prevista en la lista, hace que para obtener una mejor protección de los derechos fundamentales de un colectivo débil me incline por un sistema abierto como el español, aun conociendo que ello deja abierta la puerta al arbitrio judicial, ya que el juez debe apreciar en cada momento si se producen o no situaciones especiales que obliguen a una protección concreta del interés del menor” (Roca Trías, María Encarnación, *Familia y cambio social* (De la “casa” a la persona), Madrid, Civitas, 1999, pp. 217 y ss. La catedrática Alegría Borrás también se pronuncia en este sentido, al referirse a la incorporación del interés superior del niño como un elemento que “articula” la protección del menor a nivel internacional. “En un mundo cada vez más internacionalizado, ya no es suficiente que las normas materiales internas regulen de forma minuciosa una determinada institución protectora del menor, acompañada de alguna norma, más o menos detallada, de Derecho Internacional privado. La diferente nacionalidad o residencia del menor respecto a sus padres por naturaleza, la adopción de niños procedentes del extranjero, la protección por instituciones públicas de los menores que se hallan en el territorio, la sustracción internacional de menores por sus progenitores, etc., son ejemplos claros de supuestos en los que la internacionalidad de la situación debe recibir una respuesta del Derecho internacional privado, autónomo o convencional, ya que la normativa material resulta inoperante si no va acompañada de este tipo de regulación” (“El interés del Menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, año XCIII, Nº 4, Barcelona, 1999, p. 56).

60 En los últimos años es abundante la producción jurídica sobre este tema. Algunos de los trabajos más reconocidos son, en el mundo anglosajón, la obra de Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999; en España, los trabajos de Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996; en Alemania, Robert Alexy con sus obras *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. (traducción de Carlos Bernal Pulido), 2007, y *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo) 2007.

61 Raigosa, Luis, “Órganos legislativos y órganos judiciales. Algunos elementos para el análisis de técnica legislativa”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México DF, Ediciones de la UNAM, 2000, p. 203.

La discrecionalidad es “la libertad de elección entre alternativas igualmente justas”.⁶² Se entiende que los jueces, en general las autoridades responsables de resolver un caso, tienen un margen de apreciación al interpretar el alcance de un concepto jurídico indeterminado como el del interés del niño.

Siguiendo a Soletto Muñoz, considero que la discrecionalidad legal implica dotarle normativamente a una autoridad que tiene que tomar una decisión la posibilidad de elegir entre más de una opción. La autora sostiene que

... un sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad en las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener resoluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del juez a cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información disponible, lo que puede llevar retrasos y maniobras entre las partes.⁶³

A nivel doctrinal y jurisprudencial, existe consenso sobre la distinción entre lo discrecional y lo arbitrario. Lo discrecional es aquello que “se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso”; lo arbitrario “no tiene motivación respetable, sino –pura y simplemente– la conocida *sit pro rationes voluntas* o la que ofrece lo es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter de realmente indefinible su inautenticidad...”⁶⁴.

Ejemplos de la necesidad de discrecionalidad en materia de niñez y adolescencia hay muchos. A propósito de la privación de la patria potestad, el Tribunal Supremo Español ha dejado en claro que

... la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exige conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación, la cual tiene difícil acceso a la casación; pero que, pese a ello, se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento.⁶⁵

62 Moreno-Torres Sánchez, Julieta, *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, p. 41.

63 Soletto Muñoz, Helena, “El interés público en los procesos de familia”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 18, enero de 2003, pp. 47 y ss.

64 STS 1984/4673 de 13 de julio de 1984, FJ 13.

65 STS 1495/1998 de 5 de marzo de 1998, FJ 1; STS 653/2004 de 12 de julio de 2004, FJ 1.

Existe una preocupación recurrente, en grandes sectores de la doctrina latinoamericana y anglosajona (en España también existen algunas voces en el mismo sentido) respecto de que el interés superior del niño permita a los jueces (en general, a las autoridades encargadas de su valoración) imponer su opciones y valoraciones personales en los casos sujetos a su conocimiento, sin llegar a la arbitrariedad (no consideración de hechos relevantes, no aplicación de normas, falta de motivación, violación de precedentes sin justificación), pero escudándose en ese concepto indeterminado. Esa imposición de preferencias y restricciones a los derechos en nombre del interés del niño sin llegar a la arbitrariedad⁶⁶ la he denominado discrecionalidad abusiva.

6. Formas de enfrentar la discrecionalidad abusiva

La pregunta central es: ¿cómo reducir la discrecionalidad abusiva? Las respuestas están ligadas a la actividad legislativa y/o técnica de regulación del principio, cláusula abierta; definiéndolo o asociándolo al cumplimiento de ciertos fines como su bienestar, su desarrollo integral o sus derechos; estableciendo criterios normativos para su determinación o –en menor medida– predeterminando normativa las situaciones consideradas más favorables al interés del niño.

La opción regulatoria depende en gran medida del papel asignado a los jueces –en realidad, a todas las autoridades– encargados de la valoración y aplicación del principio a los casos concretos.⁶⁷ Esto, a su vez, se relaciona con la perspectiva que los países han asumido sobre los derechos de la infancia y adolescencia y la adscripción, consciente o no, a las teorías liberacionistas o tutelares (paternalistas) de los derechos presentes en varios países de América Latina⁶⁸ que han tenido un impacto significativo en los procesos de reforma legislativa⁶⁹ verificados

⁶⁶ Linacero de la Fuente, María, *Protección Jurídica del Menor*, Madrid, Montecorvo, 2001, p. 61; Moreno-Torres Sánchez, Julieta, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁷ Un importante estudio sobre el principio del interés superior y los responsables de su aplicación se encuentra en Alston, Philip y Gil-mour-Walsh, Bridget, *op. cit.*

⁶⁸ A propósito de este debate entre liberacionismo y paternalismo (tutelar) se puede revisar, entre otras obras, las de Gil Cantero, Fernando, "El debate del paternalismo entre los 'Child Savers' y los 'Kiddy libers' respecto a los derechos de los niños", en *Primer Congreso Internacional sobre Infancia y Sociedad*, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, 1991, pp. 1112 y ss.; Fanlo Córtes, Isabel (comp.), "Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos, algunas notas introductorias", *Los derechos de los niños: una contribución teórica*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.; Holt, John, *Escape from Childhood: the Needs and the Rights of Children*, Nueva York, Dutton, 1974; Veerman, Philip, *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Dordrecht, International Studies in Human Rights, Vol 18, 1992.

⁶⁹ En América del Sur no se usan las categorías *liberacionistas* o *tutelares* (*paternalistas*). Por razones de carácter práctico se ha generalizado el uso de las denominaciones "doctrina de la protección irregular" para designar las legislaciones "tutelares" y "doctrina de la protección

a partir de la ratificación de la CDN.⁷⁰

La técnica de la cláusula general, de acuerdo con el profesor Rivero,⁷¹ consiste en realizar un enunciado a modo de norma abstracta multicomprendiva, que respondería, en una definición sencilla, a “valores de justicia y razonabilidad referidos a situaciones concretas”, que se determinará al momento en que se aplique la norma.

Esto respondería a dos motivos: (a) “la dificultad general y objetiva de determinación del valor que pretende captar la norma” y (b) “la amplia variedad de personas implicadas y situaciones que pueden presentarse”.

Tres ventajas se derivarían de este tratamiento: (a) permitir que la cláusula general sea aplicada a un “gran número de supuestos de hecho”, ya que existe una diversidad de circunstancias que se presentan; (b) se puede hacer una “plural valoración judicial y su adecuación al caso concreto”; y (c) la cláusula general tiene valor tanto en el momento en que se la enuncia como en el futuro, sin que se requiera actualizar permanentemente la norma.

Estas ventajas implican trasladar los problemas a otro momento, el de la aplicación,⁷² ya que los criterios de apreciación son imprecisos por ser individuales,

integral” para las que podría decirse son tributarias de las nociones “liberacionistas” (véase Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit., p. 31.)

70 Como se anticipó, todos los países americanos, con excepción de los Estados Unidos de América, han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. El estado de las ratificaciones se revisó en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, el 7 de abril de 2013.

71 Rivero Hernández, Francisco, op. cit., pp. 103-105 (a quien voy a seguir en esta parte para describir inicialmente esta técnica).

72 En un sentido parecido se pronuncia la doctrina italiana. Virginia Zambrano considera que es una matriz habitual en Europa asumir el interés del niño como diseño común para resolver los casos de custodia; considera que la “vaguedad del concepto se convierte en la cláusula de salvaguardia del pluralismo de valores que es típico de la sociedad moderna”. Sin negar las dificultades y críticas, sostiene que son mayores sus ventajas porque la determinación de qué es lo que le interesa al menor debe ser hecho en concreto, lo que además permite realizar un “ajuste” a la homogeneización que la sociedad moderna hace de los individuos, dejando al enfoque casuístico la solución de los casos, donde –al referirse a la doctrina inglesa– el interés del menor, en abstracto, no juega un papel relevante, sino la reconstrucción de la situación del niño. Es extraña esta conclusión, seguramente la autora pierde de vista que esa “reconstrucción de relaciones” en el caso concreto se hace en función del interés superior, ya que es uno de los criterios de la *Children Act* de 1998, para valorar el *best interest*. “*Il problema non investe esclusivamente l’individuazione dei criteri che concorrono a delineare l’interesse del minore, ma è relativo anche alla necessità di analizzare l’atteggiamento assunto da una giurisprudenza che, in taluni casi, elabora criteri interpretativi di non facile applicazione. Di là dalle specifiche differenze nazionali, è interessante rilevare l’esistenza di un disegno comune sia agli ordinamenti europei, che extraeuropei, che ruota intorno al concetto di interesse. Non a caso, tutti i dibattiti che si sviluppano intorno all’affidamento, invariabilmente si accompagnano all’affermazione che esso debba essere disposto nell’esclusivo interesse del figlio.*”

Tuttavia, quando dal piano delle astratte determinazioni si trascorre a quello, più concreto, di stabilire in cosa esso consista, ci si avvede che nessuno degli ordinamenti considerati offre una definizione d’interesse del minori. Al punto che proprio questa indeterminatezza non si sottrae alle critiche di quella parte della dottrina che ne mette in discussione l’idoneità a servire da valido criterio di risoluzione delle controversie, preferendo, piuttosto, discorrere, in negativo, di scelta di un’alternativa, di una soluzione, meno svantaggiosa per il minore.

In altro senso la difficoltà di definirne in contenuti attiene all’impossibilità di ricondurre ad unità la molteplicità dell’esperienza umana, sì che l’indeterminatezza del concetto diventa clausola di salvaguardia di un pluralismo di valori che è tipico della società moderna. Il richiamo alla soggettività, intensa al singolare secondo una visione atomistica della stessa, conduce, infatti, ad una impostazione omogeneizzante, che operando un livellamento degli individui, fa scomparire, con la diversità, la specificità di ogni esperienza umana.

extremadamente subjetivos, porque conllevan: (a) una aplicación basada en “consideraciones valorativas” producto de opiniones personales; (b) no “poca inseguridad jurídica para el ciudadano y para el justiciable”; (c) que esta “impredicibilidad” del posible resultado pueda promover una “litigiosidad de los titulares de los intereses enfrentados”; y (d) el engaño (amañar, dice Rivero) en la conducta y las estrategias para obtener un resultado *pro domo sua*.⁷³

La crítica principal a este tratamiento viene dada por la inseguridad que provoca, ya que deja “... un gran espacio al juego interpretativo, lo cual podría dar lugar a decisiones injustas incluso no suficientemente previsibles en un marco sumamente sensible”.⁷⁴

Se formula una cláusula general en la que se establece la preeminencia y la obligación de considerarlo en los casos en que se encuentre involucrada una persona menor de edad,⁷⁵ dejando al juez (o a la autoridad a la que le corresponda tomar la decisión) la determinación de lo que se considera el interés superior en el caso concreto, es decir, qué es lo “mejor” en cada situación y en relación con cada persona.⁷⁶

Superata la tendenza a far riferimento ad un soggetto astratto, è alle esigenze ai bisogni di quel minore, di quel soggetto, così come avvertite nel luogo privilegiato di svolgimento della sua personalità, che occorre fare riferimento. La valutazione dell'interesse del minore, in altri termini, non va disgiunta dal rilievo, più ampio, che assume lo sviluppo della persona, sì che punto centrale della riflessione è dato dall'equazione fra minore e persona.

Se questa, come pare, è l'impostazione da preferire, sue sono le conclusioni cui è possibile approdare. In un primo senso, si comprende come il problema della genericità e vaghezza della formula in esame, allorché si recuperi un concetto di soggettività che guarda al soggetto nella sua interezza, venga ad essere superato nei fatti. La seconda considerazione, che necessariamente presuppone la prima consente di mettere in rilievo come sia più utile collocarsi nell'ottica dell'effettività dei meccanismi di tutela, piuttosto che discutere, in astratto, dei contenuti che assume l'interesse del minore.

L'approccio casistico e l'avvertenza di non enfatizzare l'interesse del minore permeano l'atteggiamento assunto dalla dottrina inglese che sembra operare nella consapevolezza che tale criterio raramente svolge un ruolo determinante nella risoluzione delle singole controversie. Si che soltanto l'analisi della singola specifica situazione esistenziale, consentendo di ricostruire la rete di relazione che coinvolgono il minore, è in grado di offrire soluzione appaganti.

*Ne consegue che l'interesse del minore, presentandosi quale criterio di indiscussa valenza ermeneutica, consente di sviluppare, secondo una logica inclusiva, un sistema de protezione che tiene conto del fatto che il minore è, innanzitutto, persona. Né, da altro punto di vista, si deve dimenticare che il tipo di tutela, per dir così, riflessa, in quanto i figli non diventano parti del procedimento, ma rivestono il ruolo di semplici destinatari degli effetti di provvedimenti pronunciati nei confronti dei loro genitori” (Zambrano, V., “Interesse del minore ad affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto”, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e Delle Persone*, N° 3-4, vol. XXIX, Milán, Giuffrè Editore, julio-diciembre de 2000, pp. 1382-1384).*

73 Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 104.

74 *Ibidem*, p. 684.

75 Díez-Picazo propone las siguientes dimensiones de la cláusula del *beneficio de los hijos* o del *beneficio de los niños*: 1) una modalización del ejercicio de la patria potestad (que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos); 2) un criterio de solución de los conflictos interconyugales, que se dirige a los titulares de los poderes y de las funciones tuitivas y a los órganos del Derecho público y privado (dice: “Es un factor determinante en las decisiones que en relación con las situaciones del hijo hay que adoptar”); 3) es una función social que la ley le atribuye a la potestad y a los actos de ejercicio, a los cuales causaliza; 4) constituye un criterio de selección, entre las diferentes y eventuales opciones que en relación a los *menores* se puede adoptar (elección que le corresponde al juez o al padre), seleccionado la opción que le resulte o considere razonablemente que puede derivar en lo más beneficioso para los hijos; y 5) es una *regla*, por la que en caso de conflicto de intereses entre los hijos y los padres “el interés de los padres se sacrifica y cede” (esto, dice Díez-Picazo, es “... importante porque no se trata ya solo de la selección entre las diferentes opciones en las diferentes situaciones de hijo, sino el sacrificio de uno para otorgar ventajas al otro” (Díez-Picazo, L., *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, p. 175).

76 Rivero Hernández, en el artículo “El interés del menor...” que se publicó en el libro de homenaje al profesor Bernardo Moreno Quezada, ya

La otra técnica es la equiparación normativa a ciertas situaciones o en algunos casos con los derechos, es decir, la satisfacción y garantía de estos; por lo tanto, la necesidad de que el llamado a decidir en un caso concreto ajuste la decisión al cumplimiento de esa finalidad. Roca Trías insiste en que no es un “concepto vacío” ya que “su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas”.⁷⁷

Es posible encontrar ejemplos de esta técnica de regulación en Argentina, Ecuador, El Salvador y Venezuela. En el caso de Argentina, el artículo 3 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁷⁸ establece que, a efectos de dicha ley, se entiende por “interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidas en esta ley”.

Linacero de la Fuente⁷⁹ considera que la distinción en el tratamiento legal del interés superior del niño se corresponde con los distintos sistemas normativos, sean europeos continentales (germánicos y latinos) y los ordenamientos anglosajones (el británico y el de Estados Unidos de América). En los primeros –dice–, es un principio abstracto e indeterminado con poca concreción, mientras que en los segundos existe una mayor concreción, debido a que en su legislación y jurisprudencia se manejan “criterios explícitos y se hacen previsiones sobre el principio”; particularmente en el Derecho inglés (en la Children Act de 1989) se reflejarían los criterios que considera “los factores más importantes del interés de los niños”.

La descripción básica de esta técnica de regulación es que de manera apriorística se establecen

... elementos de juicio, criterios y valoraciones concretas de hechos o situaciones que se darán en la práctica, a los que se relaciona de forma más o menos directa con lo que conviene a un niño, y a los que vincula lo que el

citado (p. 1539), dice que “la principal ventaja [de ser un concepto jurídico indeterminado] radica en la generalidad de su enunciado, a modo de principio multicomprendivo, que permite una fácil (quizá no siempre tal) adecuación a cada caso concreto, a la amplia variedad de personas implicadas y situaciones que pueden presentarse –el abanico de posibilidades y realidades sociales es amplísimo–, en el momento de su enunciado y en el futuro”. Y continúa: “Los inconvenientes (su reverso) igualmente claros y no pocos: sobre todo, la indeterminación que acompaña a aquella generalidad, y la necesidad de concreción en cada caso específico, lo que comporta una valoración puntual (por quien procesa en cada situación) según criterios imprecisos, por individuales, con cierta dosis de subjetivismo, que incorpora inevitablemente las convicciones o experiencias personales de quien hace esa valoración: todo lo cual se traduce en inseguridad jurídica para el ciudadano y para el justiciable...” (p. 1.540).

⁷⁷ Roca Trías, María Encarnación, *op. cit.*, p. 220. En el mismo sentido, Linacero de la Fuente, María, *op. cit.*, sostiene: “La noción del *interés del menor* –partiendo de su carácter abstracto y genérico– debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el *respeto a los derechos fundamentales del niño* consagrados en la Convención de 1989” (p. 60). Moreno-Torres Sánchez, Julieta, *op. cit.*, p. 88.

⁷⁸ Ley N° 26.061, promulgada el 21 de octubre de 2005.

⁷⁹ Linacero de la Fuente, María, *op. cit.*, pp. 59-60.

legislador entiende por interés del menor, que deduce de aquellos.⁸⁰

Esta técnica –se dice– es una “reacción frente la inconcreción de las normas abiertas y cláusulas generales”, y parte de la idea de que mientras “más elementos de juicio y concreción aporte la norma general, más fácil será la determinación futura de sus efectos y menos riesgos habrá de equivocación en su aplicación”.⁸¹

En resumen, “se presentan algunos criterios indicativos para la búsqueda del interés del niño y resolver de acuerdo con los mismos esos problemas en tales situaciones”.⁸²

Los criterios que se establezcan en cada legislación serían aquellos que representen lo que cada sociedad, en un momento y contexto determinados, considera lo más valioso u óptimo para los niños, niñas y adolescentes, no siendo las consideraciones subjetivas de sus progenitores, otras personas a su cargo o las preferencias de los órganos jurisdiccionales.⁸³

Las críticas al modelo son obvias: finalmente es el juez quien toma la decisión en el caso concreto y, por ende, sus valoraciones priman al evaluar los distintos criterios en juego, además de la ya mencionada limitación para anticipar situaciones. Por ello, las valoraciones de los jueces de los diferentes criterios establecidos normativamente no reflejan prejuicios y/o estereotipos sociales; por lo tanto, esas decisiones no son rechazadas, sino valoradas y resaltadas como correctas.

De una lectura de esos criterios,⁸⁴ que varían de legislación a legislación, queda claro que lo que se impone al juez –quien decide en el caso concreto lo que considera

⁸⁰ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 105.

⁸¹ *Ibidem*, p. 106.

⁸² *Ibidem*, p. 107.

⁸³ Díez-Picazo, a propósito del *principio de protección integral de los hijos (tout pour l'enfant)*, presenta de manera muy clara la distinción: “Ante todo, habrá que señalar que no es lo más beneficioso lo que subjetivamente el padre entiende (...). Tampoco son decisivas las creencias de los órganos jurisdiccionales, aunque de facto son las que acaban de imponerse, pues los tribunales son oráculo y reflejo de la comunidad en la que viven. Por consiguiente, habrán de ser las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse como más beneficioso (Díez-Picazo, Luis, “*El principio de...*”, *op. cit.*, p. 176).

⁸⁴ En la *Children Act* de Inglaterra (1989) se establecen siete criterios o factores: “... a court shall have regard in particular to- (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b) his physical, emotional and educational needs; (c) the likely effect on him of any change in his circumstances; (d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant; (e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering; (f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs; (g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question” (Section 1(3)). Traducidos, serían los siguientes criterios: (a) los deseos y sentimientos del niño (que serán considerados a la luz de su edad y entendimiento); (b) sus necesidades físicas, educativas y emocionales; (c) el probable efecto, en el niño, de cualquier cambio en sus circunstancias; (d) su edad, sexo, antecedentes y cualquier característica suya, que el tribunal considere pertinente; (e) el daño sufrido o que esté en riesgo de sufrir; (f) la capacidad de cada uno de sus progenitores, y cualquier otra persona que el tribunal considera pertinente, para satisfacer las necesidades [del niño]; (g) las competencias del tribunal conforme a Ley el procedimiento aplicable (traducción del autor).

favorable al interés superior— es una serie de criterios para evaluar el caso y para justificar/argumentar su decisión en base a ellos;⁸⁵ son el fundamento para construir un juicio acerca de lo que se considera lo más conveniente para un niño concreto, en una situación concreta.

En los Estados Unidos, la Commissioners on Uniform State Laws recomienda que, para decidir en el interés superior, en los casos de custodia, se evalúen cinco criterios: “(a) *the wishes of the child’s parent or parents as to custody*; (b) *the wishes of the child as to the custodian*; (c) *the interaction and interrelationship of the child with the child’s parent or parents, the child’s siblings, and any other person who may significantly affect the child’s best interest*; (d) *the child’s adjustment to home, school, and community*; and (e) *the mental and physical health of all individuals involved*”.⁸⁶

Un caso interesante se puede encontrar en el estado de Arizona, que —además de todos los criterios anteriores— considera necesario evaluar las medidas de coacción o coerción que el progenitor haya usado para obtener un acuerdo de custodia, el que hayan participado en un curso —organizado por la Corte del estado— sobre el impacto del divorcio en adultos y niños, y si se han hecho denuncias falsas, por parte de los padres, sobre abuso o negligencia.⁸⁷

85 La jurisprudencia inglesa establece que no es necesario que el juez considere los siete criterios establecidos en la Sección 1(3) de la Children Act de 1989, pero de no revisar, uno o más, podría ser la base para apelar la decisión (Staughton LJ in *H v. H (Residence Order: Leave to Remove from Jurisdiction)* [1995] 1 FLR 529): *judge is not required “to read out the seven items in s.1(3) and pronounce his conclusion on each”*. Fallo citado por Standley, Kate, *Family Law*, Hampshire, Palgrave Macmillan Law Masters, fifth edition, 2006, p. 304.

86 American Bar Association, *National Child Welfare Center*. Disponible en <http://apps.americanbar.org/abanet/child/catmaterials/allcip.cfm#c16> [fecha de consulta: 20 de junio de 2012].

87 *Statute Arizona, Title 25, Marital and Domestic Relations:*

25-403. Custody; best interests of child

A. The court shall determine custody, either originally or on petition for modification, in accordance with the best interests of the child. The court shall consider all relevant factors, including:

- 1. The wishes of the child’s parent or parents as to custody.*
- 2. The wishes of the child as to the custodian.*
- 3. The interaction and interrelationship of the child with the child’s parent or parents, the child’s siblings and any other person who may significantly affect the child’s best interest.*
- 4. The child’s adjustment to home, school and community.*
- 5. The mental and physical health of all individuals involved.*
- 6. Which parent is more likely to allow the child frequent and meaningful continuing contact with the other parent. This paragraph does not apply if the court determines that a parent is acting in good faith to protect the child from witnessing an act of domestic violence or being a victim of domestic violence or child abuse.*
- 7. Whether one parent, both parents or neither parent has provided primary care of the child.*
- 8. The nature and extent of coercion or duress used by a parent in obtaining an agreement regarding custody.*
- 9. Whether a parent has complied with chapter 3, article 5 of this title.*
- 10. Whether either parent was convicted of an act of false reporting of child abuse or neglect under section 13-2907.02.*
- 11. Whether there has been domestic violence or child abuse as defined in section 25-403.03.*

B. In a contested custody case, the court shall make specific findings on the record about all relevant factors and the reasons for which the

La Administration for Children & Families resalta que no existe una definición del *standard best interests*, y deja en claro que es “una” consideración que debe hacerse al tomar decisiones en relación con un niño, para lo cual deben considerarse una serie de factores:

The term generally refers to the deliberation that courts undertake when deciding what type of services, actions, and orders will best serve a child as well as who is best suited to take care of a child. “Best interests” determinations are generally made by considering an number of factors related to the circumstances of the child and the circumstances and capacity of the child’s potential caregiver(s), with the child’s ultimate safety and well-being as the paramount concern.⁸⁸

El objetivo es dotar de racionalidad una decisión. El encargado de tomarla debe considerar estos elementos en el caso concreto, para después valorarlos; por lo tanto, contribuyen a evaluar lo que se consideraría el interés superior en el caso concreto y *fundamentar la decisión*.⁸⁹

decision is in the best interests of the child”.

Chapter 3, article 5 :25-351. Domestic relations education; plan; administration

A. The superior court in each county shall adopt and implement an educational program for the purpose of educating persons about the impact of divorce on adults and children.

B. The supreme court shall adopt minimum standards for educational programs. The presiding judge of the superior court in each county shall submit an educational program plan to the supreme court for approval. The plan shall be consistent with the minimum standards that are adopted by the supreme court, including the length and nature of the program, the qualifications of program providers and the means by which the program will be evaluated and maintained. Beginning January 1, 2013, these standards shall require that educational programs at a minimum include instruction related to all of the following:

- 1. The emotional, psychological, financial, physical and other short-term and long-term effects of divorce on adults and children.*
- 2. Options available as alternatives to divorce.*
- 3. Resources available to improve or strengthen marriage.*
- 4. The legal process of divorce and options available for mediation.*
- 5. Resources available after divorce.*

C. Each program shall also include information regarding the notification requirements of section 25-403.05, subsection B.

D. The presiding judge of the superior court or a judge who is designated by the presiding judge shall administer the program in each county and may provide or contract with political subdivisions in this state or private entities to provide the program to participants who are required to attend.”

Disponible en <http://www.azleg.gov/arizonarevisedstatutes.asp?LinkType=doc&Title=25> [fecha de consulta: 12 de julio de 2019]

88 Administration for Children & Families, Child Welfare Information Gateway, *Determining the Best Interests of the Child: Summary of State Laws*, 2010. Disponible en http://childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/best_interest.cfm [fecha de consulta: 20 de junio de 2018].

89 En Italia, por Ley N° 54/2006, se modificaron las reglas para la asignación de la tenencia de los hijos. En particular el art. 155 establece que “también en caso de separación de los padres, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción de parte de ambos y a conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada parte. Para alcanzar la finalidad indicada en el inciso primero, el juez que dictamina la separación de los cónyuges adopta las disposiciones relativas a la prole con exclusiva referencia al interés moral y material de la misma. Evalúa *prioritariamente* la posibilidad de que los hijos menores queden a cargo de ambos padres y establece a cuál de ellos será dada la tenencia...”. Esta regla no establece criterios para que el juez determine cuál es el “interés moral y material” que justifique la concesión, o no, de la custodia compartida; ha sido considerada por un sector de la doctrina italiana como un medio para que decida los casos en base a sus convicciones. En palabras de Barbara Pugliese: “El nuevo art. 155.2 dispone que el juez “evalúe prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores de edad queden a cargo de ambos padres o bien establezca a cuál de ellos se la dará la tenencia”. Ello plantea la obligación de una fundamentación por parte del juez

Standley⁹⁰ considera que la sección 1(3) de la Children Act de 1989 –en la que se encuentra– “contains a list of factors (...) which imposes some structure on the broad exercise of judicial discretion in the application of the welfare principle above”.

En igual sentido se pronuncia Andrew Bainham,⁹¹ cuando sostiene que es una forma de restringir la discrecionalidad por medio de una “lista de criterios” que los jueces deben considerar al aplicar el “interés superior”. Estos criterios, en la legislación inglesa, no están ordenados jerárquicamente, no son exclusivos (se pueden considerar otros) y no tienen que ser considerados todos.⁹²

Parece más conveniente denominar esta técnica como lista de criterios para la determinación del interés superior del niño. En principio podría parecer suficiente la determinación de criterios encarar los riesgos derivados de la indeterminación; esos criterios podían provenir del trabajo del legislador o de los jueces. Sin embargo, esto no era suficiente para disminuir los riesgos asociados con la discrecionalidad abusiva, porque además se requiere establecer una interpretación finalista y exigencias de una motivación detallada, como medios idóneos para disminuir los riesgos de la indeterminación del interés superior del niño. En otras palabras, debe relativizarse el papel de la técnica legislativa usada para regular el interés superior del niño, en el objetivo de disminuir los riesgos de la discrecionalidad abusiva y otorgarse una mayor importancia a la forma en que se justifican las decisiones; por lo tanto, evaluar cómo se encara la argumentación cuando se aplican conceptos jurídicos indeterminados y cómo se justifican las decisiones.

Al establecer criterios –normativos o jurisprudenciales– para evaluar el interés del niño, estos actuarían como guías para la evaluación del caso y la argumentación/motivación por parte del juez.

El esfuerzo más significativo que existe en la actualidad para promover un uso del interés superior de forma compatible con los derechos, restringiendo su posible uso abusivo, es la Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos

que quiere disponer la tenencia exclusiva, pero si no indican con claridad los presupuestos para la aplicación de la normativa, la obligación de fundamentación se traduce en la explicitación de aquello que el juez entiende preferible sobre la base de sus convicciones: es suficiente que dé cuenta de por qué ha considerado que otorgar la tenencia al otro progenitor es contrario al interés del menor” (“*Interesse del minori: potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento dei figli* (L. 8 febbraio 2006, N. 54)”, en *Famiglia, Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Milán, Giuffrè Editore, 2006, Nº 6, p. 1058 (traducción tomada de *Revista Investigaciones de la Corte Suprema de la Nación Argentina*, año X, Buenos Aires, 2006, p. 146).

90 Administration for Children & Families, Child Welfare Information Gateway, *op. cit.*, p. 304.

91 Bainham, Andrew, *Children: the modern law*, Bristol, Jordan Publishing, 2005, p. 41.

92 *Ibidem*, p. 41.

del Niño,⁹³ instrumento que se analiza a continuación por considerar que contiene una síntesis muy relevante de las propuestas desarrolladas en la legislación, jurisprudencia y doctrina sobre la forma de entender ese interés y el camino a seguir en casos concretos.

7. El interés superior del niño de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño: criterios para su evaluación y determinación

El CRC considera que el interés superior es un concepto complejo, flexible y adaptable, que debe determinarse caso a caso, ajustarse a nivel individual considerando la situación concreta del niño o los niños afectados, teniendo en cuenta el contexto, la situación y las circunstancias específicas de cada niño. El enfoque para su aplicación está basado en los derechos con el fin de garantizar de forma holística sus necesidades e integridad (física, psicológica, moral y espiritual), promoviendo su dignidad humana; su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la CDN, en función del desarrollo integral de niños y niñas.

El CRC establece que el interés superior es derecho sustantivo, en tanto consideración primordial al tomar decisiones que afecten a un niño o un grupo de niños; principio jurídico interpretativo fundamental, por lo que, cuando una norma admite más de una lectura, se debe elegir la interpretación más favorable al interés superior del niño; y norma de procedimiento, por ello siempre que haya que tomar decisiones que afectan a un niño, o un grupo de niños, deben establecerse medios efectivos para evaluar y determinar el interés superior, dejando constancia de la forma en que se lo consideró.

El interés superior debe estimarse en toda medida (decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos) concerniente a un niño o un grupo de niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social (en un sentido amplio), los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Los elementos forman parte de la recomendación de los “pasos” que la CRC considera se deben seguir para evaluar y determinar el interés superior en un caso en concreto, que son: a) evaluación del interés superior del niño al caso concreto; b) y determinación del interés superior del niño en el marco de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.⁹⁴

⁹³ Observación General N° 14, *op. cit.*

⁹⁴ *Ibidem*, párrs. 46 y 47.

7.1. Evaluación del interés superior⁹⁵

Es obligación del responsable de la toma de la decisión, de preferencia con la participación de equipos multidisciplinarios y siempre con la opinión del niño, determinar los elementos pertinentes, en el contexto del caso, dotándolo de “un contenido concreto” y ponderando su importancia en relación con los demás elementos presentes.

La evaluación consiste “en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación”; esto debe realizarse teniendo en cuenta las características específicas de cada niño o niños de que trate el caso,

... como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños; por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.⁹⁶

Esos elementos deben ser valorados de forma equilibrada y “ponderados” en relación con los demás. No todos serán relevantes al caso y pueden ser utilizados de diferente manera en cada caso, porque varían de niño en niño y de caso en caso; en ocasiones pueden entrar en conflicto algunos de los elementos y la forma de enfrentar esto es la ponderación de aquellos. La ponderación, insiste el CRC, debe ser hecha en perspectiva de los objetivos que se quieren lograr con el interés superior del niño (garantizar el disfrute pleno de los derechos, el desarrollo holístico del niño y su dignidad).

El CRC recuerda que toda decisión debe tener presente que las capacidades de los niños evolucionan; por lo tanto debe considerarse que, cuando un derecho pueda ser limitado o restringido en nombre de la “protección”, en la decisión debe tomarse en cuenta la necesidad de “empoderamiento” del niño. Esto implica “el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones”; la revisión permanente de las medidas y su ajuste de acuerdo con las nuevas circunstancias, siempre evaluando “la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño”.⁹⁷

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 47 y ss.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 48.

⁹⁷ *Ibidem*, párrs. 80 a 84.

1) Algunas de las orientaciones concretas y flexibles propuestas por el CRC son:

(i) La opinión del niño, niña o adolescente,⁹⁸ en caso de que una decisión no tenga en cuenta el punto de vista del niño o no conceda a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez; no se respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

El hecho de que los niños sean muy pequeños o se encuentren en una situación vulnerable (por ejemplo, aquellos con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no los priva del derecho a expresar su opinión ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior.⁹⁹

(ii) La identidad del niño, niña o adolescente.¹⁰⁰ Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta esa diversidad al evaluar su interés superior; esa identidad abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Es verdad que los niños, niñas y jóvenes comparten necesidades universales básicas; la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades.

Por ejemplo, en los casos de determinarse la colocación en hogares de guarda o de acogida, adopción, separación de los padres a raíz del divorcio, es muy importante prestar especial atención a su identidad religiosa y cultural; y a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no se corresponden con el interés superior del niño.

(iii) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares.¹⁰¹ La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres

⁹⁸ *Ibidem*, párrs. 53 y 54.

⁹⁹ A propósito de este tema, es muy relevante la Observación General No 12, *op. cit.*

¹⁰⁰ Observación General No 14, *op. cit.*, párrs. 55 a 57.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrs. 58 a 70.

biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño dada la gravedad de los efectos que esto tiene cuando lo separan de sus padres. Dicha medida solo debería aplicarse como último recurso; por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente.

La separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a esta medida, el Estado debe proporcionar apoyo para el cumplimiento de las responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidarlo, a menos que la separación sea necesaria para protegerlo. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para la separación; tampoco debería separárselos en razón de una discapacidad suya o de sus padres.

La separación ha de barajarse solo en los casos en los que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para su seguridad. En caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada.

Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones deben asegurarse de que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga su interés superior. Cuando se separa a un niño de su familia, las decisiones adoptadas deben fijar la periodicidad y duración de las visitas y otras formas de contacto, teniendo en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas.

Cuando la relación del niño con sus padres se vea interrumpida por la migración (de los padres sin el niño o del niño sin los padres), la preservación de la unidad familiar debería tenerse en cuenta al determinar el interés superior del niño en las

decisiones relativas a la reunión de la familia. Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso.

(iv) Cuidado, protección y seguridad¹⁰² del niño. Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y su desarrollo. El bienestar, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad. El cuidado emocional es una necesidad básica; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales, se deben tomar medidas para que los niños creen lazos afectivos seguros. Ellos necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecerle un entorno estable.

Tener en cuenta su seguridad es considerar el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, laboral, los conflictos armados, etc.

Evaluar la seguridad y la integridad del niño en el preciso momento de la decisión; sin embargo, el principio de precaución también exige valorar la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad.

(v) Considerar las situaciones concretas de vulnerabilidad¹⁰³ que no serán las mismas de todos los niños en la misma situación. Se deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única; esto implica que debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su

102 *Ibidem*, párrs. 71 a 74.

103 *Ibidem*, párrs. 75 y 76.

nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario, y deben establecerse ajustes razonables en función de todo su proceso de desarrollo.

(vi) El derecho del niño a la salud.¹⁰⁴ Se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles y todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. Se le debe proporcionar toda la información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.

(vii) El derecho del niño a la educación,¹⁰⁵ que incluye el acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas.

Debe buscarse un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior; el contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general.

Algunos de estos elementos de evaluación pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso concreto y sus circunstancias; al ponderarlos hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos. Pueden existir situaciones en las que factores de "protección" que afectan al niño (que pueden implicar, por ejemplo, limitaciones o restricciones de derechos) hayan de valorarse en relación con medidas de "empoderamiento" (que implican el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones). En esas situaciones, la edad y madurez del niño deben guiar la ponderación de los elementos. Debe tenerse en cuenta el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez.

Debe tenerse en cuenta que las capacidades de los niños, niñas y adolescentes evolucionan; por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.

104 *Ibidem*, párrs. 77 y 78.

105 *Ibidem*, párr. 79.

2) La determinación del interés superior del niño es un “proceso estructurado y con garantías estrictas tomando como base la evaluación de ese interés superior”;¹⁰⁶ para ello se requiere un conjunto de salvaguardias procesales en “procesos oficiales, con garantías procesales estrictas concebidas para evaluar y determinar el interés superior del niño”.¹⁰⁷

(i) El derecho del niño a expresar su propia opinión.¹⁰⁸ Debe lograrse que participen de manera provechosa en la determinación de su interés superior; debería informarse a los niños, niñas y adolescentes sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles su opinión. Cuando el niño desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, la obligación de este es comunicar con precisión las opiniones del niño. Cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de representante, se debe establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad a fin de determinar otra fórmula de representación (por ejemplo, un curador *ad litem*), si es necesario.

(ii) La determinación de los hechos¹⁰⁹ y la información pertinente para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados. Entre otras formas de recolección de información, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes.

La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños.

(iii) Debe tenerse en cuenta la percepción del tiempo en los niños, niñas y adolescentes.¹¹⁰ Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o los afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. La decisión se debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarlo, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 47.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 87.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrs. 89 a 91.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 92.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 93.

razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión.

Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo.

(iv) La participación de profesionales cualificados.¹¹¹ Los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. El proceso de evaluación del interés superior del niño debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro con profesionales capacitados, entre otros temas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva.

(v) La necesidad de que los niños, niñas y adolescentes cuenten con representación letrada,¹¹² además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.

(vi) Exigencias concretas de argumentación jurídica.¹¹³ Cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. La motivación debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. No "basta con afirmar en términos generales que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño"; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso.

Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado; cuando excepcionalmente la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado; esto implica explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el

111 *Ibidem*, párrs. 94 y 95.

112 *Ibidem*, párr. 96.

113 *Ibidem*, párr. 97.

interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

(vii) En toda decisión deben hacerse constar los mecanismos para examinar o revisar las decisiones de forma periódica.¹¹⁴

(viii) En cada decisión debe hacerse constar cómo impactará en los derechos del niño en concreto.¹¹⁵

8. A manera de conclusión

La aplicación del interés superior del niño a casos concretos requiere la determinación de los intereses –derechos– en juego; la necesidad de satisfacer de forma integral los derechos; y la demostración –de parte de quien decide– de que su decisión contribuye a la satisfacción del interés del niño, entendida como el respeto, la garantía de derechos en función de su desarrollo integral y dignidad. Considero que el interés del niño actúa de la misma forma que el principio de proporcionalidad, es decir, obliga a que se examine lo fácticamente posible en un caso (mediante la demostración de que la decisión es adecuada y necesaria para proteger los mejores intereses del niño, niña o adolescente); y es un mandato –concreto– al juez para que “optimice” su decisión a lo que se justifique como más apto para asegurar el interés del niño, lo que debe ser entendido como la única opción jurídica posible (proporcionalidad en sentido estricto). Se podría pensar que esto nos lleva de vuelta a la idea de la única respuesta correcta; sin embargo, este no es el sentido de la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que reduciéndose las opciones al realizar este análisis no lleva a la única respuesta correcta.

No puedo dejar de expresar un alto grado de escepticismo respecto de la posibilidad de controlar de forma efectiva que las decisiones de los jueces no sean una forma de expresar sus preferencias personales, su subjetivismo, por sobre las normas y las finalidades del sistema jurídico; esto podría entenderse como resultado de la aplicación de cláusulas generales como el interés superior, en las que se pueden ocultar sin ningún problema concepciones muy particulares sobre la infancia, la familia, la sociedad. El resto es disminuir la discrecionalidad por parte de las autoridades de forma que se aseguren los derechos en juego.

114 *Ibidem*, párr. 98.

115 *Ibidem*, párr. 99.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 4

La implementación de la Convención. Efectos sobre la Política Fiscal sobre los Estados

Horacio Guillermo Corti¹

¹ Doctor en derecho. Profesor Titular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario (Universidad de Buenos Aires). Director del posgrado en Derecho Tributario de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Finanzas Públicas, de la carrera de doble titulación en Derecho franco argentino de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y la Universidad del Salvador.

Autor de, entre otros libros, *La vocación filosófica* (Adriana Hidalgo, 2009); *La guerra silenciosa. Lecturas de filosofía del derecho* (EUDEBA, 2000), *Derecho Financiero* (Abeledo Perrot, 1997), *Derecho Constitucional Presupuestario* (Lexis Nexis, 2007), premiado por la Academia Nacional de Derecho, y *Derecho a la Ciudad: conquista política y renovación jurídica* (Jusbaires, 2018). Investigador Categoría I de la UBA (máxima categoría otorgada por la Universidad). Investigador en Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Finanzas Públicas y Derecho Financiero.

Defensor General del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue Magistrado de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y Presidente del Consejo de la Magistratura, ambos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ARTÍCULO 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

1. Reflexiones preliminares

1.1. El art. 4 se refiere a las obligaciones que asume el Estado con respecto a la implementación de la Convención.² Hay una visión amplia de las medidas que deben adoptarse, como lo muestra la expresión “y de otra índole” del texto. Esto incluye las de carácter legal, pero su radio de acción es más extenso. En un doble sentido. Por un lado, hay medidas de carácter normativo, que incluyen todos los niveles jerárquicos de los sistemas jurídicos (leyes, reglamentos, etc.). Por otro, hay medidas institucionales, organizativas, referidas a las políticas públicas. La Convención no se limita a la reforma legal, sino que obliga a una reingeniería de las instituciones públicas a fin de proporcionar adecuado cumplimiento a su objetivo: darle efectividad a los derechos consagrados.³

1.2. Ahora bien, una de las problemáticas centrales que expone el art. 4 se refiere a las dificultades que le plantea a la implementación de la Convención la insuficiente asignación de recursos por parte de los Estados.⁴ Esto ha llevado a los diferentes actores del Derecho Internacional de Derechos Humanos (en adelante, DIDH) –entre ellos, el Comité de Derechos del Niño (en adelante, CDN)– a generar una doctrina sobre la política fiscal. Es decir, se trata de explicitar y desarrollar qué consecuencias implica para la política fiscal de los Estados la existencia del DIDH. Dichas consecuencias, que en un primer momento se referían a la política presupuestaria, hoy se extienden a todos los instrumentos financieros, fundamentalmente los tributos y la deuda pública.⁵

1.3. Una de las peculiaridades del art. 4 de la Convención reside en su redacción. El texto consta de dos párrafos: el primero se refiere, genéricamente, “a los derechos reconocidos en esta Convención”; el segundo, en particular, “a los derechos económicos, sociales y culturales”. Estos párrafos guardan relación, respectivamente, con el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante,

² De aquí en más, para facilitar la exposición, al referirme a la “Convención” estoy indicando la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Sobre el “reduccionismo legal”, ver: Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, Cap. II & 5.

⁴ Una visión general sobre el tema la he expuesto en Corti, Horacio, “La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles en ‘Política fiscal y Derechos Humanos’, *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, año 9, N° 17, 2019. Muchos aspectos aquí solo mencionados encuentran en dicho texto un desarrollo más profundo.

⁵ Ver: Nolan, Aoife, O’Connell, Rory y Harvey, Colin (ed.), *Human rights and Public Finance. Budget & the promotion of economic and social rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013; Saul, Ben, Kinley, David y Mowbray, Jacqueline, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford University Press, 2016, pp. 143-144; O’Connell, Rory, Nolan, Aoife, Harvey, Colin, Dutschke, Mira y Rooney, Eoin, *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources*, Routledge, 2014.

PIDCP) y el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC).⁶ El CDN ha señalado, a partir de las similitudes en las redacciones, que las Observaciones Generales dictadas por el Comité de Derechos Humanos (en adelante, CDH) (sobre el art. 2 del PIDCP) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) (sobre el art. 2 PIDESC) deben considerarse complementarias de la propia Observación General dictada por el CDN referida al art. 4.⁷ Ahora bien, no hay mayores problemas sobre el primer párrafo y las normas generales de implementación contenidas en el PIDCP. Más compleja, en cambio, es la relación con el PIDESC. En particular, porque este contiene la expresión “para lograr progresivamente”, que no figura en el art. 4. La situación se complejiza aún más al considerar las diferentes redacciones de artículos particulares de la Convención. Así, el art. 23.2, referido al derecho del niño impedido de recibir cuidados especiales, contiene la cláusula “con sujeción a los recursos disponibles”; el art. 24.4, referido al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, dispone que los Estados se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional “con miras a lograr progresivamente la plena realización” del derecho; el art. 26, referido al derecho a la seguridad social, no contiene ninguna especificación, ya que establece, sin más, la obligación de adoptar “las medidas necesarias para lograr la plena realización” del derecho (lo mismo sucede con la redacción del art. 31), mientras que, en fin, el art. 27, referido al derecho a un nivel de vida adecuado, emplea la expresión “con arreglo a sus medios”. Por otra parte, el art. 28, referido al derecho a la educación, no contiene ninguna especificación, en tanto que el adverbio “progresivamente” que figura en el encabezado del punto 1 alude al grado de maduración del niño, no a la obligación de progresividad.

Sin perjuicio de la diferencia de redacción entre el PIDESC (art. 2.1) y la Convención (art. 4), el CDN ha señalado que el art. 4 introduce la idea de la “realización pro-

⁶ El art. 2.2 del PIDCP dice que “[c]ada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”; mientras que el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

⁷ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/5, 3 de octubre de 2003, párr. 5. En igual sentido, con respecto a los presupuestos, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 19 “sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos de los niños (art. 4)”, CRC/C/GC/19, 6 de diciembre de 2016, párr. 9.

gresiva” de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC).⁸ Según esta óptica, habría una estrecha conexión conceptual entre las expresiones “realización progresiva” y “máximos recursos disponibles” que estaría presente en ambos tratados (PIDESC y la Convención), más allá de sus diferencias textuales de redacción.

1.4. Esta breve consideración preliminar nos presenta una serie de complejos interrogantes, dos de ellos los más evidentes: cuál es la relación que cabe establecer entre el PIDESC y la Convención, y qué derechos particulares de la Convención se califican de DESC y están incluidos en el ámbito de aplicación del segundo párrafo del art. 4.⁹

El CDN efectúa dos consideraciones generales al respecto, pero que por sí solas no permiten una respuesta concluyente. En primer lugar, afirma las propiedades de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.¹⁰ En segundo lugar, señala que no hay ninguna división sencilla o digna de fe de los derechos humanos en general.¹¹

Ciertamente, la interdependencia y la indivisibilidad son propiedades de los derechos que se han ido abriendo camino en el DIDH.¹² Ello no impidió, por ejemplo, que en su momento se dictaran dos pactos diferenciados (PIDCP y PIDESC), donde justamente una de las divergencias esenciales radica en la redacción de los arts.

⁸ Observación General N° 5, *op. cit.*, párr. 6.

⁹ Sobre estos interrogantes remito a Nolan, Aoife, “*Economic and Social Rights, Budgets and the Convention on the Rights of the Child*”, en *The International Journal of Children’s Rights* Vol. 21, Issue 2, enero de 2013.

¹⁰ Observación General N° 5, *op. cit.*, párr. 6. En sentido similar, Corte IDH, casos “Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C n° 298, párrafo 172; “Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafo 4 del voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli; entre otros.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Ver: Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Proclamación de Teherán*, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13; *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 32/130, Asamblea General, 1977; *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 4 de diciembre de 1986; *Declaración y programa de acción de Viena*, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, párr. 5; Resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Res/60/1, 24 de octubre de 2005, párr. 13; Preámbulo del *Protocolo de San Salvador*. También estas propiedades serán destacadas por las reuniones de expertos y los documentos resultantes. Ver: Principio General I.5 de los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; principio A.3 de los *Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración de Quito*, párr. 14. Ver también: ONU, *Realización de los DESC. Informe definitivo* presentado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 16 de julio de 1992. Y hoy son un lugar común de la doctrina dedicada a los derechos humanos. Ver, por ejemplo, entre muchos otros: Hennebel, Ludovic y Trigoudja, Helene, *Traité de droit international des Droits de l’homme*, Pedone, 2016, parágrafo 39, p. 71, quienes se refieren a la existencia de una serie de principios de coherencia del sistema: la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad. Van Boven, Theo, “Categories of Rights”, en Moeckli, Daniel; Shah, Sangeeta y Sivakumaran, Sandesh, *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 140.

2.2 y 2.1 de ambos pactos antes mencionados.¹³ ¿Cuál fue el fundamento para regular de forma distinta ambos grupos de derechos? A mi entender jugó allí la creencia errónea de que los derechos civiles y políticos no tienen costos (no dependen causalmente de los recursos disponibles), cualidad que solo poseen los DESC.¹⁴ De ahí la necesidad de una regulación jurídica diferenciada que capture la naturaleza propia de cada tipo de derechos.¹⁵ Sin embargo, un examen atento de los derechos muestra que todos ellos implican algún nivel de actividad pública y, por ende, algún nivel correlativo de costo financiero. En todo caso, habrá una diferencia de grado entre los derechos (de los menos costosos a los más costosos), que no necesariamente habrá de coincidir con la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y DESC, por otro. Y una diferencia de grado en cuanto a los costos diluye la pretendida diferencia de naturaleza. Se produce entonces la siguiente situación: aun cuando todos los derechos dependan causalmente de los recursos, esa nota solo se consideró relevante al momento de regular los DESC, creándose así una regulación jurídica específica, que forma parte del derecho positivo. Por lo tanto, derechos civiles y políticos y DESC tienen regímenes jurídicos diferentes.¹⁶ Esto significa que las propiedades de interdependencia e indivisibilidad en su momento no fueron suficientes para lograr una regulación jurídica única de todos los derechos, lo que no quita que, luego de la entrada en vigencia de ambos pactos, haya sido uno de los tópicos centrales para moderar la diferencia entre ambos regímenes jurídicos y afirmar características comunes a todos los derechos. Ejemplo de esto último es la generalización de la justiciabilidad como propiedad de todos los derechos.¹⁷

13 Algunos señalamientos históricos: la Declaración Universal de 1948 contiene en un único texto el conjunto de los derechos, pero incluye diferencias de redacción al momento de postularlos (ver la expresión "mediante el esfuerzo nacional" contenida en el art. 22). Si bien en 1950 primaba la idea de interdependencia e indivisibilidad (ver: Craven, Matthew, *The drafting of the Covenant*, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002), en 1952 se dicta la llamada resolución de la separación, que da lugar a la preparación de dos convenciones; ver: ONU, Asamblea General, *Resolución sobre la Preparación de dos Proyectos de Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos*, A/RES/543 (VI), 5 de febrero de 1952, que serán adoptadas en 1966 y entrarán en vigencia en 1976.

14 Ver el relato de de Schutter, Olivier, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 18.

15 Por "naturaleza" de un derecho me refiero a sus estructuras conceptuales y normativas, no a una supuesta esencia natural de los derechos.

16 En su origen había otras dos diferencias de regulación jurídica: el establecimiento de un mecanismo institucional de monitoreo y la posibilidad de hacer presentaciones individuales. Ambas diferencias han sido superadas.

17 Comité DESC, Observación General N° 9 "La aplicación interna del Pacto", E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Sobre la judicialización, el texto básico sigue siendo el de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Ver también: Comisión Internacional de Juristas, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los DESC. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, 2009. Comité DESC, Observación General N° 12 "El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)", E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 32. Comité DESC, Observación General N° 9, op. cit. párr. 10. Comité DESC, "Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto", E/C.12/ESP/CO/5, 2012, párr. 6. *Statement by Ms. Louise Arbour, High Commissioner for Human Rights to the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 31

1.5. Una de las formas que ha tenido la práctica del DIDH de realizar en concreto la indivisibilidad de los derechos es a través del desarrollo de esquemas obligacionales que son transversales a los derechos.¹⁸ Es decir, todos los derechos implican obligaciones para los Estados y estas obligaciones se clasifican, en general, con independencia de la categoría de derechos de que se trate. Es una estrategia superadora de la bipartición clásica (y falaz) entre derechos que implican obligaciones negativas y aquellos que imponen obligaciones positivas. En cambio, se afirma que todos los derechos implican un espectro de obligaciones, tanto negativas como positivas. Si bien la doctrina fue generando diversas clasificaciones, se ha ido imponiendo la de carácter tripartito, que se refiere a obligaciones de respetar, de proteger y de realizar (y esta última, a su vez, contiene las obligaciones de facilitar, hacer efectivo y de promover).¹⁹

1.6. Dicho esto, cabe destacar que la Convención establece una protección especial respecto de los derechos de los niños. De ahí que, a mi entender, los pactos vertebrales del DIDH (PIDCP y PIDESC) aportan una base, un piso, de derechos e interpretaciones que es suplementado, reforzado y especificado con respecto a los niños por parte de la Convención. Esta situación es la que justifica la postulación (y luego el desarrollo interpretativo) de estándares de protección comparativamente más exigentes, sobre la base de la situación de vulnerabilidad absoluta que caracteriza a los niños.²⁰

Efectuadas estas reflexiones preliminares sobre el problema fundamental que alberga el art. 4 y sobre las dificultades de interpretación que él plantea, pasemos a considerar cada uno de los párrafos que lo componen, sobre la base de lo postulado por el CDN en la mencionada Observación General Nº 5, párr. 5.²¹

de marzo, 2008. Comité de Derechos del Niño, *Declaración en el marco del Día de discusión general sobre "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados"*, 5 de octubre de 2007 párr. 44. Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 5, op. cit., párr. 6. in fine. Una síntesis de mi visión acerca del control judicial sobre derechos humanos y presupuestos públicos se puede ver en Corti, Horacio, "Modelos de control judicial de las restricciones financieras en el derecho comparado: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina sobre el derecho a la vivienda", en *Derecho a la Vivienda en Argentina y Francia/Droit au logement en Argentine et en France*, Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 8, Nº 16, 2018.

18 Ver: Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2003, quien realiza un detallado estudio sobre las diferentes teorías propuestas sobre las obligaciones de los Estados.

19 Comité DESC, Observación General Nº 12, op. cit., párr. 15. En observaciones posteriores se incluyó la obligación de promover como aspecto de la obligación de realizar.

20 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), "Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala". Tal como señala Diego Freedman: "La protección especial de la infancia se traduce en deberes específicos en el ámbito presupuestario" ("La protección especial de la infancia mediante el presupuesto", en *Derechos Humanos y Restricciones Financieras*, año 7, Nº 11, p. 293.

21 Me refiero al carácter complementario de las Observaciones Generales de los Comités que monitorean el PIDCP y el PIDESC.

2. El primer párrafo del art. 4

Este párrafo impone obligaciones de implementación de carácter incondicionado, es decir, sin tener dependencia jurídica alguna respecto de los recursos disponibles.

Es interesante notar que el CDH tuvo que considerar el asunto, en la medida en que se planteó el debate sobre la incidencia de la insuficiencia de recursos como eventual razón jurídica para justificar una implementación parcial del PIDCP. Esto demuestra, en los hechos, que los derechos civiles y políticos también dependen causalmente de los recursos, a pesar del presupuesto conceptual contrario que jugó para distinguir ambas categorías de derechos.

Ya desde un inicio, el CDH entendió que el mencionado art. 2.2 “exige que los Estados Partes dicten las disposiciones legislativas o de otro carácter que sean necesarias y proporcionen los recursos requeridos para aplicar el Pacto”.²²

Este enfoque, basado en el deber de asignar recursos financieros, fue sostenido a lo largo del tiempo.

Así, de acuerdo con la Observación General Nº 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto,

... la obligación consignada en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto no admite reservas y es inmediata. No se puede justificar el incumplimiento de esta obligación haciendo referencia a consideraciones de carácter político, social, cultural o económico dentro del Estado.²³

Como se ve, estamos en un plano jurídico-normativo, ya que el Comité enuncia un deber (asignar recursos) y descalifica una eventual razón para justificar el incumplimiento de ese deber (consideraciones de carácter económico).

En textos referidos a derechos en particular, ya la Observación General Nº 9 del CDH, dedicada a los derechos de las personas privadas de la libertad (art. 10 del PIDCP), establecía que los derechos civiles no pueden depender enteramente de los recursos materiales del Estado Parte.²⁴

²² Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 2 “Orientaciones para presentar in-formes”, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 28 de junio de 1981, párr. 2.

²³ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 31 “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 14.

²⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 9 “Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10)”, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 30 de julio de 1982, párr. 1.

Luego, en la Observación General Nº 21, que sustituyó a la referida Observación General Nº 9, en su párrafo 4, se considera que

... tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.²⁵

También se encuentran referencias sobre la imposibilidad de alegar problemas presupuestarios para no cumplir con las obligaciones del Pacto en casos individuales sometidos a consideración del CDH, donde se aplican las interpretaciones generales. Por ejemplo, en el caso *“Womah Mukong Vs. Cameroon”*, el Comité sostuvo que los Estados deben cumplir con los estándares mínimos en materia de respeto a las condiciones de detención de las personas privadas de la libertad en toda circunstancia, incluso si existen obstáculos presupuestarios que hicieran difícil alcanzar estas condiciones.²⁶

Es decir, de acuerdo con una doctrina que podemos considerar consolidada, y plasmada a través de diferentes documentos generales y particulares, no resulta legítimo, en ninguna circunstancia, alegar restricciones presupuestarias para justificar la lesión de los derechos civiles y políticos contenidos en el Pacto. Los Estados tienen la obligación de asignar los recursos suficientes para garantizar los derechos civiles y políticos. En otros términos, se encuentra prohibido limitar, reducir o cercenar el alcance de los derechos por causas presupuestarias. Y dicha prohibición es absolu-

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 21 “Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10)”, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 10 de abril de 1992, párr. 4.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, *“Womah Mukong Vs Cameroon”*, Communication Nº 458/1991, CCPR/C/51/D/458/1991, 10 de agosto de 1994, párr. 9.3: “En cuanto a las condiciones de detención en general, el Comité observa que deben observarse ciertas normas mínimas relativas a las condiciones de detención independientemente del nivel de desarrollo de un Estado Parte. Estos incluyen, de conformidad con las Reglas 10, 12, 17, 19 y 20 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos [Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobado por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977], espacio mínimo de suelo y contenido cúbico de aire para cada preso, instalaciones sanitarias adecuadas, degradación o humillación, provisión de una cama separada y provisión de alimentos de valor nutricional adecuados para la salud y la fuerza. Cabe señalar que se trata de requisitos mínimos que el Comité considera que deben respetarse siempre, aun cuando consideraciones económicas o presupuestarias puedan dificultar el cumplimiento de estas obligaciones. Del expediente se desprende que estos requisitos no se cumplieron durante la detención del autor en el verano de 1988 y en febrero/marzo de 1990”. Sobre los derechos de las personas menores de edad privadas de libertad, pueden consultarse, Corte IDH, casos “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C n° 112; entre otros.

ta, pues no se encuentra sujeta a excepciones o a causales de justificación.

Las *causas* financieras –que efectivamente pueden existir al estar ante derechos causalmente dependientes de los recursos– no pueden convertirse en *razones* jurídicas legítimas justificantes. Y ello sin excepciones. Es decir, aquellas causas no pueden ser la base para hacer estos derechos jurídicamente dependientes de los recursos financieros.

Todas estas consideraciones del CDH son aplicables al primer párr. del art. 4 de la Convención.

3. El segundo párrafo del art. 4: la situación de los DESC

Tal como señalamos, el CDN afirma la conexión conceptual entre la referencia a los recursos disponibles y la idea de progresividad.

La línea estratégica del Comité DESC se basa en sostener que no todas las obligaciones derivadas del Pacto tienen un carácter progresivo. Dicha idea ha conducido a clasificar dichas obligaciones en inmediatas y progresivas. Es decir, el hecho mismo de la suscripción del Pacto implica la asunción de obligaciones inmediatas. Y, justamente, el criterio para distinguir obligaciones inmediatas y progresivas pasa por la referencia a los recursos disponibles. Esto significa que las obligaciones inmediatas respecto de los DESC son incondicionadas (tienen el mismo estatus normativo que las obligaciones derivadas del PIDCP), mientras que las obligaciones progresivas se encuentran vinculadas a la cuestión de los recursos disponibles.

Esta línea argumental implica que hay un bloque de obligaciones inmediatas que son comunes a todos los derechos, con independencia de su categorización. Por lo tanto, una primera tarea consiste en reconstruir cuáles son dichas obligaciones inmediatas.

Previo a sintetizar el contenido de tales obligaciones, es preciso efectuar otra aclaración. Tal como podemos apreciar, la cuestión de los recursos disponibles –en otros términos, la dimensión financiera de los derechos humanos– tiene una incidencia global sobre el DIDH. No se trata de una cuestión particular, sino de un aspecto estructural del sistema de los derechos. Por tal razón, los diferentes actores del DIDH han desarrollado, de forma pausada pero constante, una doctrina sobre la política

fiscal de los Estados que limita su discrecionalidad.²⁷ Esta circunstancia explica por qué vamos a encontrar la dimensión financiera en un doble plano de incidencia. Primero: es el criterio para distinguir obligaciones inmediatas y progresivas. Segundo: la dimensión financiera también hará al *contenido* de las obligaciones inmediatas y progresivas. El asunto quedará más claro al apreciar dicho contenido.

3.1. Las obligaciones inmediatas de los Estados

Es posible identificar al menos cuatro obligaciones inmediatas de los Estados: a) la de tomar medidas; b) la de no discriminar; c) la de asegurar un contenido mínimo de los derechos consagrados; y d) la de vigilar la medida de la realización de los derechos.

Veamos muy brevemente algunos aspectos de dichas obligaciones, en particular en cuanto a su proyección a la materia financiera.

3.1.a. La obligación de tomar medidas

Como en todos los aspectos de las convenciones, los actores del sistema del DIDH han ido evolucionando en la comprensión y en el alcance que se otorga a sus disposiciones. Así ha sucedido con la obligación de tomar medidas. Creo que hay cinco pasos interpretativos en dicho desarrollo. Primero se destacó la amplitud del concepto de medidas, donde son todas las que resulten necesarias para lograr la efectividad de los derechos (medidas legales, reglamentarias, institucionales, económicas, etc.; también las de carácter financiero). En segundo lugar se ha sostenido que tomar medidas significa realizar planes referidos a los derechos, que incluyan cronogramas, metas, indicadores, recursos y responsables, entre otros aspectos. Para resumir, las medidas deben estar planificadas. En tercer lugar, se amplió el enfoque para sostenerse la obligación de organizar las políticas públicas en términos de derechos humanos, en el caso, en término de derechos de los niños. Y en cuarto lugar, se ha puesto el énfasis en las políticas fiscales, entre ellas las presupuestarias. En este punto, el CDN ha sido particularmente activo,

²⁷ "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/26/28, 22 de mayo de 2014, párr. 4. En igual sentido, la Comisión Interamericana (en adelante, CIDH) destacó que "las obligaciones de derechos humanos no establecen políticas fiscales específicas, sino que los diferentes tratados de derechos humanos disponen ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados en la formulación de estas" (CIDH, "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 7 de septiembre de 2017, párr. 494).

destacándose dos documentos: las Recomendaciones de 2007 y la ya citada Observación General Nº 19. Dada la importancia que le ha otorgado el CDN a este aspecto, detengámonos un momento en él. Luego continuaremos con el quinto paso, referido al buen gobierno.

La visión del CDN puede resumirse de la siguiente forma: todo el proceso presupuestario debe ser repensado en función de los derechos de los niños. El CDN toma una visión estándar del ciclo presupuestario (planificación, aprobación, ejecución y seguimiento) e indica pautas para rediseñar cada una de esas etapas desde la óptica de los derechos.²⁸ Veamos las cuestiones centrales expuestas.

En primer lugar, la planificación del presupuesto. Aquí el Comité distingue cuatro aspectos: la evaluación de la situación; la legislación, políticas y programas; la movilización de recursos; y la elaboración propiamente dicha de los presupuestos públicos.

Para poder planificar adecuadamente, se requiere una evaluación de la situación económica y del grado de protección de los derechos previstos en la legislación y en las políticas públicas existentes.²⁹ Para ello es necesario que los Estados investiguen las repercusiones que las decisiones presupuestarias tuvieron en el pasado o podrían tener en el futuro sobre los derechos.³⁰

En segundo lugar, los Estados deben adoptar todas las medidas posibles para garantizar que todas las leyes, políticas y programas se ajusten al DIDH y no impidan que los derechos allí previstos sean efectivos.³¹ El CDN destaca, también, la importancia de que los Estados Partes

... hagan estimaciones de gastos de los proyectos de legislación, políticas y programas que afectan los derechos, a fin de determinar el nivel de recursos financieros necesarios y facilitar que los planificadores de presupuestos y los responsables de tomar las decisiones pertinentes en los poderes ejecutivo y legislativo puedan tomar decisiones informadas sobre los recursos necesarios para la aplicación de tales proyectos.³²

En tercer lugar, el Comité destaca la relevancia de la legislación, las políticas y los

²⁸ Sobre las etapas del ciclo presupuestario, me remito a Corti, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Cap. VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

²⁹ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 19, *op. cit.*, párr. 67.

³⁰ *Ibidem*, párr. 69.

³¹ *Ibidem*, párr.70.

³² *Ibidem*, párr. 73.

sistemas de los Estados con respecto a la movilización de ingresos y la solicitud de préstamos a fin de mantener los recursos disponibles para garantizar los derechos.³³ En este sentido, el CDN exige que los Estados adopten medidas sostenibles para movilizar los recursos internos a nivel nacional y subnacional, como los impuestos y los ingresos no tributarios (como la cooperación internacional). En esta tarea, los Estados deben evitar el impacto desproporcionado de las medidas de obtención y movilización de recursos en sectores vulnerables de escasos recursos económicos.³⁴

Efectuadas estas consideraciones, el Comité se refiere en particular a la elaboración del presupuesto. Aquí es fundamental que las clasificaciones presupuestarias, además de seguir los estándares internacionales y ser homogéneas en los diferentes niveles de gobierno, tengan en cuenta los derechos de los niños. Y, dentro de esta clasificación, que se distingan los gastos a través de subcriterios como la edad, el género o la situación de vulnerabilidad. De esta forma, los Estados pueden “determinar qué asignaciones presupuestarias están directamente asignadas a los niños”.

Se aprecia que este enfoque puede generalizarse a todos los derechos (salud, educación, vivienda, agua, etc.) y a todos los colectivos que resulta pertinente identificar en términos de derechos humanos (el Colectivo LGTB, mujeres, discapacitados, personas mayores, pueblos indígenas, migrantes, etc.), a fin de otorgarles una protección singular, pues viven privaciones fruto de desigualdades históricas y estructurales.

En resumen, los presupuestos, en general confeccionados por los poderes ejecutivos de los Estados, deben elaborarse a través de técnicas que permitan identificar los gastos dedicados a los derechos humanos y a los colectivos singularmente protegidos en los diversos pactos.

Elaborado el presupuesto, el Comité pasa a analizar la siguiente etapa del ciclo: la aprobación.

Esta es una etapa que se encuentra a cargo de los poderes legislativos. Para realizar su tarea, los legisladores deben contar con la información, el tiempo, los recursos y la autonomía suficientes para examinar las propuestas presupuestarias desde la perspectiva de los derechos y, cuando corresponda, solicitar que se modifiquen, a fin de promover los derechos de conformidad con las pautas del

³³ *Ibidem*, párr. 73.

³⁴ *Ibidem*, párrs. 73 y 76.

DIDH.³⁵ Asimismo, es necesario que los presupuestos aprobados “se clasifiquen de manera que puedan hacerse comparaciones entre los gastos previstos y efectivos y se pueda supervisar la aplicación del presupuesto en lo relativo a los derechos (...)”.³⁶ Por otra parte, el CDN considera el presupuesto como “un documento público que no solo es esencial para el Estado y las cámaras legislativas de ámbito nacional y subnacional, sino que también debe ser accesible para la sociedad civil”.³⁷

Para asegurar la participación, los legisladores “pueden celebrar audiencias sobre las propuestas presupuestarias con las partes interesadas del Estado, entre ellas la sociedad civil, los defensores de la infancia y los propios niños”.

Ya aprobado el presupuesto, sigue la etapa de su ejecución. Sobre dicho momento, el CDN se refirió a la importancia de la transferencia y gasto de los recursos disponibles y estableció que “los Estados Partes deben adoptar y mantener mecanismos y sistemas de financiación pública transparentes y eficientes a fin de asegurar la rentabilidad de los bienes y servicios adquiridos para promover los derechos”.³⁸

En materia de ejecución presupuestaria, el CDN exige que

...los Estados partes tienen el deber de descubrir y corregir las causas fundamentales de la ineficacia e ineficiencia del gasto público; por ejemplo, la mala calidad de los bienes o servicios, la inadecuación de los sistemas de contratación o gestión financiera, las desviaciones de fondos, las transferencias fuera de tiempo, la indefinición de las funciones y responsabilidades, la escasa capacidad de absorción, la debilidad de los sistemas de información presupuestaria y la corrupción. Cuando los Estados partes derrochan o gestionan mal los recursos destinados a promover los derechos (...), tienen la obligación de explicar los motivos y mostrar cómo se han abordado las causas del problema.³⁹

En este sentido, el CDN requiere a los Estados que durante el ejercicio presupuestario supervisen los resultados de los gastos, a fin de poder intervenir para adoptar

³⁵ *Ibidem*, párrs. 88 y 89.

³⁶ *Ibidem*, párr. 92.

³⁷ *Ibidem*, párr. 93.

³⁸ *Ibidem*, párr. 94.

³⁹ *Ibidem*, párr. 95.

medidas correctivas rápidamente.⁴⁰ Asimismo, los Estados

... deben supervisar y analizar la recaudación de ingresos, además del alcance y los resultados de los gastos efectivos (...) durante el ejercicio presupuestario y de un año a otro, entre otras cosas en términos de disponibilidad, calidad, accesibilidad y distribución equitativa de los servicios. Se insta a los Estados partes a que se aseguren de que disponen de recursos y de capacidad para efectuar esas labores de supervisión y análisis, también respecto de los servicios externalizados al sector privado.⁴¹

Sobre el modo en que los Estados deben supervisar la ejecución del presupuesto, el CDN elaboró indicaciones específicas, a saber: a) establecer comparaciones entre lo presupuestado y el gasto real en distintos niveles administrativos de diferentes sectores sociales; b) publicar un informe exhaustivo de mitad de período, que incluya los gastos efectivos realizados, los ingresos movilizados y la deuda contraída hasta la mitad del ejercicio presupuestario; c) publicar con mayor frecuencia (mensual o trimestralmente, por ejemplo) informes durante el ejercicio.⁴²

Además, el CDN considera clave que los Estados creen mecanismos públicos de rendición de cuentas que permitan también a la sociedad civil supervisar los resultados del gasto público.⁴³ Finalmente,

... los Estados partes deben disponer de procesos de control interno y auditoría para velar por que se apliquen las normas y procedimientos asociados a los gastos efectivos relativos a los [derechos], y que se respeten los procesos de contabilidad y presentación de informes.⁴⁴

Finalmente, el ciclo se cierra con la etapa del seguimiento del presupuesto. Este paso exigirá la elaboración de informes y evaluaciones de fin de ejercicio. Según el CDN,

... [l]os informes presupuestarios de fin de ejercicio permiten a los Estados contabilizar, a nivel nacional y subnacional, los ingresos, los préstamos, la cooperación internacional y los gastos efectivos del Estado en relación con los derechos (...). Este tipo de informes son la base sobre la que la sociedad civil y el poder

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 96.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 100.

⁴² *Ibidem*, párr. 101.

⁴³ *Ibidem*, párr. 102.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 103.

legislativo examinan el rendimiento del presupuesto del ejercicio anterior y, en caso necesario, plantean sus preocupaciones sobre los gastos efectivos.⁴⁵

Es importante que en los informes de fin de ejercicio figuren todos los ingresos recaudados y los gastos efectivos que afectan a los derechos y que sean publicitados.⁴⁶

Cerremos aquí la referencia a la reingeniería de la política presupuestaria a la luz de la Convención. Pasemos al quinto paso interpretativo de la expresión “tomar medidas”. Los diferentes comités han avanzado en explicitar algunas condiciones institucionales referidas a los derechos, cuyo aseguramiento tiene un carácter inmediato, y se encuentran incluidas en la obligación de tomar medidas. Ellas han sido sintetizadas por la expresión “buen gobierno”.⁴⁷ Al menos hay cuatro dimensiones para tener en cuenta: a) el acceso a la justicia; b) la participación; c) la transparencia y el acceso a la información pública; y d) la rendición de cuentas (sobre la que ya nos referimos). El espacio de este comentario impide explayarnos sobre cada uno de estos puntos. Solo destacamos que: 1) todos los derechos consagrados en los pactos son justiciables; toda persona afectada debe tener acceso a acciones y recursos judiciales adecuados; 2) la justiciabilidad requiere, además, a) independencia de los órganos jurisdiccionales; b) garantizar la igualdad en el acceso a través, por ejemplo, de defensorías públicas de carácter gratuito; c) garantizar la igualdad de las partes durante todas las etapas de los procesos judiciales, incluida la ejecución de la sentencia; d) financiación suficiente de las instituciones judiciales; 3) el hecho de estar involucradas cuestiones financieras no es un obstáculo para la justiciabilidad de los derechos; 4) todos los aspectos de la política fiscal deben garantizar la participación de los titulares de los derechos, así como de la sociedad civil y de los defensores de derechos humanos; 5) todos los aspectos de la política fiscal deben ser transparentes. No puede haber genuina participación pública sin la garantía de un derecho a acceder a la información. Toda la información financiera debe construirse de forma clara y comprensible y debe estar disponible para a) todas las instituciones gubernamentales; b) los titulares de los derechos, y c) la sociedad civil.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 104.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 105.

⁴⁷ Comité DESC, Observación General N° 12, *op. cit.*, párr. 23.

3.1.b. La obligación de no discriminar y el principio de igualdad

El principio de igualdad es una de las piedras angulares del DIDH, al que incluso se ha calificado como parte del *ius cogens*.⁴⁸ En cuanto a la visión general en la Convención, remito al comentario del art. 2. Aquí solo quisiera mencionar su proyección a la política fiscal: 1) las políticas fiscales se encuentran sujetas a los principios de igualdad y no discriminación, que no son jurídicamente dependientes de los recursos disponibles; 2) las reglas financieras deben tratar de forma igual a todas las personas, sin hacer distinciones o diferencias arbitrarias. Una distinción financiera es compatible con el sistema de derechos humanos si es razonable y objetiva, persigue un fin legítimo y existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado; 3) una asignación inadecuada de recursos puede dar lugar a una discriminación no manifiesta; 4) deben realizarse políticas fiscales, tanto al nivel de los recursos como de los gastos, para eliminar las desigualdades de hecho (hoy muchas de ellas de carácter estructural, colectivo e interseccional) en el goce de los derechos; 5) para erradicar la discriminación sustantiva y eliminar las desigualdades estructurales e interseccionales, deben tomarse medidas financieras especiales que establezcan diferencias y tratos preferentes; 6) no hay posibilidad de remover las desigualdades sustantivas, estructurales e interseccionales sin políticas fiscales de redistribución de la riqueza. Ello requiere, por ejemplo, a) privilegiar los tributos progresivos sobre los regresivos; b) privilegiar los gastos públicos vinculados a derechos sobre los gastos dedicados a otros fines estatales.

3.1.c. La obligación de asegurar un contenido mínimo de los derechos

La afirmación de obligaciones inmediatas, aplicada al alcance normativo de los derechos, ha dado lugar al desarrollo de un esquema conceptual basado en la distinción entre el contenido mínimo y el contenido pleno.⁴⁹ La idea central es que hay un contenido mínimo de los DESC que debe ser asegurado con independencia de los recursos disponibles.

Al respecto, el CDN ha tenido una visión de mayor nitidez que la expuesta por el Comité DESC. Este último, según mi lectura, ha tenido una visión estrecha en sus inicios (en particular en la Observación General Nº 3), que ha ido evolucionando

⁴⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 18 "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", 17 de septiembre de 2003.

⁴⁹ Se trata de un enfoque alternativo al ya clásico, basado en el concepto de contenido esencial de los derechos vinculado a las llamadas cláusulas de limitación.

a partir de la Observación General Nº 14, donde se introduce la categoría de contenido no derogable de los derechos. El CDN, en cambio, ha sostenido de forma nítida que el contenido mínimo no está sujeto a los recursos disponibles.⁵⁰

Otra discusión clave sobre el contenido mínimo radica en la dilucidación de su alcance. A mi entender hay dos lecturas en disputa. Una, que cabe llamar minimalista, vincula el contenido mínimo con aquello que se requiere para asegurar la supervivencia de la persona.⁵¹ Otra, que es la que considero adecuada y se encuentra plasmada en varios documentos del DIDH, vincula el contenido mínimo con las condiciones necesarias para asegurar una vida digna.⁵²

3.2. Las obligaciones progresivas

Hay al menos tres obligaciones de carácter progresivo: a) la de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos; b) la de asignar el máximo de los recursos disponibles; y c) la de no retroceder.

3.2.a. La obligación de avanzar

Mientras el contenido mínimo debe garantizarse de forma inmediata, los Estados tienen la obligación de avanzar a fin de asegurar, en un tiempo razonable, el contenido pleno del derecho, que es el que en definitiva pretende consagrar la Convención.

Avanzar significa tomar medidas que deben reunir tres características básicas: a) ser deliberadas (intencionalidad); b) ser idóneas para concretar la plena efectividad (causalidad); y c) tener perduración en el tiempo (continuidad).

50 Comité de Derechos del Niño, *Recomendaciones surgidas del Día de Discusión General "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados"*, 21 de septiembre de 2007, párr. 48. Ver también: *Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*, párr. 9.

51 Ver, por ejemplo, *Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, párr. 25, donde se habla en términos de "satisfacción de sus necesidades de subsistencia". En la doctrina se mencionan, de forma paralela, los intereses más urgentes de las personas; ver: Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

52 Comité DESC, Observación General Nº 4 "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)", E/C.12/2000/4, 13 de diciembre de 1991, párr. 7. Sobre la obligación del Estado de asegurar a los niños condiciones de existencia digna, puede consultarse, Corte IDH, caso de los "Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafos 144 y 191.

3.2.b. La obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles

Ante todo, cabe hacer tres aclaraciones. Primero, los recursos disponibles son el objeto de una obligación de los Estados. No se trata de una causa que dispensa de las obligaciones de la Convención, como si bastara la simple afirmación del Estado de que carece de recursos. Segundo, esta obligación juega luego de haberse asegurado el contenido mínimo. De tal forma, debe asignarse el máximo de los recursos disponibles para avanzar desde el contenido mínimo hacia el contenido pleno. Tercero, corresponde a los Estados demostrar que han cumplido con la obligación.

3.2.b.1. Los recursos socialmente disponibles

Dicho esto, es preciso dilucidar el concepto de “recursos disponibles”. Una lectura estrecha del concepto solo comprendería los recursos presupuestariamente disponibles, es decir, aquellos que efectivamente el Estado incluyó en sus presupuestos. Sin embargo, no es ese el concepto que surge de una adecuada interpretación tanto del PIDESC como de la Convención. Es preciso introducir aquí la idea de “recursos socialmente disponibles”, que se refiere a las reales posibilidades financieras que dispone un Estado de acuerdo con la riqueza socialmente producida. Aquí surge el concepto de espacio fiscal, es decir, cuánto ámbito de riqueza disponible hay en una sociedad que no es captada por el Estado.⁵³ Adoptar una visión centrada en los recursos socialmente disponibles implica adentrarse en la política fiscal del Estado como un todo, más allá de las decisiones presupuestarias, para abarcar los diferentes ingresos públicos, fundamentalmente los tributos. Ya no se trata de un análisis integral del presupuesto sino de la política fiscal en su conjunto.

En este contexto se inserta la expresión, ya habitual, de movilizar los recursos socialmente disponibles. El Estado no debe solo gestionar, de acuerdo con los principios de derechos humanos, los recursos que ya dispone, sino movilizar la riqueza socialmente disponible a fin de garantizar los derechos.⁵⁴

53 Ortiz, Isabel, Chai, Jingqing y Cummins, Matthew, *Identifying fiscal space. Options for Social and Economic Development for Children and Poor Households in 184 Countries*, 17 de octubre de 2011. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1946006> [fecha de consulta: 17 de julio de 2019]. Ortiz, Isabel; Cummins, Matthew y Karunanethy, Kalaivani, *Espacio fiscal para la protección social y los ODS: Alternativas para ampliar la inversión social en 187 países*, OIT, UNICEF, ONU Mujeres, Documento de Trabajo N° 48, 2017. El Comité DESC utiliza el concepto de espacio fiscal. Así, ha señalado que “los Gobiernos disponen de opciones para ampliar el espacio fiscal para la protección social incluso en los países más pobres, por ejemplo reasignando el gasto público con un renovado interés en el gasto social, aumentando los ingresos fiscales, reduciendo la deuda o el servicio de la deuda, adaptando el marco macroeconómico, combatiendo los flujos financieros ilícitos o aumentando los ingresos de la seguridad social”. Ver: Comité DESC, *Niveles mínimos de protección social: un elemento esencial del derecho a la seguridad social y de los objetivos de desarrollo sostenible*, E/C.12/2015/1, 15 de abril de 2015, párr. 13. Ver también: Roy, Rathin y Henty, Antoine (eds.), *Fiscal Space*, Londres, Earthscan, 2009.

54 “El concepto de máximos recursos disponibles, argumentamos, implica que el rol del Estado no es solo el de ser un eficiente administrador de los recur-

En una fórmula: es necesario movilizar los recursos socialmente disponibles a fin de contar con recursos presupuestarios suficientes (en sus tres aspectos: respecto del contenido mínimo, del deber de avanzar y del mantenimiento del contenido pleno). Se abre entonces la posibilidad de evaluar, a la luz del cumplimiento del Pacto, la brecha o distancia entre ambas magnitudes: los recursos socialmente disponibles (y movilizables) y los recursos presupuestariamente disponibles.

De adoptarse este concepto, las evidencias que debe mostrar el Estado a fin de verificar si cumplió su obligación deben referirse al máximo de los recursos *socialmente* disponibles.

Este es, por lo demás, el concepto que surge de los trabajos preparatorios del PIDESC. El tema es tratado por Alston y Quinn, quienes destacan que, por ejemplo,

... la representación del Líbano señaló que debe quedar claro que la referencia a los recursos es a los reales recursos del país y no a las apropiaciones presupuestarias. Está implícita en esta formulación la asunción de que las asignaciones gubernamentales, reflejadas en el presupuesto nacional, no pueden acreditar automáticamente como el máximo de los recursos disponibles que tienen que comprometerse para la satisfacción de los derechos. Más bien, lo apropiado es indagar más allá de esas asignaciones y tener en cuenta los recursos 'reales' del país.⁵⁵

Entiendo que el Comité DESC ha comenzado a recorrer este camino y ello lo ha conducido, en sus observaciones a los informes finales de los países, a evaluar los sistemas tributarios nacionales, dado que estos son el medio financiero básico, aunque no el único, para la formación de la masa de los recursos presupuestarios disponibles.

Se ve el camino que se está recorriendo: para evaluar el cumplimiento de una obligación referida a los gastos públicos ha sido preciso avanzar en la evaluación de los mecanismos recaudatorios de los Estados, la tributación en primer lugar, pero también, según surge de documentos cada vez más abundantes, la deuda pública.⁵⁶

sos existentes, sino el de ser una institución que moviliza recursos adicionales". Ver: Elson, Diane; Balakrishnan, Radnika y Heintz, James, "Public Finance, Maximum Available Resources and Human Rights", en Nolan, Aoife; O'Connell, Rory y Harvez, Colin (eds.), *Human Rights and Public Finance*, op. cit., p. 16.

55 Alston, Philip y Quinn, Gerard, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, N° 2, mayo de 1987, p. 178.

56 El tercer tipo de recursos de que disponen los Estados, además de la tributación y del endeudamiento, son los recursos originarios, que genera el propio Estado, ya sea a través de la gestión de su patrimonio o a través de una actividad económica directa. Esta categoría clásica de recursos públicos es cada vez menos significativa como consecuencia de las políticas económicas hoy dominantes, que han conducido (vía privatizaciones, desregulaciones y ampliación de los ámbitos de libertad de las corporaciones) a la reducción de la capacidad estatal para producir recursos originarios.

Veamos algunos ejemplos para demostrar lo dicho.

El Comité DESC le requirió a Irlanda que “considere la posibilidad de revisar su régimen fiscal, con el fin de incrementar sus ingresos para restablecer los niveles de los servicios públicos anteriores a la crisis, de manera transparente y participativa”.⁵⁷ Por su parte, respecto de Paraguay, tuvo en cuenta

... la información proporcionada por la delegación sobre la entrada en vigencia del impuesto sobre la renta; sin embargo, aún le preocupa la débil recaudación fiscal en el Estado parte, lo cual limita la inversión del gasto público social (art. 2). El Comité recomienda al Estado parte tomar las medidas necesarias para que su política tributaria sea socialmente justa con el objetivo de mejorar la recaudación fiscal con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para asegurar la efectiva y transparente aplicación del impuesto sobre la renta.⁵⁸

Sobre la situación en El Salvador, el Comité valoró

... las reformas fiscales realizadas por el Estado parte. Sin embargo, le preocupa que la recaudación de impuestos en el Estado parte es aún baja, lo que repercute negativamente en los ingresos nacionales y puede limitar los recursos destinados a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2). El Comité alienta al Estado parte a seguir profundizando en el desarrollo de una política tributaria suficiente y socialmente justa que mejore la recaudación con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el Comité recomienda que la reforma fiscal y el plan de asignación de recursos se realicen de manera transparente y participativa.⁵⁹

Consideraciones semejantes fueron expresadas respecto de Guatemala, donde el Comité

... observa con preocupación que, a pesar de la adopción de la reforma de la legislación fiscal en 2012, la recaudación impositiva sigue siendo insufi-

⁵⁷ Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda, E/C.12/IRL/CO/3, 8 de julio de 2015, recomendaciones, párr. 11.d.

⁵⁸ Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Paraguay, E/C.12/PRY/CO/4, 20 de marzo de 2015, párr. 10.

⁵⁹ Comité DESC, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador, E/C.12/SLV/CO/3-5, 19 de junio de 2014, párr. 8.

ciente y limita considerablemente los recursos disponibles para los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también está preocupado por la persistencia de mecanismos por los que ciertos sectores económicos, como los sectores de la minería y de la maquila (fabricación en manufacturas), gozan de privilegios fiscales (artículo 2). El Comité insta al Estado parte a que aplique una política fiscal adecuada, progresiva y socialmente equitativa y que mejore la recaudación de impuestos para garantizar recursos suficientes para la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también recomienda que cualquier reforma tributaria y plan de asignación de recursos se lleven a cabo de manera transparente y participativa.⁶⁰

En otras ocasiones, el Comité DESC incluso destacó la posibilidad de utilizar las herramientas tributarias para lograr de forma directa objetivos del Pacto, no solo como un medio para obtener recursos.⁶¹ Dos ejemplos: respecto de la situación de Italia, el Comité sugirió “que intensifique su labor de lucha contra la obesidad, particularmente entre los niños. También le recomienda que grave con impuestos más elevados la comida basura y las bebidas azucaradas.”⁶² Y con relación a la Argentina, recomendó “al Estado Parte que ratifique y aplique el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y que elabore políticas fiscales, de fijación de precios y de sensibilización de la población que sean eficaces para reducir el consumo de tabaco, en particular entre las mujeres y los jóvenes”.⁶³

¿Qué conclusiones generales podemos deducir de esta reseña? En primer lugar, es claro que el Comité DESC está recorriendo el camino de evaluar el sistema tributario de los Estados. Esto significa asumir el concepto de recursos socialmente disponibles como el más adecuado para interpretar el Pacto. En segundo lugar, en varias ocasiones el Comité critica la insuficiencia, la endeblez o la baja incidencia del sistema tributario. *La recaudación es aún baja* es una expresión reiterada. Los Estados deben incrementar sus recursos tributarios para poder satisfacer los derechos. En otros términos, deben captar recursos socialmente disponibles.⁶⁴ En

60 Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala, E/C.12/GTM/CO/3, 9 de diciembre de 2014, párr. 8 y Comité DESC, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, E/C.12/GBR/CO/6, 14 de julio de 2016, párrs. 16 y 17.

61 Temática que habitualmente la doctrina califica en términos de fines extrafiscales de la tributación. Critiqué esa categoría desde la visión de la Constitución Financiera en el capítulo I “La actividad financiera pública. Definiciones básicas” de mi libro *Derecho Constitucional Presupuestario*, op. cit. Si bien el punto requiere una mayor argumentación, allí se expone la médula del enfoque.

62 Comité DESC, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Italia, E/C.12/ITA/CO/5, 28 de octubre de 2015, párr. 55.

63 Comité DESC, Observaciones finales a la Argentina, E/C.12/ARG/CO/3, 14 de diciembre de 2011, párr. 23.

64 Este es un punto interesante de conflicto con el orden económico global, donde los países deben competir entre sí para generar condiciones

tercer lugar, el sistema tributario debe ser socialmente justo. Dado que este es un criterio material de justicia, se presenta el desafío de otorgarle un contenido jurídico preciso al concepto de tributo “socialmente justo”. Y aquí el Comité está empezando a receptar los criterios que el constitucionalismo occidental ha desarrollado en términos de pautas sustanciales para evaluar la justicia tributaria. Una tributación justa es aquella acorde, entre otros aspectos, a la capacidad contributiva. O sea, aquella que efectivamente capta la capacidad contributiva. Esta visión se encuentra resumida en el constitucionalismo contemporáneo en la postulación del deber de contribuir de acuerdo con la capacidad contributiva, como fórmula que expresa la justicia en la materia tributaria.⁶⁵

Según la reinterpretación que aquí esbozamos, el Comité está señalando que en las sociedades analizadas en los diferentes informes finales hay capacidad contributiva que no es alcanzada por la tributación. Un ejemplo del Comité son los beneficios fiscales. Hay sectores económicos con capacidad contributiva que, sin embargo, gozan de privilegios fiscales, reduciendo así los recursos disponibles para asegurar derechos.

Sobre ambos aspectos financieros, presupuestario y tributario, también se ha expedido de forma elocuente el CDN, de manera cada vez más profunda, como lo muestra la comparación de un informe de 2003 sobre Georgia y otro más reciente, de 2010, sobre Guatemala.⁶⁶

Respecto de Georgia, el CDN manifiesta su preocupación

... por la muy baja asignación presupuestaria para la aplicación del Convenio, señalando particularmente la disminución constante del gasto público en salud y educación, que ahora se encuentra en un nivel muy bajo a pesar del nivel razonablemente alto de crecimiento económico (5,2 por ciento en 2002). El Comité reitera a este respecto su preocupación por el muy escaso sistema de recaudación de impuestos.

atractivas de inversión y donde una de las competencias centrales es la fiscal. Ver: ONU, “Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, A/67/302, 13 de agosto de 2012, párr. 19.

⁶⁵ El deber de contribuir se encuentra reconocido en el DIDH. Así, en el sistema interamericano, al enumerar los deberes la Declaración Americana establece que “toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos” (art. XXXVII). Dicha cláusula es a su vez el camino para darle contenido a la proposición más genérica contenida en la Convención Americana, cuyo art. 32, referido a la “correlación entre derechos y deberes”, establece en su punto 1 que “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”.

⁶⁶ Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Guatemala, 25 de octubre de 2010, párrs. 25 y 26 y Observaciones finales sobre Georgia, 23 de octubre de 2003, párrs. 13 y 14.

Como consecuencia de esta evaluación,

... el Comité reitera su recomendación anterior al Estado Parte de mejorar significativamente la eficacia de su sistema de recaudación de impuestos e insta al Estado parte a que aumente sustancialmente la asignación presupuestaria y garantice la transparencia del uso de los fondos para la aplicación de la Convención, en particular en las áreas de salud y educación, y fortalecer sus esfuerzos para eliminar la corrupción.

En esa senda, hay observaciones mucho más detalladas respecto de la situación de Guatemala. Ante todo,

... el Comité celebra las iniciativas encaminadas a aumentar la asignación de recursos en favor de la infancia, como las transferencias de efectivo condicionadas en las esferas de la salud y la educación, pero expresa su inquietud porque *las asignaciones presupuestarias destinadas a la infancia necesitan una perspectiva a más largo plazo*, que sólo podría ofrecer un plan de acción nacional integral y con plazos concretos enmarcado en una estrategia nacional de desarrollo. Preocupa también al Comité el escaso gasto social en el Estado parte y la dificultad de hacer un seguimiento de las inversiones en la infancia en todos los sectores, departamentos y municipalidades para supervisar y evaluar su uso eficiente. Asimismo, el Comité señala con preocupación que *la recaudación de impuestos en el Estado parte es particularmente baja*, lo que repercute negativamente en los ingresos nacionales y puede limitar los recursos para la infancia.

Como consecuencia de esta evaluación el Comité hace una serie de recomendaciones al Estado sobre su política fiscal, que vale citar aquí para apreciar la profundidad que está adquiriendo el análisis. Las recomendaciones son las siguientes:

- a. *apruebe una reforma tributaria amplia y progresiva que aumente la base impositiva*, sobre todo para cubrir los sectores sociales y la infancia, y mejore la recaudación con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a esos fines;
- b. *asigne recursos suficientes para la infancia a escala nacional, regional y municipal*, y garantice una presupuestación transparente y participativa mediante el diálogo público y la participación, incluida la de los niños;
- c. *adopte un planteamiento basado en los derechos del niño en la elaboración del presupuesto del Estado*, aplicando un sistema de seguimiento de los recursos asignados y utilizados en la infancia en todo el presupuesto, con lo que

conferirá visibilidad a la inversión destinada a los niños. El Comité insta también al Estado parte a que utilice ese sistema de seguimiento para realizar evaluaciones de los efectos que indiquen de qué forma las inversiones en un sector determinado pueden responder al “interés superior del niño”, velando por que se midan los efectos diferenciales de esas inversiones en la infancia;

- d. *asigne recursos suficientes* a los departamentos del Estado parte que se ocupan progresivamente de las disparidades que revelan los indicadores relativos al ejercicio de los derechos del niño, y garantice que las autoridades locales rindan cuentas debidamente y de forma abierta y transparente;
- e. defina partidas presupuestarias estratégicas para las situaciones que puedan exigir medidas sociales afirmativas (por ejemplo, la inscripción de los nacimientos, la malnutrición crónica, los niños indígenas, la educación, la violencia contra los niños), y *garantice que esas partidas presupuestarias queden protegidas incluso en situaciones de crisis económica, desastres naturales u otras emergencias*;
- f. siempre que sea posible, atienda las recomendaciones de las Naciones Unidas de empezar a utilizar la presupuestación basada en los resultados para supervisar y evaluarla eficacia de la asignación de recursos y, en caso necesario, pida cooperación internacional a tal efecto del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y otras partes interesadas, como la que se está brindando a otros Estados Partes de la región.

Esta perspectiva ha sido asumida por la CIDH al destacar, por un lado, que

... la baja recaudación de ingresos públicos dificulta la capacidad de reducir las desigualdades sociales y regionales. A pesar de que los ingresos tributarios son el principal componente de los ingresos totales de la región, estos han sido insuficientes debido a la baja carga impositiva y también al perfil regresivo de algunos impuestos más importantes de los países. A eso se puede sumar numerosas deducciones de impuestos, exenciones y vacíos legales, así como la evasión, elusión tributaria y otras prácticas similares.

Es decir, “la existencia de regímenes tributarios regresivos impide una mayor contribución de la política fiscal a la reducción de la pobreza”. De ahí que, incluso, “en varios países de la región las personas en situación de pobreza no son beneficiarias, sino pagadoras netas del sistema fiscal”. Por otro lado, y de forma complementaria,

se destaca “el gasto social insuficiente y mal distribuido”.

En comparación, el gasto social “sigue siendo bajo para los estándares internacionales”.⁶⁷

Consideraciones semejantes, que abarcan a la Hacienda Pública en su conjunto, también son perceptibles en diversos informes de relatores especiales.

Muy significativo es el Informe del Relator Especial sobre derecho a la alimentación, Olivier De Schutter, de su misión a Brasil, donde afirma, de forma general, que “los programas implementados bajo la estrategia ‘Hambre Cero’ solo serán efectivos si su financiamiento es suficiente”.⁶⁸ Hace un análisis de los gastos públicos y muestra que, si bien aumentaron en términos nominales, el gasto dedicado a la seguridad alimentaria se ha mantenido constante en proporción al gasto total. Además, “la asignación presupuestaria nacional del 1 por ciento al programa ‘Hambre Cero’ contrasta con el 48 por ciento del presupuesto de 2009 destinado a la emisión, la reprogramación, el reembolso y el servicio de la deuda pública”.

El informe se hace aún más incisivo, sosteniendo que

... la estructura fiscal en Brasil sigue siendo altamente regresiva. Las tasas impositivas son altas para bienes y servicios y bajas para ingresos y propiedades, produciendo resultados muy inequitativos. Según una estimación, las familias con un ingreso que asciende a menos de dos salarios mínimos pagan un promedio del 46 por ciento de sus ingresos en impuestos indirectos, mientras que las familias que ganan más de 30 veces el salario mínimo pagan alrededor del 16 por ciento en impuestos indirectos. Un informe reciente de Tax Services confirma los muy bajos niveles de impuestos a la propiedad. En particular, el impuesto territorial rural recaudó, en 2008, apenas 416 millones de Reales en todo el país. Como porcentaje del PBI, esto representa el 0,01 por ciento y, como un porcentaje de la tributación total, las cuentas tributarias son solo del 0,04 por ciento. Dado el alto nivel de concentración

67 CIDH, “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”, *op. cit.*, párrs. 497, 498, 499 y 500. Ver, asimismo, “Política fiscal y derechos humanos en las Américas. Movilizar los recursos para garantizar los derechos”, informe preparado por diferentes organizaciones de la sociedad civil en ocasión de la audiencia temática sobre política fiscal y derechos humanos, 156° período de sesiones de la CIDH, 2015. Ese mismo año se generó la *Declaración de Lima sobre justicia fiscal y derechos humanos*, documento surgido de la reunión “Avanzando la justicia fiscal a través de los derechos humanos”, 2015, organizada también por diversas organizaciones de la sociedad civil. Y recientemente: “Políticas fiscales y garantías de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: Argentina, Brasil, Colombia y Perú”, informe elaborado en ocasión de la Audiencia Temática “Control del gasto público, políticas fiscales y garantías de los DESC en América Latina”, 168° período de sesiones de la CIDH, 2018.

68 Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación”, Olivier De Schutter, Misión a Brasil, AI/HRC/13/33/Add.6, 26 de enero de 2010, párr. 35.

de la tierra y los grandes ingresos generados por el sector agrícola, esto es altamente regresivo. Por el contrario, los impuestos sobre los bienes y servicios, así como las contribuciones sociales a las pensiones y la seguridad social representaron la mayor parte de los ingresos del Gobierno: más del 70% en 2008.

De ahí una conclusión paradójica. Si bien los resultados de las políticas sociales son “impresionantes”, a su vez, ellas son

... financiadas esencialmente por las mismas personas a las que buscan beneficiar, ya que el sistema regresivo de impuestos limita seriamente el impacto redistributivo de los programas. Solo mediante la introducción de una reforma tributaria que revierta la situación actual, Brasil podría afirmar que busca realizar el derecho a una alimentación adecuada mediante la adopción de medidas al máximo de sus recursos disponibles.

Destaquemos, en primer lugar, las referencias a los gastos públicos: insuficientes, bajos en comparación con otros gastos (así los destinados a la deuda pública), subejecutados en algunos casos (aplicación de las comparaciones antes sindicadas). A ello se le suman diversas apreciaciones sobre el derecho tributario desde la óptica de los derechos humanos. La baja imposición sobre la renta y la propiedad, así como la alta imposición al consumo, dan lugar a un sistema tributario altamente regresivo. Y una conclusión de fuerte peso: solo a través de una reforma tributaria progresiva y con efectos redistributivos podrán obtenerse recursos suficientes para cumplir la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles. Es decir: inconvencionalidad de la regresividad tributaria y obligación de reformular los tributos bajo el principio de progresividad tributaria (para lograr efectos redistributivos).

Un análisis semejante realiza el mismo Relator en el Informe sobre su misión a Guatemala:⁶⁹ “En 2004, Guatemala gastó el 6 por ciento de su PIB en programas sociales. Esto asciende a menos de \$ 300 per cápita y se ubica entre las cifras más bajas de Centroamérica”. También “lamenta que el nivel de imposición de los ingresos se mantenga entre los más bajos de la región”. Por lo tanto,

... el bajo nivel de impuestos a los ingresos es un obstáculo importante para la capacidad de Guatemala de cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto

⁶⁹ Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación”, Oliver De Schutter, Misión a Guatemala, A/HRC/13/33/Add.4, 26 de enero de 2010. De forma general sostiene que “el análisis del presupuesto es una herramienta útil para garantizar que los recursos escasos se utilicen de manera eficiente en la realización de los derechos humanos, especialmente los de los sectores más vulnerables de la población” (párr. 83). Asimismo, ver párr. 82.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una reforma estructural del sistema tributario, que incluya cambios en el Impuesto Solidario y aumente el impuesto a la renta sobre los mayores ingresos, será esencial para que Guatemala despliegue el “máximo de recursos disponibles” para la realización del derecho a la alimentación.

También en un Informe del Relator sobre el derecho a la salud dedicado a la financiación de este, se destaca que

... para utilizar el máximo de recursos disponibles, los Estados deben hacer todo lo necesario para recaudar suficientes ingresos y movilizar los recursos para la salud y para que se dé la prioridad necesaria a la financiación de la salud en los presupuestos nacionales y subnacionales (...) el enfoque de la financiación de la salud basado en el derecho a la salud exige que la tributación a esos efectos se recaude progresivamente a fin de asegurar la generación equitativa de ingresos.⁷⁰

Un aspecto clave de este informe es que se refiere de forma explícita al concepto de capacidad contributiva. Así, se señala que

... la tributación progresiva supone la participación del contribuyente según su capacidad de pagar. Por ejemplo, la tributación progresiva del impuesto sobre la renta requiere que los contribuyentes acaudalados participen con un porcentaje mayor de su renta que los contribuyentes pobres. Por el contrario, la tributación regresiva supone mayores contribuciones proporcionales de quienes cuentan con menos recursos financieros que de los contribuyentes acaudalados. Por lo tanto, la tributación regresiva no es un mecanismo equitativo de financiación de la salud ni funciona de conformidad con el derecho a la salud.⁷¹

Un enfoque más general puede encontrarse en el Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda, que ya mencionamos, donde se destaca que “a fin de garantizar que los Estados respeten, protejan y cumplan los derechos y ayudarlos a abrir un espacio fiscal para hacer efectivos los derechos humanos, las políticas fiscales deben guiarse por las obligaciones impuestas por estos tratados”. De la diversidad de consideraciones de este

⁷⁰ ONU, “Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, *op. cit.*, párr. 7.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 16.

informe cabe destacar el énfasis puesto en la necesidad de movilizar recursos para cumplir el Pacto. Es preciso que los Estados amplíen los recursos disponibles aprovechando así “los recursos potenciales que podrían obtenerse mediante esfuerzos razonables”. Paralelamente, “unos pagos excesivos para el servicio de la deuda externa también puede socavar la capacidad de los países deudores para hacer realidad los derechos”. La recomendación general señala que

... los Estados deben realizar todo el potencial de la recaudación de impuestos como herramienta para generar ingresos a fin de cumplir las obligaciones de derechos humanos y corregir la discriminación y la desigualdad. Los principios de derechos humanos relativos a la participación, la transparencia, la rendición de cuentas y la no discriminación deberían respetarse durante todo el ciclo de la recaudación.

Y entre las recomendaciones particulares se señalan los deberes de (a) “aumentar los ingresos fiscales de forma compatible con sus obligaciones de derechos humanos relativas a la no discriminación y la igualdad, e incrementar la asignación de los ingresos recaudados a esferas presupuestarias que contribuyan al disfrute de los derechos humanos”, de (b) “aumentar el recurso a los impuestos personales y directos, y diseñar todos los impuestos de manera que reduzcan su efecto regresivo y el sesgo de género” y (c) “analizar detenidamente el umbral del impuesto sobre la renta para garantizar que las políticas tributarias no depauperen más a las personas que se encuentran por debajo o cerca del umbral de pobreza”.⁷²

3.2.b.2. La evaluación del cumplimiento de la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles

Al respecto, cabe tener en cuenta, en primer lugar, un documento de síntesis, la Declaración del Comité DESC de 2007 sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’, de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”.⁷³ Allí se destaca que para examinar si un Estado ha tomado medidas hasta el máximo de los recursos disponibles el

⁷² “Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos,” Magdalena Sepúlveda Carmona, *op. cit.*, párrs. 4, 25 y recomendaciones.

⁷³ Comité DESC, “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’, de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007.

Comité DESC realizará un control en términos de adecuación o razonabilidad.⁷⁴

Para realizar ese control, el Comité DESC explicitó los siguientes estándares: a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas; f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.

Estos estándares deben ser leídos, de forma sistemática, desde el marco conceptual hasta aquí expuesto. Las medidas deliberadas implican que el Estado ha planificado su actividad financiera desde la óptica de los derechos humanos. Aquí juega la obligación inmediata de fijar metas, elaborar cronogramas y utilizar indicadores en términos de derechos. Este requisito es el que permite evaluar de forma precisa cuántos recursos se asignaron a cada uno de los derechos protegidos. Medidas que, como ya se señaló, deben ser transparentes y participativas. Aquí son también pertinentes los tres rasgos que caracterizan la obligación de avanzar: intencionalidad, causalidad y continuidad. En segundo lugar, las medidas deben ser acordes al principio de igualdad y no discriminación.

Un criterio adicional introducido en esta Declaración es la adopción de uno de los niveles de análisis que es utilizado en la versión canónica del control de proporcionalidad en el derecho comparado: evaluar que se han tomado las decisiones menos gravosas respecto de los derechos (el llamado subprincipio de necesidad). Es decir, dada una pluralidad de medidas estatales posibles, debe seguirse la que menos afecte al derecho involucrado. Esta evaluación implica introducirse en un análisis concreto (detallado) de las decisiones financieras a fin de efectuar comparaciones, aspecto que más adelante profundizaremos.

Estos estándares permiten distinguir entre la falta de voluntad (que genera incumplimiento) y la imposibilidad real de cumplir (sujeta a pruebas que la demuestren).

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 8.

En resumen, fijada la obligación y verificado un incumplimiento, surge la posibilidad de justificarlo por parte del Estado. Esto significa: aun cuando el Estado haya cumplido la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles, el derecho en cuestión no se encuentra satisfecho. Y la carga probatoria recae sobre el Estado. Es decir: el funcionamiento de esta causal exculpatoria exige que el Estado demuestre que justamente cumplió con la obligación y, a pesar de ello, no ha logrado asegurar el contenido de los derechos.

Nos encontramos en el terreno conceptual de la regla y la excepción. La regla es la obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles. La excepción es la posibilidad de alegar que no se ha podido cumplir con la obligación. La carga de la prueba recae en el Estado que la alega la imposibilidad. Y el Comité DESC fijó los referidos estándares a fin de racionalizar dicho procedimiento probatorio.

Un punto ambiguo de la Declaración (dictada, recordemos, en 2007) consiste en que sigue sosteniendo, respecto del contenido mínimo, la posición de la Observación General Nº 3, a pesar del cambio de orientación producido en el año 2000 a partir de la Observación General Nº 14, ambigüedad que revela la necesidad de emitir una observación general específica que clarifique la posición actual del Comité DESC. En este aspecto, como ya destacamos, el CDN ha afirmado con claridad que garantizar el contenido mínimo es independiente de los recursos disponibles.

Paralelamente a estos criterios muy generales, el Comité DESC ha hecho reflexiones sobre el asunto en informes finales sobre países, de los cuales pueden inferirse pautas complementarias, que avanzan en el camino de aquella clarificación.

Algunos de los indicadores que han sido utilizados por el Comité DESC para evaluar si se han empleado el máximo de los recursos disponibles ya fueron señalados por Magdalena Sepúlveda al analizar aquellos informes. Se trata de comparaciones entre diferentes situaciones. Tres son internas a la política fiscal del Estado, y otra externa.

La primera comparación interna consiste en confrontar los gastos realizados por el Estado vinculados a los derechos consagrados en el Pacto con aquellos están vinculados a otros objetivos estatales. Así, por ejemplo, si dentro del Estado se han asignado significativamente mayores cantidades de fondos en áreas no vinculadas a las obligaciones del PIDESC, como la defensa militar, en vez de la salud o la educación, el Comité lo considerará un indicador de incumplimiento.⁷⁵ En este

⁷⁵ Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, op. cit., p.

sentido, el Comité sostuvo, respecto de Corea, que el elevado gasto en defensa se contrapone a las contracciones en el presupuesto en áreas claves de los derechos económicos, sociales y culturales.⁷⁶

Una segunda comparación interna implica confrontar los gastos referidos a derechos con el nivel de desarrollo del Estado involucrado. El Comité DESC, al examinar el Estado de Corea, expresó que ante la fortaleza de su economía pareciera apropiado que la educación gratuita se extendiera al nivel secundario y superior.⁷⁷ En cambio, al analizar la situación de las Islas Solomon, el Comité entendió que la carencia de recursos en la crisis económica prevaleciente dejaba poco margen al Estado para proveer servicios de educación adecuados.⁷⁸

Una tercera comparación interna posible consiste en confrontar las previsiones presupuestarias referidas a un derecho con las sumas efectivamente ejecutadas por el Estado. El Comité, respecto de Colombia, sostuvo que la práctica de no utilización del presupuesto asignado a gastos para derechos sociales indica el incumplimiento con las obligaciones del PIDESC.⁷⁹

Estas tres comparaciones internas muestran cómo el Comité DESC ha comenzado a realizar análisis más finos respecto de las políticas presupuestarias de los Estados, escrutando las asignaciones presupuestarias como tales (comparación entre diferentes tipos de gastos), el proceso o ciclo presupuestario (comparación entre lo aprobado y lo ejecutado) o la relación entre las asignaciones presupuestarias y el grado de desarrollo del Estado.⁸⁰ Y, como adelantamos, esta es una vía para dilucidar, de manera fundada en datos empíricos, si las medidas estatales han sido las menos gravosas ante la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto (subprincipio de necesidad).⁸¹

317. Sobre la cuestión ver: Comité DESC, Observaciones finales sobre el informe inicial de Filipinas, E/1996/22, 1996, párr. 121.

76 Comité DESC, Observaciones Finales sobre el Segundo Reporte Periódico de Corea, E/C.12/1/Add.59, 21 de mayo de 2001, párr. 9.

77 Comité DESC, Observaciones finales sobre el informe inicial de la República de Corea, E/1996/22, 1996, párr. 76.

78 Comité DESC, Observaciones finales de las Islas Salomón, E/2000/22, 2000, párr. 206.

79 Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Colombia, E/1996/22, 1996, párr. 200 b).

80 Estas comparaciones son internas por realizarse solo con referencia al Estado supervisado. Pero también es posible hablar de comparación interna en otro sentido. Se trata de aquellas comparaciones interiores al presupuesto público. Desde esta óptica, la primera y la tercera son comparaciones internas (entre diferentes gastos, entre lo aprobado y lo ejecutado). En cambio es externa (en este segundo sentido) la comparación entre gastos y nivel de desarrollo, pues este es un indicador macroeconómico de carácter extrapresupuestario. Es decir, hay comparaciones internas al presupuesto público y comparaciones internas al propio Estado. Cada una genera su correlativa comparación externa. En el primer caso, son comparaciones externas al presupuesto (y dentro del mismo Estado). En el segundo, son comparaciones entre diferentes Estados.

81 Indudablemente, estas comparaciones efectuadas por el Comité DESC son algunas de las posibles dentro de un enfoque sistemático que

Las comparaciones externas, por su parte, implican hacer contrastes entre los recursos gastados por el Estado para el cumplimiento del PIDESC y los gastados por otros Estados de semejante nivel de desarrollo. Al respecto, Sepúlveda sostiene que si un determinado porcentaje del presupuesto nacional del Estado destinado al derecho a la educación es significativamente inferior al gastado por otro Estado con similares índices de desarrollo, este supuesto podrá ser considerado un indicador del no uso del máximo de los recursos disponibles.⁸² En esta dirección, el Comité DESC, con relación a República Dominicana, manifestó con preocupación que el gasto estatal en educación, comparado con el gasto total, era inferior al promedio en América Latina.⁸³

3.2.c. La obligación de no retroceder

La última derivación de la progresividad para considerar es la no regresividad. De acuerdo con la Observación General Nº 3 del Comité DESC,

... todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.⁸⁴

La obligación de no retroceder puede ser analizada (tal como ya hicimos con la obligación de asignar el máximo de los recursos) bajo el esquema jurídico general de la regla y la excepción. Veamos la regla: la progresividad en la realización de los derechos implica que las medidas regresivas son incompatibles con la Convención.

puede hacerse del presupuesto sobre la base del Derecho Internacional. Por ejemplo, puede compararse el gasto en un derecho con el gasto total y con el PBI, además de hacerse mediciones intertemporales, claves para evaluar el cumplimiento de la progresividad. Ver el análisis de diferentes instrumentos en O'Connell, Rory; Nolan, Aoife; Harvey, Colin; Dutschke, Mira y Rooney, Eoin (eds.), *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources*, op. cit., capítulo 2 "Economic and social rights-based Budget analysis. An overview", p. 38 y sig..

82 Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, op. cit., p. 317.

83 Comité DESC, Observaciones finales sobre República Dominicana, E/1997/22, 1997, párr. 228.

84 Comité DESC, Observación General Nº 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 9 *in fine*. Ver, en general: Curtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006. Nolan, Aoife, Lusiani, Nicholas y Curtis, Christian, "Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights", en Nolan, Aoife (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Sobre los debates nacionales, ver: Hachez, Isabelle, "Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative", en *Revue belge de Droit constitutionnel*, 2008. Ponce Solé, Juli, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Inap, 2013. Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana, "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia colombiana". Disponible en www.dejusticia.org [fecha de consulta: 10 de julio de 2019].

Se prohíbe tomar medidas regresivas. Esa es la regla general, obvia por lo demás, que se deriva de la progresividad. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad son dos caras de la misma moneda.

Si observamos el conjunto de disposiciones que se encuentran reunidas en el art. 2.1 del PIDESC (y en el art. 4 de la Convención, segundo párrafo), es posible apreciar un balance entre beneficios y cargas para los Estados. A diferencia de los derechos civiles y políticos, que deben ser garantizados de inmediato, los Estados tienen, respecto de los derechos sociales, el beneficio del tiempo. El PIDESC y su doctrina reconocen que es necesario un período para lograr el pleno efecto (de ahí el concepto mismo de contenido mínimo). Ahora bien, si tomado ese tiempo el Estado avanza, luego no puede retroceder. Ese contenido ha sido incorporado al núcleo protegido del derecho (que ya presenta una extensión respecto del contenido mínimo) y el Estado no puede llevar a los beneficiarios a una situación jurídicamente ya superada. Este es un límite fuerte a la discrecionalidad estatal, que tiene prohibido efectuar modificaciones de reglas que importen retrocesos en el disfrute de los derechos.⁸⁵ Expuesto en los términos del referido balance: hay una carga (no retroceder) que equilibra el beneficio (disponer de tiempo para avanzar).

Fijado el principio general (prohibición de retroceder), se admite luego la excepción: salvo que el Estado justifique la medida a) con referencia a todos los derechos del Pacto, y b) en el contexto del aprovechamiento pleno de los recursos que se disponga. Esto significa que una medida regresiva se considera *prima facie* inconveniente y recae en el Estado probar su justificación a la luz de parámetros fijados por el propio Comité DESC.

Resulta indudable que una forma típica de medida de efectos regresivos consiste en reducir los gastos para ciertos derechos, que de esa forma se ven en general automáticamente disminuidos. Dos son las situaciones más comunes, que permiten distinguir afectaciones regresivas directas e indirectas. En las primeras, la reducción del gasto impacta directamente en el derecho. Esto sucede en aquellos derechos cuyo contenido es un gasto público, así los derechos de la seguridad social. El beneficiario del derecho recibe una suma de dinero menor, esto es, un gasto público menor (*afectación regresiva directa*). La segunda situación se pro-

⁸⁵ Hay un principio implícito en el Derecho Público (habitualmente explicitado por la práctica judicial ante la presencia de un conflicto), según el cual ningún sujeto tiene un derecho a que se mantenga un régimen jurídico general. Dicho de otra forma: las autoridades públicas tienen la potestad de modificar las reglas generales que regulan una actividad. El principio de no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos es una excepción a ese principio general. La no regresividad congela el ordenamiento jurídico, limita las potestades públicas y le otorga seguridad jurídica a los titulares de los derechos económicos, sociales y culturales.

duce al reducirse la financiación de una actividad estatal; por ejemplo, la salud o la educación. La actividad, como consecuencia, reduce su alcance o su calidad y ello repercute en los derechos sociales involucrados (*afectación regresiva indirecta*).

En posteriores observaciones generales del Comité DESC se dan mayores precisiones sobre cómo evaluar las medidas regresivas.

En la Observación General Nº 13 se exige del Estado haber evaluado todas las alternativas posibles y, está implícito en el argumento, que se haya escogido la menos gravosa (subprincipio de necesidad en la versión canónica de la proporcionalidad):

La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone el Estado Parte.⁸⁶

En ese mismo camino se expresa la Observación General Nº 19, al destacar que

... existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte.

En esta última Observación sobre el derecho a la seguridad social, se detallan con más precisión diversos recaudos que serán examinados por el Comité: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho o un efecto injustificado en

⁸⁶ Comité DESC, Observación General Nº 13 "El derecho a la educación (art. 13)", E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 45.

los derechos adquiridos, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.⁸⁷

La vinculación entre medidas regresivas causadas por restricciones presupuestarias también fue tratada por la ya mencionada Declaración de 2007 del Comité DESC. Aquí se enumeran otra serie de pautas objetivas a tener en cuenta cuando un Estado alegue limitación de recursos para justificar medidas regresivas: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo; y f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto.⁸⁸

La cuestión de las medidas regresivas adquiere todo su valor ante los planes de ajuste (denominación de los años 90) o de austeridad (denominación actual) implementados frente a las crisis económicas, que incluyen, de forma sistemática e invariable, reducción de gastos públicos en derechos sociales, particularmente en lo relativo a los derechos a la salud y a la seguridad social, así como reducciones en los derechos laborales de los empleados públicos (y de los trabajadores en general, claro).⁸⁹ Las medidas regresivas que conforman las políticas de austeridad se basan en la existencia de restricciones financieras y, a la vez, generan mayores restricciones (pues siempre en el diagnóstico hay desequilibrios de carácter fiscal).

La presidenta del Comité DESC emitió el 16 de mayo de 2012 una carta abierta

⁸⁷ Comité DESC, Observación General N° 19 "El derecho a la seguridad social", E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 42.

⁸⁸ Comité DESC, "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga', de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto", *op. cit.*, párr. 9.

⁸⁹ "En términos generales, las medidas de austeridad se dividen en cuatro tipos, cada uno de ellos con sus propias consecuencias en cuanto al disfrute de los derechos humanos: a) contracción del presupuesto público y, por lo tanto, del gasto social, b) medidas tributarias regresivas, c) reforma del mercado de trabajo, y d) reforma estructural de los planes de pensiones". Ver: "La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica", documento temático publicado por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, CommDH/IssuePaper(2013)2, noviembre de 2013, párr. 1.1. Ver también: "Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", A/HRC/17/34, 17 de marzo de 2011.

sobre el asunto.⁹⁰ Allí se destaca que se “ha observado la presión que se ejerce sobre muchos Estados Partes para que emprendan programas de austeridad, en ocasiones severos”. Sin embargo, “de conformidad con el Pacto, todos los Estados Partes deben evitar en todo momento la adopción de decisiones que pudieran redundar en la denegación o la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales” y “como es natural, los Estados Partes disponen de un margen de manobra a la hora de establecer políticas nacionales de carácter económico, social y cultural que acaten, protejan y cumplan las disposiciones del Pacto”. Bajo ese marco la Carta enumera los recaudos que deben reunir las políticas de austeridad a la luz del Pacto:

Todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas tienen que cumplir los siguientes requisitos: en primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el período de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, conceptos desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo, y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido.

Es decir, las medidas regresivas que se tomen en los planes de austeridad deben ser a) temporales, b) necesarias y proporcionales, c) no discriminatorias, y d) asegurar el contenido mínimo del derecho. Esto parece dar inicio a una doctrina de la justificación que deben tener las medidas regresivas en épocas de “emergencia económica”, que son las que eventualmente justificarían los planes de austeridad.

En esa senda pueden verse varias Observaciones del Comité DESC sobre informes

⁹⁰ Comité DESC, “Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, HRC/NONE/2012/76. Aplicaciones de la Carta pueden verse en: Comité DESC, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto”, *op. cit.*, párr. 8. Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe de Islandia, aprobadas por el Comité en su 49º período de sesiones, E/C.12/ISL/CO/4, 11 de diciembre de 2012, párr. 6.

estatales recientes. Respecto de la situación de Italia, el Comité recomendó examinar, “sobre la base de una evaluación de los efectos en los derechos humanos, todas las medidas adoptadas en respuesta a la crisis financiera que sigan vigentes, a fin de garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”. También destacó que “los recortes considerables de los gastos sociales y los servicios esenciales realizados durante la crisis financiera (...) han afectado de manera desproporcionada a las personas y los grupos y desfavorecidos y marginados”.⁹¹ Más enfáticas han sido las consideraciones respecto de la situación de Irlanda, donde el Comité evalúa las medidas tomadas en función de la crisis. Aquí considera que

... a) la respuesta del Estado Parte ante la crisis se ha centrado desproporcionadamente en la introducción de recortes en el gasto público en las esferas de la vivienda, la seguridad social, la atención de la salud y la educación, sin que se alterase su régimen fiscal; b) muchas de las medidas de austeridad se han adoptado durante la crisis y después de esta sin que se llevara a cabo una evaluación adecuada de sus repercusiones en los derechos económicos, sociales y culturales; c) las medidas de austeridad, que siguen vigentes, han acarreado importantes consecuencias negativas para toda la población, en particular las personas y grupos desfavorecidos y marginados, en lo tocante al disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales; d) no se ha realizado un examen integral y basado en los derechos humanos de esas medidas desde la salida del Estado Parte del programa de rescate.

Por tales razones el Comité le recomendó al Estado que

... a) examine, basándose en las normas de derechos humanos, todas las medidas adoptadas en respuesta a la crisis económica y financiera que siguen vigentes con miras a garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (...) b) vele por que las medidas de austeridad se vayan suprimiendo gradualmente y la protección efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto se vaya reforzando en consonancia con el progreso logrado en el período de recuperación de la economía después de la crisis; c) considere la posibilidad de revisar su régimen fiscal, con el fin de incrementar sus ingresos para restablecer los niveles de los servicios públicos y las prestaciones sociales anteriores a la crisis, de manera transparente y participati-

⁹¹ Comité DESC, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Italia, *op. cit.*, párrs. 8 y 34.

va; d) considere la posibilidad de incluir la evaluación del impacto sobre los derechos humanos en el proceso de elaboración de políticas, en particular en relación con los derechos contemplados en el Pacto.⁹²

Varias consideraciones. Destaquemos dos aspectos: en primer lugar, es preciso evaluar los recortes (y las medidas regresivas) teniendo en cuenta la política fiscal como un todo. De ahí que alternativas razonables a las reducciones de gastos pueden encontrarse del lado de los tributos, diseñando reformas que aumenten la progresividad del sistema recaudatorio. Y, en segundo lugar, si las medidas no son limitadas en el tiempo, ellas tienen que desarmarse gradualmente, para volver a la situación anterior.

En una misma línea argumental, el CDN, en su Observación General Nº 19, también sostuvo que los Estados no deben tomar medidas deliberadamente regresivas en materia de DESC.⁹³ En tiempos de crisis económicas, las medidas regresivas solo pueden ser tomadas una vez consideradas todas las opciones disponibles que no afecten los derechos. Los Estados deben demostrar que dichas medidas son necesarias, razonables, proporcionales, no discriminatorias y temporales, y que cada derecho afectado será restablecido lo antes posible.⁹⁴

También en consonancia con la doctrina del Comité DESC, una de las condiciones de convencionalidad de las medidas regresivas ante situaciones de crisis es su temporalidad, es decir, que sean acotadas en el tiempo, hasta tanto se resuelva la emergencia. Exigencia racional, claro, pero en muchos casos difícil de cumplir, dado que las situaciones de crisis son percibidas por las elites políticas como una oportunidad para poner en práctica reformas o ajustes estructurales, con vocación de perduración (como la modificación de los sistemas de seguridad social, la desregulación de los mercados de trabajo o las privatizaciones y desregulaciones económicas).

92 Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Irlanda, *op. cit.*, párr. 11.

93 Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 19, *op. cit.* párr. 31.

94 *Ibidem*.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 5

Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes

María Victoria Famá¹

¹ Titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 92. Especialista en Derecho de Familia. Adjunta regular de la Facultad de Derecho de la UBA.

ARTÍCULO 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

1. Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en clave de derechos

Uno de los principales desafíos del modelo de “protección integral de derechos” en el que se inscribe la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) es la necesidad de equilibrar el derecho a la autodeterminación de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNYA), por el cual se les permite participar en las decisiones y asumir las responsabilidades para las que tienen competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares.² En esta pretensión de equilibrio reposa el principio de autonomía o capacidad progresiva.

Este principio está ínsito en todo el texto de la CDN. Así, desde su preámbulo se considera que el niño “debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”, y en el art. 12 se garantiza al niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” el derecho “de expresar su opinión libremente” en todos los asuntos que lo afectan, “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”. Pero es el art. 5 de la CDN el que fundamentalmente recoge la regla de la autonomía progresiva, al recordar el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que ejerzan sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”. Concretamente en orden al ejercicio de la libertad de conciencia y religión, el art. 14 reproduce este mandato al exigirle al Estado el respeto de los derechos y deberes de los representantes legales “de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

La autonomía progresiva constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta.³

La búsqueda de este equilibrio, reitero, presenta una dificultad constante cuya solución varía en función de los distintos derechos en juego, resultando complejo establecer una solución universal y uniforme. Basta aquí decir –por ahora– que la promoción y apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable involucra tres aspectos: a) la *evolución*, reconociendo en qué medida la realización de los derechos enunciados en la CDN promueve el desarrollo, la competencia y la

² González Contró, Mónica, “Paternalismo jurídico y derechos del niño”, en Revista Digital *ISONOMIA*, N° 25, octubre de 2006, p. 120.

³ Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Florencia, UNICEF, 2005, p. 19.

gradual autonomía del niño; b) la *participación*, destacando el derecho del niño a que se respeten sus capacidades y transfiriendo la responsabilidad del ejercicio de derechos de los adultos al niño en función de su nivel de competencia; y c) la *protección*, admitiendo que dado que las facultades del niño se siguen desarrollando durante toda su infancia, este tiene derecho a recibir la protección de sus progenitores o representantes y del Estado contra la exposición a situaciones que puedan serle perjudiciales.⁴

2. ¿Qué se entiende por evolución de las facultades?

La noción de autonomía progresiva se incluye dentro de los conceptos jurídicos indeterminados;⁵ de ahí que sea necesario establecer o *determinar* en qué consiste esta autonomía progresiva. Jurídicamente, el principio está ligado a una gradación en el ejercicio de los derechos en función del desarrollo psicofísico o –como sostiene la CDN– la evolución de las facultades de los NNYA. En consecuencia, una mayor precisión de este concepto requiere a su vez definir qué se entiende por “evolución de facultades” o “desarrollo psicofísico”, y en qué contexto se connotan y reconocen estas premisas. Para ello, el discurso jurídico se ha mostrado insuficiente, de modo que debe buscarse el apoyo de otras disciplinas, en especial en los estudios de la psicología evolutiva.

De manera sintética, puede decirse que existen dos enfoques teóricos opuestos en torno al desarrollo infantil que influyen en la interpretación de esta noción de “evolución de facultades”: las teorías convencionales y las teorías culturales.

Las teorías convencionales encuentran su máximo exponente en Piaget, quien explica que el arribo a la adultez implica un proceso en el cual el niño atraviesa distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual.⁶ En la última etapa, es decir, a partir de la adolescencia, la persona comienza a tener un nivel operatorio formal que le permite manejarse no solo en el mundo de lo concreto inmediato, sino también en el mundo de lo posible, a través de la formulación de hipótesis abstractas que le otorgan una capacidad de autonomía de juicio característica de

⁴ *Ibidem*, pp. 31-32.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Dignidad y autonomía progresiva de los niños”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2010- 3. Derechos del paciente*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 137.

⁶ Piaget, Jean, “El desarrollo mental del niño”, en *Seis estudios de Psicología*, Bogotá, Labor, 1995, p. 11.

la inteligencia reflexiva completa.⁷ A través de un método hipotético-deductivo, el adolescente construye un pensamiento reflexivo puro e independiente de la acción, confinado en la necesidad del razonamiento en sí, como antítesis de la concordancia de las conclusiones con la experiencia.⁸

El modelo conceptual que proponen las teorías convencionales se caracteriza por la suposición de que hay un orden natural e incontrovertible que rige la evolución del niño hasta la edad adulta.⁹ La infancia se presenta así como un proceso *universal*, lineal y prescriptivo, sin atender al impacto que tienen en el desarrollo infantil elementos de vital importancia como el contexto social, cultural y económico y el entorno familiar.

Por esta razón, las teorías convencionales han sido puestas en crisis en los últimos 30 años, máxime teniendo en cuenta que las conclusiones a las que se arriba parten de investigaciones formuladas exclusivamente en Europa y los Estados Unidos y, además, son consecuencia de observaciones de los niños en condiciones de aislamiento respecto de otros adultos y basadas en un número reducido de experiencias. Nacen así las teorías culturales que reprochan la incapacidad de las convencionales de reflejar la complejidad de factores que inciden sobre la adquisición de competencias por parte de los niños, y ven el desarrollo infantil como el producto de determinados procesos económicos, sociales, culturales y ambientales vinculados en concreto con las prácticas de crianza en que aquellos desarrollan su existencia.¹⁰

La conjunción de ambas teorías sobre el desarrollo infantil será, en definitiva, lo que nos permita delimitar los alcances de la expresión “evolución de las facultades” sobre la cual se asienta el principio de autonomía progresiva. Por un lado, las enseñanzas de las teorías convencionales aportan una base genérica de suma utilidad a la hora de pensar en una legislación que ponga en marcha este principio con alcances generales. Por otra parte, las teorías culturales demuestran la particularidad de cada niño y su entorno, y sirven entonces de fundamento para reflexionar sobre la flexibilidad que demanda el reconocimiento de la autonomía progresiva y la necesidad de contemplar variantes o alternativas en los distintos supuestos que se regulen.

⁷ Piaget, Jean, *La psicología de la inteligencia*, Barcelona, Critica, 1999, p. 138 y ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 163-164.

⁹ Qvortrup, Jens, “Useful to useful: the historical continuity of children’s constructive participation”, en Mandell, Nancy (ed.), *Sociological Studies of Children*, vol. 7, Londres, JAI Press, 1995, p. 49 y ss.

¹⁰ Super, Charles y Harkness, Sara, “*Cultural perspectives on child development*”, en Wagner, Daniel y Stevenson Harold (eds.), *Cultural perspectives on Child development*, San Francisco, WH Freeman, 1982, p. 170 y ss.; Woodhead, Martin, “Understanding children’s rights”, en Verhellen, Eugene (ed.), *Collected papers presented at the Fifth Interdisciplinary Course of Children’s Rights*, Gante, Universidad de Gante, 2002, p. 113.

3. Sistemas y modalidades

En el derecho comparado se han diseñado diversos modelos o sistemas de capacidad de los NNyA, que en términos generales pueden clasificarse del siguiente modo:¹¹ a) *Estipulación, mediante leyes, de límites de edad fijos y prescriptivos para la adquisición gradual de derechos*, basados en las enseñanzas de las teorías convencionales. Estos modelos proporcionan seguridad jurídica pero, por la uniformidad e inflexibilidad de sus reglas, se desentienden del fundamento de la autonomía progresiva y no consideran las facultades evolutivas reales de cada niño, que difieren de un caso a otro; b) *Eliminación de todos los límites de edad*, sustituyéndolos por una evaluación individual de cada niño a fin de determinar su capacidad para participar en la toma de decisiones. Si bien este enfoque resulta la máxima expresión del principio de autonomía progresiva, es en verdad incompatible con la propia CDN –que propone la introducción de ciertos límites etarios por vía legal– y genera gran inseguridad jurídica, además de un despliegue judicial y/o administrativo permanente para la evaluación de la capacidad del niño frente a todos los supuestos; c) *Introducción de límites de edad fijos con la posibilidad del niño de demostrar su competencia y ejercer el derecho en cuestión antes de haber alcanzado la edad establecida*. Este modelo es una combinación de los anteriores y, como tal, presenta la ventaja de proporcionar directrices generales que confieren seguridad a los adultos y protección a los niños y, a la vez, contiene cierta flexibilidad que permite considerar a cada niño en su individualidad. El problema radica en la demostración de la competencia antes de llegada la edad legal, lo cual implica para el niño la superación de las barreras que para esta franja vulnerable se presentan en el acceso a la justicia, máxime cuando se trata de sectores socioeconómicos más desfavorecidos; d) *Estipulación de límites de edad fijos solo para aquellos derechos que corren el riesgo de ser vulnerados por los adultos, e introducción de la presunción de capacidad para los demás derechos*. Este último modelo –también mixto– establece límites etarios para la protección contra determinadas situaciones, tales como los daños autoinflingidos o los factores sociales o económicos perjudiciales (por ejemplo, ingreso a las fuerzas armadas, consumo de alcohol, etc.) y la explotación o los abusos (por ejemplo, trabajo infantil, explotación sexual, etc.); y recoge la presunción de capacidad en función de la competencia y sin límites fijos de edad cuando el ejercicio de un derecho tiene repercusiones solamente para el niño, pero acarrea consecuencias tanto inmediatas como a largo

¹¹ Ver la clasificación diseñada por Lansdown, Gerison, *op. cit.*, p. 71 y ss.

plazo (por ejemplo, la religión, la educación, el cuidado del propio cuerpo, etc.). En estos casos, incumbirá a los adultos desvirtuar la presunción y demostrar que el niño no es competente para la toma de determinadas decisiones.

4. La autonomía progresiva de NNyA en el Código Civil y Comercial

4.1. El régimen derogado

En el Código Civil derogado (en adelante, CC), la capacidad de las personas menores de edad fue regulada en los arts. 51 a 62, y 126 a 139, modificados sustancialmente en 1969 por la Ley Nº 17.711. De acuerdo con lo prescripto por el art. 54 del CC, las personas por nacer y los menores impúberes –o sea, aquellos que no habían alcanzado la edad de 14 años– eran incapaces absolutos de hecho. En cambio, a los menores adultos –es decir, aquellos que se encontraban en la franja etaria de los 14 a los 18 años–¹² se los consideraba incapaces relativos de hecho, ya que solo tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizaban otorgar (art. 55). Por otra parte, el art. 921 del CC distinguía entre el discernimiento para los actos ilícitos –que se adquiría a los 10 años– y el discernimiento para los actos lícitos –que se alcanzaba a la edad de 14 años.

Debe notarse que en la versión original de Vélez Sarsfield, el art. 55 disponía como principio la capacidad de los menores adultos, quienes solo eran “incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos”. La Ley Nº 17.711 vino a revertir la fórmula, estipulando como regla la incapacidad de los menores impúberes, quienes solo podían ejercer los derechos y contraer las obligaciones que la normativa civil les reconocía.

A simple vista podría pensarse que la Ley Nº 17.711 ha sido más proteccionista que el propio Vélez, y que en comparación con el codificador original, la reforma de 2015 no resulta tan innovadora como se precia. Sin embargo, un examen más detallado de la cuestión demuestra con claridad que la capacidad que Vélez reconoce a favor de los menores adultos se funda precisamente en su consideración como “adultos”: adultos para ejercer una profesión u oficio, adultos para contraer matrimonio, etc., en un contexto decimonónico donde de la niñez se arribaba a la adultez sin solución de continuidad. La Ley Nº 17.711 se sanciona en el marco de

¹² Ello, tras la reforma introducida por la Ley Nº 26.579 (sancionada el 02/12/2009), que modificó el CC reduciendo la mayoría de edad de 21 a 18 años.

una sociedad más compleja donde las enseñanzas del psicoanálisis, la psicología evolutiva, la sociología e incluso la antropología habían demostrado la autonomía de la adolescencia, como fenómeno diferenciado de la infancia y la adultez, pero aún se desconfiaba de la madurez de estos adolescentes para la toma de decisiones. El Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), refuerza esta categoría de la adolescencia, e incluso reformula la concepción de la infancia, pero en clave de derechos, entendiendo la necesidad de reconocer capacidades graduales a los NNYA en función de la evolución de sus facultades.

4.2. Reglas generales del CCyC

El CCyC adopta un sistema mixto de capacidad de NNYA, donde se conjugan reglas flexibles sin límites etarios con reglas fijas con límites etarios, en función de los derechos involucrados.

Estas reglas se encuentran dispersas en todo el articulado del Código, pero principalmente las ubicamos en los libros primero y segundo. En términos amplios, las reglas de capacidad se hallan en el capítulo 2 del título I del libro primero relativo a la capacidad de la persona humana, aunque dentro de este mismo libro es necesario acudir a la regla del discernimiento sentada en el título IV relativo a los hechos y actos jurídicos. De manera más específica, y por ser este el ámbito en el cual se visualizan las más importantes tensiones entre autonomía y protección, encontramos toda otra serie de disposiciones vinculadas con la capacidad progresiva de NNYA en el libro segundo sobre relaciones de familia, fundamentalmente en el título VII sobre responsabilidad parental.

La primera cuestión a considerar es que el CCyC elimina la categoría de menores impúberes y adultos y, en coherencia con el mandato convencional, la reemplaza por otra distinción más adecuada entre niños y adolescentes, cuya línea divisoria es la edad de 13 años (art. 25). Esta categorización es trascendente para delimitar la autonomía en el ejercicio de derechos en muchos supuestos, como luego se verá.

Al igual que su antecesor, el CCyC establece como regla genérica la capacidad de ejercicio (art. 23), e incluye entre los incapaces de ejercicio a “la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este capítulo...” (art. 24 inc. b). Esta Sección 2ª del capítulo 2 relativo a capacidad trata concretamente sobre lo referido a la persona menor de edad,

y en el art. 26 –primera parte– dispone que

... la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

Una lectura apresurada y aislada de la norma nos conduciría a afirmar que en los mismos términos propuestos por la Ley Nº 17.711 se mantiene la regla de incapacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellos actos que la ley expresamente autorice a realizar si cuentan con edad y grado de madurez suficiente. Sin embargo, un examen integral y una interpretación armónica de todo el ordenamiento en clave convencional nos lleva a la conclusión inversa: son tantas las excepciones a esta regla a lo largo del articulado del Código, que el principio no puede ser otro que la capacidad, siendo la incapacidad o, mejor dicho, la restricción de la capacidad la excepción a la regla cuando se verifica que los NNyA carecen de madurez suficiente para decidir en forma autónoma.

Esta conclusión se basa en una necesaria conjunción de lo reglado por la primera parte del art. 26 citado, con otras dos normas generales que se ubican en distintos espacios del CCyC. Por un lado, el art. 261 del título relativo a los hechos y actos jurídicos, que fija en los 13 años la edad del discernimiento para los actos lícitos. Por otro lado, el art. 639 que, entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental, enuncia “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

La síntesis de las normas citadas permite esbozar una regla general para los actos vinculados con el ejercicio de derechos humanos (llamados personalísimos desde la dogmática civil), sin perjuicio de las soluciones específicas que correspondan en el marco de los derechos patrimoniales. En este contexto, la regla es la presunción de capacidad del adolescente que –además– cuenta con discernimiento para los actos lícitos.

Es decir, a partir de los 13 años se presume la madurez para tomar decisiones inherentes al ejercicio de derechos tales como la educación, la libertad de conciencia, de creencias e ideológica, la intimidad o privacidad, la identidad, la libertad de asociación, de reunión y de participación en espacios donde se discutan aspectos

vinculados con sus derechos, etc. Esta conclusión se refuerza con las normas dispersas en el libro de familia que reconocen al adolescente toda una serie de facultades, en especial en el marco de actuación procesal, así como puntualmente a tenor de lo normado por el art. 645, que en el marco estricto de la responsabilidad parental, al enunciar los actos que requieren del consentimiento de ambos progenitores (tales como la autorización para salir del país o ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad), exige el consentimiento expreso del hijo adolescente.

En definitiva, como principio, el Código indica una presunción de madurez del adolescente para el ejercicio de los derechos humanos o personalísimos. Esta presunción es *iuris tantum*, o sea, admite prueba en contrario, de modo que quien se oponga a la autodeterminación del adolescente deberá acreditar su falta de madurez para el acto en cuestión, teniendo en especial consideración la complejidad y trascendencia de dicho acto. Por exclusión, antes de los 13 años, como regla, los niños carecen de autonomía para tomar decisiones. Sin embargo, a la luz del mandato convencional y de lo que resulta de los arts. 24 y 639 del CCyC, antes de esa edad podrán decidir de manera autónoma si se demuestra un grado de madurez suficiente, que no se presume y, por ende, deberá acreditarse en el caso concreto. Ello sin perjuicio de lo que surge de algunas disposiciones aisladas, como ocurre con la edad de 10 años para brindar el consentimiento en la adopción (art. 595 inc. f).

En ambos supuestos, sea que se discuta la capacidad de un adolescente o que se intente probar la de un niño, la "madurez suficiente" a la que alude la ley será discernida por la autoridad competente para resolver el conflicto (judicial o administrativo) a partir de una evaluación interdisciplinaria donde intervengan no solo profesionales de la psicología, sino también otros especialistas tales como trabajadores sociales, médicos, etc., pues la mentada madurez no debe ser ponderada exclusivamente desde un criterio subjetivo psicológico, sino además desde una vara objetiva relacionada con el entorno familiar, cultural y social, y con la magnitud y complejidad del derecho cuyo ejercicio esté en juego.

Desde otra perspectiva, así como el reconocimiento convencional del principio de la autonomía progresiva impone la revisión de la categoría binaria de capacidad/incapacidad, también exige la reformulación de los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos "pasivos" de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos, en especial sus progenitores.

En el seno de la familia, este mandato implica la redefinición de la relación entre progenitores e hijos a partir del principio democrático de interacción del adulto y el niño, basado en la consideración de su personalidad y el respeto de sus necesidades en cada período de su vida, y en su participación activa en el proceso formativo.¹³

En el ámbito nacional, nuestro Máximo Tribunal ha destacado que modernamente la “patria potestad” “se construye en especial de cara a la formación integral, protección y preparación del hijo para la vida. Ergo, es menester que aquellas medidas que se refieren a la familia (...) integren en su elaboración a la regla *‘favor filii’*”. La “patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado”.¹⁴

Desde esta misma óptica, el CCyC ha resignificado la institución de la “patria potestad” y, en su reemplazo, alude a la “responsabilidad parental”, concepto que destierra la idea de poder (que evoca a la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica), y subraya la noción de “función” que, cumplida adecuadamente, resalta el compromiso de los progenitores de orientar al hijo hacia la autonomía.¹⁵

En este escenario, se impone la reestructuración del sistema de representación legal, necesaria y universal de los progenitores respecto de sus hijos menores de edad, tal como se advierte en el citado art. 639. Así, la representación –como fenómeno jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otra que no puede hacerlo por sí misma–¹⁶ solo queda reservada para aquellos supuestos donde, por su falta de madurez y por la complejidad de la cuestión a dilucidar, los NNyA no puedan decidir por sí. En los demás casos, los progenitores u otros responsables prestan al niño *asistencia* o *apoyo*, cumpliendo una función meramente complementaria respecto de su decisión. Se ha definido la asistencia como “un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad

13 Grosman, Cecilia, “Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades”, en Wainerman, Catalina (comp.), *Vivir en Familia*, Buenos Aires, UNICEF- Losada, 1994, p. 84.

14 Del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en CSJN, “M. D. H. c/ M. B. M. F. s/ tenencia de hijos”, 29 de abril de 2008, Fallos: 331:941.

15 Mizrahi, Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 2ª da. ed. actualizada y ampliada., 2006, p. 168 y ss.

16 Ruiz, Rico, Ruiz, José Manuel y García Alguacil, María José, *La representación legal de menores e incapaces. Contenidos y límites de la actividad representativa*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 27.

o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido”.¹⁷ En este sentido, asistencia y representación tienen alcances bien diferenciados, en tanto esta última implica un mecanismo de sustitución de la voluntad de NNYA, mientras que la primera prevé un acompañamiento justificado en miras de la protección de NNYA en el desarrollo de su personalidad.

4.3. Un supuesto de especial trascendencia: el derecho al cuidado del propio cuerpo y mayoría anticipada para el acto médico

Más allá de las reglas genéricas esbozadas, por su especial trascendencia en la vida de NNYA y la complejidad de ciertas temáticas, el CCyC se ocupa de regular situaciones particulares con reglas propias. Entre ellas, se ha puesto especial atención en el derecho de NNYA al cuidado del propio cuerpo.

En materia de salud, la autonomía progresiva de NNYA se manifiesta en la posibilidad de otorgar su consentimiento informado para determinadas prácticas. Siendo así, desde antaño se coincide en que en el ámbito del cuidado del propio cuerpo, el concepto jurídico de “capacidad” no se identifica con el bioético de “competencia”. La capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del discernimiento que puede tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos.¹⁸ Por oposición a la capacidad legal, la competencia es una noción perteneciente al área del ejercicio de los derechos fundamentales o personalísimos que no se valora en un momento preciso, “sino que se va formando, requiere una evolución”.¹⁹ Se trata, precisamente, de un elemento de desarrollo evolutivo en el terreno de la bioética que se identifica con el principio jurídico de autonomía progresiva.

Teniendo en cuenta estos parámetros, en el derecho comparado –y también en nuestro país, especialmente como consecuencia de la sanción de sendas legislaciones sobre salud sexual y procreación responsable– se ha incorporado expresa o implícitamente la idea de *mayoría anticipada para el acto médico*, que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mu-

17 Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 218.

18 Highton, Elena y Wierzba, Sandra, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991, p. 87.

19 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *op. cit.*, p. 131.

cho antes de arribar a la mayoría de edad generalmente estipulada por las leyes.

Este concepto tuvo su origen en Gran Bretaña, en virtud del caso “Gillick Vs. West Norfolk and Wicbech Area Health Authority”, resuelto por la Corte de los Lores en 1986, a raíz de la oposición formulada por una madre de cinco niñas menores de 16 años para que se les proveyeran métodos anticonceptivos sin su autorización. Para rechazar la petición, la Corte aseveró que “el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta”, pues la competencia o capacidad legal para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende solo de la edad, sino también de la madurez del NNyA y de su idoneidad para comprender las consecuencias de su decisión.²⁰

El caso “Gillick” inspiró el contenido de las legislaciones comparadas, donde se observan sintéticamente tres tendencias a la hora de regular el derecho de NNyA a tomar decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo: a) una primera se inclina por no marcar límites etarios para consentir determinados actos médicos, receptando el principio general de la autonomía progresiva, y debiendo examinarse la madurez en cada caso concreto;²¹ b) una segunda vertiente tiende a fijar edades cronológicas inamovibles para prestar el consentimiento de determinados actos médicos;²² y c) una tercera opción combina criterios subjetivos y objetivos, de modo que la competencia médica es valorada en función de la edad y madurez del sujeto y de la complejidad del acto médico.²³

Cada una de estas tendencias muestra ventajas y desventajas. Así, el primer sistema que no estipula límites cronológicos es claramente el que recoge con plenitud el principio de la capacidad progresiva, pero presenta la dificultad de precisar cuándo existe madurez suficiente para tomar una decisión en materia de salud, lo cual no deja de producir cierta inseguridad jurídica por la necesidad de su apre-

20 En nuestro país, esta misma tendencia ha sido seguida en sendos precedentes, entre los que se destaca el fallo “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la Rep. Argentina y otros c/ CABA”, *leading case* que puso fin a las discusiones jurisprudenciales en torno del ejercicio del derecho a la salud sexual y procreación responsable por parte de NNyA al menos en el ámbito local, y marcó una clara referencia a seguir por otros tribunales regionales (TSJ CABA, “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 14 de octubre de 2003).

21 Ejemplos de esta posición se encuentran en el Cód. de Salud Pública de Francia (art. 1111-4), el “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina”, suscripto por países miembros del Consejo de Europa el 04/04/1997 (art. 6-2), etc.

22 En esta línea se ubica Inglaterra (conf. Sec. 8va. del Acta de Reforma de Derecho de Familia de 1969 y Children’s Act de 1989), España (conf. art. 9.3 de la ley 41/2002, del 14 de noviembre, “Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”), Valencia (conf. art. 15 de la Ley 8/2008, del 20 de junio), algunas regiones de Estados Unidos (Alabama, Columbia, Carolina del Sur, etc.), entre otros.

23 Siguen esta tendencia Holanda (conf. Cód. Civil), Québec (conf. arts. 14 a 21 del Cód. Civil de 1996), Nueva Zelanda, entre otros.

ciación en el caso concreto y la grave responsabilidad que asumen los facultativos en su caso.²⁴ Este sistema insume un mayor costo en términos de economía y de tiempos, pues implica la intervención judicial para ponderar la madurez del niño y evitar así –por parte de los médicos– la responsabilidad civil y penal derivada de la mala praxis. Por oposición, la mayor crítica que ha recibido el segundo sistema mencionado se centra en que desvirtúa el principio de la autonomía progresiva, al establecer márgenes etarios fijos para ejercer determinados derechos, lo que puede convertirse en fuente de nuevas discriminaciones y arbitrariedades.

Estas observaciones no dejan de ser ciertas. La imposición de reglas inflexibles atenta contra el espíritu del mandato convencional. Pero la eliminación absoluta de estándares puede generar dificultades en relación con las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, donde el principio de autonomía progresiva adquiere una complejidad adicional, especialmente en función de la seriedad de la decisión que pueda tomarse. Ello obliga a establecer pautas básicas, siempre móviles, para evitar la judicialización innecesaria de todas las cuestiones inherentes a la salud de NNyA donde las decisiones requieren en general de un tratamiento urgente e incompatible con los tiempos judiciales.

Esta ha sido la idea recogida en el art. 26 del CCyC, que en su segunda parte reza:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

La norma propone un sistema mixto que se construye a partir de dos variables: a) una subjetiva, vinculada con franjas etarias móviles; y b) una objetiva, relacionada con el tipo y la complejidad del acto médico. La flexibilidad del sistema se halla precisamente en la movilidad de los límites cronológicos, pues la ley estipula presunciones *iuris tantum* que pueden ser cuestionadas de evaluarse la madurez

²⁴ Asensio Sánchez, Miguel Á., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 123.

o inmadurez en el caso concreto, y en la caracterización del acto como invasivo o no invasivo, comprometedor del estado de salud o riesgoso. Ambas cuestiones serán resueltas por el juez.

Para ser más precisos, el sistema previsto por el CCyC tiene los siguientes alcances:

1. *Representación*: los niños y niñas, es decir, las personas menores de 13 años, son incapaces para tomar decisiones en materia de salud y, en consecuencia, requieren de la representación de sus progenitores, quienes prestarán el consentimiento para el acto médico sin perjuicio de la necesaria información y participación del niño, conforme resulta del art. 2 inc. e) de la Ley Nº 26.529 de Derechos del Paciente del año 2009.
2. *Presunción de autonomía*: se presume *ius tantum* que el adolescente de entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí, en forma autónoma, respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
3. *Codecisión*: si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente de entre 13 y 16 años debe prestar su consentimiento conjuntamente con asistencia de sus progenitores y solo ante un conflicto entre ellos corresponde habilitar la intervención judicial.

De ello da cuenta un precedente por el cual se desestimó el pedido de autorización incoado por el Gobierno de la CABA para realizar una transfusión sanguínea a una joven testigo de Jehová de 14 años en caso de ser eventualmente necesario frente a una cirugía programada. Para decidirlo, se subrayó que

... corresponde analizar si existe conflicto entre la decisión del menor y de sus progenitores. Conflicto que no se presenta en autos. En consecuencia, no resulta de aplicación la parte final del quinto párrafo del art. 26. Por otra parte, la noción de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos implica la escucha del menor para evaluarla: respetando su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Extremo que se ha cumplido profunda y extensamente en la audiencia celebrada con O. y con sus padres".²⁵

El conflicto entre el adolescente y sus progenitores se resuelve teniendo en cuenta

²⁵ Juz. Nac. Civ. Nº 17, "Gob. de la CABA c/ PNL y otros s/ autorización", Expte. Nº 40.737/2016 (inédito), 13 de julio de 2016.

su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico. Claro está que, aunque la norma nada diga, más allá de la opinión médica con relación al acto en sí, el juez deberá ponderar la madurez del adolescente a través de una evaluación interdisciplinaria que se llevará a cabo bajo la modalidad ya indicada al explicitar las reglas generales, teniendo en cuenta la complejidad del acto médico del que se trata. Creo también que, tratándose de personas vulnerables, a fin de autorizar la decisión, el juez deberá considerar lo que en términos bioéticos se ha dado en llamar “principio de utilidad”, que se vincula con la necesidad del acto médico y exige evaluar que los beneficios y los inconvenientes estén equilibrados.²⁶

4. *Autonomía o mayoría anticipada para el acto médico*: en fin, como regla absoluta y sin admitir prueba en contrario, a partir de los 16 años el adolescente es considerado un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Sin embargo, esta regla absoluta ha dado lugar a excepciones frente a situaciones complejas. Así, en un fallo se autorizó el trasplante de médula ósea indispensable para el tratamiento de una joven de 16 años con hipoacusia que no se comunicaba mediante lengua de señas, pese a la oposición de su madre por creencias religiosas. El tribunal resaltó: “si consideramos la edad de (...), la falta de consentimiento de su madre no sería obstáculo, dado que la adolescente goza de la presunción de su autonomía (...) pudiendo decidir por sí misma, prescindiendo del asentimiento de su madre”. No obstante,

... este caso merece una especial consideración, dado que M. D. M., a pesar de su presunción de autonomía, padece de hipoacusia, lo que le genera cierta limitación para comunicarse y comprender los procedimientos médicos (...), generándose así dudas respecto a su madurez y competencia para comprender realmente la situación en la que se encuentra, no pudiendo establecerse si ha podido dar un verdadero consentimiento informado...²⁷

A la luz de esta regla genérica, y partiendo del principio por el cual ley posterior deroga ley anterior, la nueva normativa conlleva dejar sin efectos todas las disposiciones contenidas en normas especiales que resulten incompatibles con el CCyC o restrinjan mayores derechos de NNyA.

²⁶ Por poner un ejemplo extremo, no puede evaluarse del mismo modo un deseo de implante mamario que una decisión vinculada con suspender un tratamiento que prolongue innecesariamente la vida través de medios artificiales cruentos y desproporcionados.

²⁷ Juz. Civ. y Com. Corrientes, “M. D. A., M. C.; M. D. y J. G. D. s/ víctimas”, Expte. N° 41.38/11 (inédito), 29 de abril de 2016 .

Así, por ejemplo, el art. 26 exige una reinterpretación de la Ley Nº 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, del año 2009, cuyos principios resultan extensibles a las decisiones autónomas que puedan adoptar los adolescentes. Sin perjuicio de ello, debe notarse que ya el decreto 1089/2012, al reglamentar el art. 2 de la norma, advertía que

... los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley 26.061.

A su vez, el CCyC deroga lo previsto en la Ley Nº 26.743 de Identidad de Género, del año 2012, cuyo art. 5 exige la autorización judicial para la readecuación genitral de las personas menores de edad. Desde esta perspectiva, aunque acotado a la cuestión nominal, se resolvió autorizar a una adolescente de 14 años a la reasignación de nombre y sexo registral, tras subrayarse que

... la identidad se construye desde los primeros años de la existencia de la persona y los niños, niñas y adolescentes; dentro de este proceso constitutivo, tienen la posibilidad de expresar su verdadero género, el cual es una construcción cultural que muchas veces no coincide con el sexo biológico. El interés superior, la capacidad progresiva, el derecho a ser oído en íntima interrelación con el derecho a la identidad de género, con el derecho a la dignidad y libertad, y la condición de sujeto de derecho que ostentan, me llevan a que no pueda desconocerse la realidad humana en que se encuentra N.²⁸

Por otra parte, debe considerarse que la regla del art. 26 encuentra una contradicción en el art. 60 del mismo Código que, en consonancia con la ley de muerte digna (Ley Nº 26.529 de 2009), estipula la mayoría de edad para formular directivas médicas anticipadas. Por el principio *pro homine*, que conduce a la prevalencia de la norma que provea "la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional",²⁹ sumado al principio de la capacidad jurídica y que toda restricción a esta capacidad debe considerarse

²⁸ Juz. Fam. Junín, "R. N. J. s/rectificación de partidas", 10 de diciembre de 2015 (EIDial.com - AA9794).

²⁹ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, T. I-A, p. 389.

excepcional, debe entenderse que a partir de los 16 años los adolescentes se encuentran autorizados a emitir estas directivas. Ha sido pionera en este sendero la Ley Nº 10.421 de la provincia de Córdoba (sancionada en 2016) sobre Declaración de Voluntad Anticipada, por la cual, a partir de los 16 años, las personas menores de edad son consideradas adultos para brindar instrucciones a fin de ser sometidas o no a determinados tratamientos médicos en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que les impidan consentir o expresar su voluntad en ese momento (art. 6).

Por el mismo principio *pro homine*, por sobre los límites impuestos por el art. 26 del CCyC, se imponen las legislaciones locales en materia de salud sexual y procreación responsable que prevén la posibilidad de acceso a consultas médicas y a métodos anticonceptivos aun antes de los 13 años, como es el caso de la Ley Nº 418 de la CABA, cuyo art. 5 establece como destinatarios de las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la salud sexual y procreación responsable a la población en general y especialmente a las personas en edad fértil. Nótese, además, que la Ley Nº 25.673, que en el año 2002 creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, no estipula restricciones etarias, pues el art. 3 indica que “el programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna”. Sin embargo, el art. 4 del decreto reglamentario 1282/2003 prevé que en las consultas se procurará “la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de 14 años”, aunque seguidamente se aclara que “las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad”. Así también, resulta de aplicación a toda la población de mujeres y sin límites etarios la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso “F., A. L.”³⁰ con respecto a la atención de los abortos no punibles y la asistencia integral de las víctimas de violencia sexual.

Más compleja es la respuesta en el área de salud mental, en particular en orden a las internaciones de las personas menores de edad, ya que según el art. 26 de la Ley Nacional de Salud Mental -26.657- del año 2010, estas internaciones son reputadas involuntarias. En principio parece lógico suponer aquí también que la normativa general y posterior deroga a la ley especial y anterior, pero esta solución es cuestionable a tenor de la especial situación de vulnerabilidad en la que se en-

30 CSJN, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012.

cuentran las personas con discapacidad o consumo problemático de sustancias.³¹

Por último, y en cuanto al aspecto objetivo vinculado con el tipo y complejidad del acto médico, se ha criticado la utilización de ciertas expresiones para caracterizar dicho acto, tales como “tratamientos invasivos y no invasivos”. Sin ánimo de extenderme en conceptualizaciones que deberán quedar en manos de la opinión médica, comparto con Rivera cuando concluye que lo relevante a la hora de calificar la modalidad del acto no debe ser tanto lo invasivo en sí (si se entiende como procedimientos invasivos aquellos que involucran instrumentos que rompen la piel o penetran físicamente en el cuerpo) sino el riesgo que cause a la salud, la integridad o la vida,³² tanto cuando se trate de aceptar una decisión autónoma del adolescente como cuando se deba resolver ante un conflicto de opiniones entre el joven y sus progenitores.

5. Reflexiones finales

He dicho que uno de los principales retos que propone el paradigma de la protección integral de derechos emergente de la CDN es la búsqueda del *equilibrio* entre el reconocimiento del derecho de NNyA a participar en las decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos fundamentales y el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares.

La promoción y apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable involucra, como vimos, tres aspectos: a) la *evolución*, focalizada en la idea de madurez; b) la *participación* en esta toma de decisiones, la cual solo se transferirá a los adultos frente a la ausencia de madurez; y c) la *protección* pues, por su situación de persona en desarrollo, el niño tiene derecho al amparo frente a decisiones que puedan serle perjudiciales.

La conjunción de estos tres aspectos permite afirmar que a *mayor* madurez de NNyA, *menor* será el grado de protagonismo del Estado y los progenitores (o demás responsables) en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Y mucho menor será la intervención del Estado, cuando se verifique la voluntad coincidente entre

31 En este sentido, Olmo y Menossi señalan que, si bien el CCyC les reconoce la mayoría de edad para los actos médicos, los menores de 18 años “no dejan de ser personas ‘menores de edad’ a los fines de la aplicación del art. 26 de la Ley N° 26.657, por lo que el presupuesto fáctico para su aplicación sigue siendo el mismo” (Olmo, Juan P. y Menossi, María P., “Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo”, en Alegría, Héctor (dir.), *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 67).

32 Rivera, Julio, “Las claves del Código Civil y Comercial en materia de personas humanas. Comienzo de la existencia. Capacidad de los menores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Claves del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 217.

el niño y su familia, pues debe presumirse que las personas más allegadas a aquel respetarán su propia historia vital y actuarán conforme su interés.

De lo expuesto se desprende que el niño debe estar asociado al proceso de toma de decisiones en el punto *máximo* posible³³ en función de la evolución de sus facultades, de modo que, como regla, verificada su madurez para decidir en el caso concreto, podrá adoptar una resolución en forma autónoma. De no alcanzar esa madurez, deberá al menos respetarse su derecho a participar en la toma de decisiones con la asistencia de sus progenitores y demás actores relevantes.

La protección del Estado se expresará en una intervención de mínima que debe guardar la proporcionalidad exigida para intervenir en cualquier derecho fundamental. En consecuencia, estará condicionada a la verificación de que resulta idónea para contribuir en la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la protección de la vida o la integridad física y/o psíquica), y que deviene necesaria para la consecución de tal fin, de modo que sea la más benigna con el derecho intervenido.

33 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *op. cit.*, p. 132.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 6

El derecho a la vida y la garantía de la supervivencia y desarrollo del niño

Marisa Snaider¹

¹ Asesora de Menores e Incapaces de la Provincia de Buenos Aires.

ARTÍCULO 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.

(Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990)

1. Introducción

El derecho que se aborda en este artículo hace referencia a un concepto muy amplio; para los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA), el derecho a la vida es la oportunidad de vivir su infancia, poder crecer, desarrollarse y llegar a la edad adulta. Está compuesto por dos derechos fundamentales: el derecho inherente a la vida y el derecho a la supervivencia y al desarrollo.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido como uno de los principios generales de la Convención el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Al tratarse de un derecho fundamental, afecta fuertemente al resto de los derechos, por lo que respetarlo tiene un resultado sinérgico que contribuye al efectivo cumplimiento del resto de los derechos de NNyA.

El derecho a la vida es ontológicamente superior a los demás y ocupa el primer lugar entre los derechos humanos, pues los restantes derechos, sin vida, se tornarían inválidos. Los demás derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) no son autónomos: para que tengan operatividad necesitan indefectiblemente un sujeto de carácter autónomo al que cualifican y perfeccionan. Por eso, el derecho a la vida, más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición del ser humano y un presupuesto indispensable para su existencia.

Asimismo, el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona; la vida y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo, destacándose su reconocimiento normativo a nivel supranacional. Como bien señala María del Rosario Carmona Luque:

Está consolidado en el marco internacional de los derechos humanos, donde se proclama por todos los instrumentos generales adoptados en este sector del Derecho Internacional; se erige como un derecho supremo y esencial, inherente al ser humano, fundamental e indispensable para el disfrute de los

demás derechos humanos; y se reconoce como norma de Derecho Internacional General y norma imperativa de *ius cogens*. Su carácter fundamental y preeminente lo lleva a formar parte del denominado “núcleo duro” de los derechos humanos, esto es, aquellos derechos que no pueden ser objeto de derogación en ninguna circunstancia.²

En este sentido, en la Observación General Nº 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos afirma que

... se trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones de conflicto armado y otras emergencias públicas. El derecho a la vida tiene una importancia decisiva tanto para las personas como para el conjunto de la sociedad. Constituye en sí mismo el valor máspreciado, en cuanto derecho inherente a todo ser humano, pero también es un derecho fundamental, cuya protección efectiva es requisito indispensable para el disfrute de todos los demás derechos humanos y cuyo contenido puede ser conformado y permeado por otros derechos humanos.³

Hasta ahora se conceptualizó el derecho a la vida en su sentido amplio y su valor supremo como condición indispensable para que se tornen vigentes el resto de los derechos. Sin embargo, quiero hacer hincapié en el segundo punto del artículo 6 de la Convención, y remarcar la real importancia del derecho a la supervivencia y al desarrollo, así como la poca visibilización de la vulneración de estos.

Estos conceptos aparecen menos definidos y/o consolidados en el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, no son tan elocuentes; sin embargo, son derechos que están en formación, pero no por eso tienen menor importancia.

Para conceptualizar el derecho al desarrollo podemos mencionar la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de las Naciones Unidas que establece:

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales,

² Carmona Luque, María del Rosario, *La Convención sobre los Derechos del Niño, Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2011.

³ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 36 “sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida”, CCPR/C/GC/R.36/Rev.7, 30 de octubre de 2018, párr. 2.

a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.⁴

De acuerdo con esto, desde temprana edad NNYA deben contar con un sistema de protección social de calidad. Los desafíos de la primera infancia requieren de un abordaje multidimensional que considere las áreas de salud, educación, cuidado y protección, entre otras. La coordinación intersectorial e interjurisdiccional debe fortalecerse para implementar políticas integrales que fomenten el crecimiento pleno con enfoque de equidad. En este sentido, los Estados deben garantizar el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de los adolescentes a través de medidas positivas destinadas a proteger la vida.

Asimismo, para poder asegurar el derecho de NNYA a la vida, también debe asegurarse la posibilidad de que puedan crecer y desarrollarse en un ambiente favorable; si no tienen acceso a la atención de la salud, a una alimentación equilibrada, a una educación de buena calidad, así como a un ambiente saludable, no será posible que puedan gozar plenamente del derecho a la vida en el sentido en que fue pensado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, asegurar que los niños tengan la posibilidad de desarrollarse de una forma sana y natural en cualquier tipo de situación (paz, guerra, catástrofe natural, etc.) constituye no solo una obligación de los Estados sino también una responsabilidad de los padres.

En el documento *Para cada niño, el mejor comienzo*, UNICEF enumera seis áreas fundamentales para el desarrollo: inclusión social, cuidado, educación inicial, desarrollo neurocognitivo y emocional, salud y nutrición y protección contra la violencia. Asimismo, expresa su posicionamiento sobre la primera infancia, que destaca como el período de mayor y más rápido desarrollo de la vida, declarando que

... durante esta etapa se construyen las bases del futuro de cada niño, de su salud, bienestar y educación. Por eso es necesario que en esta etapa todos reciban oportunidades que permitan una vida plena y productiva y el ejercicio de sus derechos. Asegurar el acceso a un sistema de protección social de calidad desde el comienzo puede hacer una diferencia en el desarrollo de los niños y niñas, y con ellos, de toda la sociedad. Con intervenciones tempranas, las inequidades y disparidades sociales pueden erradicarse.⁵

⁴ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo*, art. 1.

⁵ UNICEF, *Primera Infancia 2016-2020: Para Cada Niño, el Mejor Comienzo*, 2016, p. 5. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-03/PrimerInfancia2016_0.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

Podemos mencionar también la Observación General Nº 7 del Comité de los Derechos del Niño,⁶ donde se insta a los Estados Partes a que adopten todas las medidas posibles para mejorar la atención perinatal para madres y lactantes, reducir la mortalidad de lactantes y la mortalidad infantil, y crear las condiciones que promuevan el bienestar de todos los niños pequeños durante esta fase esencial de su vida. Garantizar la supervivencia y la salud física son prioridades, pero se recuerda a los Estados Partes que el artículo 6 engloba todos los aspectos del desarrollo, y que la salud y el bienestar psicosocial del niño pequeño son, en muchos aspectos, interdependientes. Ambos pueden correr peligro por condiciones de vida adversas, negligencia, trato insensible o abusivo y escasas oportunidades de realización personal. Los niños pequeños que crecen en circunstancias especialmente difíciles necesitan atención particular. El Comité recuerda a los Estados Partes que el derecho a la supervivencia y el desarrollo solo pueden realizarse de una forma integral mediante la observancia de todas las demás disposiciones de la Convención, incluidos los derechos a la salud, la nutrición adecuada, la seguridad social, un nivel adecuado de vida, un entorno saludable y seguro, la educación y el juego (arts. 24, 27, 28, 29 y 31), así como respetando las responsabilidades de los padres y ofreciendo asistencia y servicios de calidad (arts. 5 y 18). Desde su más tierna infancia, los niños deberían ser incluidos en actividades que promuevan tanto la buena nutrición como un estilo de vida saludable, que prevenga las enfermedades.

Al Comité le preocupa que, en la aplicación de sus obligaciones en virtud de la Convención, los Estados Partes no hayan prestado atención suficiente a los niños pequeños en su condición de portadores de derechos, ni a las leyes, políticas y programas necesarios para hacer realidad sus derechos durante esa fase bien diferenciada de su infancia. El Comité reafirma que la Convención sobre los Derechos del Niño debe aplicarse de forma holística en la primera infancia, teniendo en cuenta los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.⁷

Asimismo, Ángela Moreno Bobadilla, en su artículo referido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) expresa que

... los niños forman parte de la sociedad, y como tales están presentes en

⁶ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 7 "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", CRC/C/GC/7, 14 de noviembre de 2005, párr. 10.

⁷ *Ibidem*, párr. 3.

todos los actos de la vida cotidiana. Pero debido a su especial inocencia, y a su gran vulnerabilidad, es necesario protegerlos frente a los abusos a los que se puedan ser sometidos, aunque al mismo tiempo es importante tener en cuenta sus opiniones, sus sentimientos y sus deseos.

El Derecho de menores ha intentado buscar un equilibrio entre la protección de los más pequeños y su desenvolvimiento personal, para lo que ha ido confiriendo a este colectivo una mayor participación en la sociedad, y es que, tal como afirma María Fernanda Moretón Sanz: "... ahora la infancia se ha convertido en un 'sujeto' activo de intereses, por lo que los niños y las niñas resultan ser titulares de derechos con una adquisición progresiva y paulatina de su capacidad de obrar y con autonomía propia para la atención de sus necesidades. Este cambio de paradigma, que ha transformado al menor de objeto a sujeto y titular de derechos, también lo ha hecho ciudadano". La protección de la infancia ha constituido un interés del derecho desde hace varias décadas, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, ya que debido a su corta edad se trata de un colectivo que es necesario proteger de una forma especial, sobre todo teniendo en cuenta que es durante los primeros años de vida cuando se produce el desarrollo emocional e intelectual de las personas.⁸

Precisamente la Corte IDH, en el "Caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", consideró que hubo violación de derechos humanos al privar de las condiciones indispensables para asegurar una vida digna, especialmente porque se trató de personas vulnerables, como los niños. En ese sentido dijo:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se

⁸ Moreno Bobadilla, Ángela, "El Interés Superior del Menor en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N° 11, Madrid, Dialnet, 2016, p. 142. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5547492> [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.⁹

2. Nuestros tribunales

A continuación, señalaremos sentencias de nuestros tribunales, donde se hace mención al derecho a la vida en su concepción amplia, y con ello cobran efectividad el resto de los derechos de los NNyA. Sin embargo, no han tenido la misma repercusión el amparo al derecho al desarrollo y la supervivencia de los NNyA.

En el caso “B., R.J. c/ I.O.M.A. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”¹⁰ R. J.B. representó a su hijo menor de 8 años –J. D.B., quien padece trastorno generalizado del desarrollo no especificado (TGD), retraso mental leve y deterioro del comportamiento de grado no especificado– y promovió una acción de amparo contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (en adelante, IOMA), a fin de obtener una cobertura integral y directa para el tratamiento de la mentada discapacidad. El fallo de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al IOMA, delegación Lincoln, que reintegrara y abonara lo adeudado por honorarios profesionales correspondientes a la psicopedagoga y a la acompañante terapéutica, y asimismo condenó a dicho organismo a brindar en forma inmediata mensual, continua y permanente, la cobertura total del 100% que impone el tratamiento al niño. Por su parte, la Cámara actuante hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y dispuso “morigerar” la sentencia apelada, limitando el alcance de la condena de conformidad a lo previsto por las Resoluciones en vigencia del IOMA. Finalmente por mayoría, la Suprema Corte de Justicia hizo lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora, revocó la sentencia de Cámara y confirmó la dictada en primera instancia.

La Corte expresó que

En un caso que guarda similitudes con el presente –causa A. 69.164 “P., S. A.”, sent. del 1-VI-2011– y que cita el recurrente, tuve oportunidad de expresarme con conceptos que evaluó aplicables aquí.

⁹ Corte IDH, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

¹⁰ Suprema corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Belletti, Roberto Jesús c/ I.O.M.A. s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 4 de mayo de 2016.

Las razones brindadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “I. 248 XLI. Recurso de Hecho en I.C.F. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo”, cuyo criterio hago mío, me persuaden de la necesidad de adecuar el criterio de este Tribunal al de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto y decidir que el recurso prospera en cuanto al alcance que cabe otorgar en el caso a las normas federales y locales invocadas por el recurrente, en lo referido al derecho que le asiste al amparista a percibir una cobertura integral de la prestación brindada por los profesionales de psicopedagogía y acompañante terapéutico.

Allí expresó que, al sostener que la protección parcial brindada por el IOMA no resultaba arbitraria frente al contenido del régimen normativo aplicable a la especie, se soslayaba –aun en el limitado marco de conocimiento que permite la pretensión cautelar– no solo la índole y trascendencia de los derechos en juego sino, además, el espíritu mismo de dicha legislación.

En esa línea argumental, recordó que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental. Adunó que, conforme se desprende de sus precedentes, el Tribunal ha puntualizado, con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994, que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros).

En igual sentido, enfatizó que los tratados internacionales con jerarquía constitucional contienen cláusulas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge de los arts. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 41 inc. 11 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; 24 inc. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 12 inc. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar (Fallos: 323:3229 cit.).¹¹

11 *Ibidem*.

En otro caso se dijo que

... en circunstancias donde está en juego el derecho a la salud, y como corolario *el derecho a la vida de un niño* con discapacidad, la vía de amparo resulta un instrumento eficaz para concretar la protección reclamada. Ello en punto a evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela en el orden constitucional (arg. art. 43, Constitución Nacional). En vista a la naturaleza especial de los derechos comprometidos, tratándose de un niño con discapacidad y el objeto de la pretensión, así como las constancias de la causa, acudir a las vías ordinarias podría generar un perjuicio de tardía, insuficiente.¹²

Por otra parte, niños, niñas y adolescentes tienen derecho a gozar de los derechos económicos, sociales y culturales. Al analizar las obligaciones del Estado en virtud de la 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 excede 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.¹³

En el caso G.G.¹⁴ resuelto por el Tribunal de Familia 2 de Mar del Plata se debatió la situación de una niña con HIV en tratamiento médico y que, junto con su progenitora, se negaban a que se le administrase medicación y se le colocara el botón gástrico indicado por el equipo de salud. Con fundamento en que la niña no había podido motivar su negativa —lo que el Tribunal interpretó como un indicio claro de que su discurso se encontraba absolutamente colonizado por el de su madre, quien se negaba por motivos religiosos—, el Tribunal resolvió autorizar a las autoridades del hospital donde estaba internada la niña a realizar la intervención quirúrgica y a suministrar la medicación que fuera necesaria para salvaguar-

12 Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, La Plata, "G., T.V. c/ I. s/ Incidente art. 250 C.P.C.C. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley", 28 de diciembre de 2016.

13 Corte IDH, "Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay", 2 de septiembre de 2004, párr. 149.

14 Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata, "G. G. s/ Medidas cautelares", 6 de febrero de 2009.

dar su derecho a la salud. Para tal decisión se tuvo en cuenta que

... de acuerdo con las características propias de G., esta decisión judicial no debe ser guiada por la expresión de su deseo actual y de su lenguaje verbal. Reitero, no es dable aceptar su decisión, puesto que la misma la sumiría en un gravísimo riesgo de salud y de vida, que no parece poder apreciar a esta altura de su niñez. Así, la voluntad que ella expresa no debe determinar el curso y procedencia de la acción intentada. Debo señalar que la entidad y trascendencia de la cuestión que se debate involucra derechos que no forman parte de aquellos derechos de los cuales la niña puede disponer, puesto que en definitiva y de acuerdo a todos los informes médicos obrantes en la causa que a continuación desarrollo, el solo aplazamiento de la fecha de aplicación del botón de gastrostomía y de la medicación, acentúa el riesgo de vida de G.

En otro caso, "P.B.M. c/ OSDE s/ amparo de salud",¹⁵ la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, condenó a una prepaga a cubrir el 100% de un aceite de Cannabis prescripto a una niña diagnosticada con epilepsia argumentando que

... la niña B. tiene derecho al "disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud" (conf. art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención que resulta de aplicación obligatoria en "todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad", de conformidad a lo dispuesto por el art. 2 de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

3. A modo de conclusión

A lo largo de su articulado, la CDN le da sustancia al enfoque de protección integral de la infancia; de allí se derivan obligaciones específicas para los Estados Parte con el objetivo de asegurar todos y cada uno de los derechos en ella reconocidos a NNyA; entre ellos, el derecho a la vida. Este último está compuesto por dos derechos fundamentales: el derecho a la vida en sí y el derecho a la supervivencia y al desarrollo.

¹⁵ Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, "P.B.M. c/ OSDE s/ amparo de salud", 22 de octubre de 2015.

El derecho a una vida protegida del que gozan NNyA implica que los países protejan eficazmente su desarrollo en un ambiente favorable en pos de preservar su vida. Para la satisfacción y realización de los derechos que corresponden a NNyA como sujetos de derechos, debe entonces primar el deber del Estado de concretar esos estándares, principios y exigencias jurídicas que obran en interés de aquella tutela efectiva y preventiva de los derechos humanos de la niñez.

Indiscutiblemente, el derecho a la vida es reconocido como un derecho supremo, siendo este fundamental y necesario para la efectividad del resto de los derechos. Sin embargo, no se ha dimensionado la gran importancia que tienen el derecho al desarrollo y a la supervivencia, que resultan igualmente fundamentales. Es indispensable entender estos derechos como imprescindibles para garantizar el derecho a la vida; si no se garantiza la supervivencia de un niño o niña y su derecho al desarrollo, tampoco tendrá garantizado su derecho a la vida.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 7 Y 8

Una ley para todos los chicos y chicas del mundo

Estela de Carlotto¹

¹ Presidenta Abuelas de Plaza de Mayo. Recibió numerosos Doctorados "Honoris Causa" en Argentina y en el exterior: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Entre Ríos, Universidad Nacional de Salta, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de San Martín, Universidad de Massachusetts, Universidad Autónoma de Barcelona.

Fue reconocida con otros títulos honorarios en Argentina: Profesora Extraordinaria en la categoría de Profesor Honorario con distinción de Ciudadano Ilustre. Universidad de Mar del Plata; Orden de las Palmas Académicas al Mérito Social en el grado de Personalidad de Ilustre Trayectoria en el campo de los Derechos Humanos. Instituto de Educación Superior del Centro de la República. Villa María, Córdoba. Profesora Honoraria de la Universidad de La Pampa.

Recibió otros títulos honorarios internacionales: Distinción "University in Exile Award 2005" otorgada por la New School University, New York; La Gran Medalla de la Ville de París. Le Marie Francia.

ARTÍCULO 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

ARTÍCULO 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El impacto de nuestra lucha en materia de legislación sobre la niñez ha sido decisivo a escala mundial. Tan es así que la Convención sobre los Derechos del Niño, que hoy está cumpliendo 30 años desde su sanción, incluye tres artículos, directamente promovidos por las Abuelas de Plaza de Mayo, tendientes a proteger el derecho a la identidad.

¿A qué nos referimos cuando hablamos del derecho a la identidad? ¿Por qué la identidad es un derecho?

Los derechos fundamentales, como la libertad, la alimentación, la vivienda digna, el trabajo, la salud y la educación, son fáciles de comprender y apreciar. El derecho a la identidad, en cambio, aunque es fundamental, no se destaca a simple vista y, por obvio, pareciera no tener que explicitarse. Se trata del derecho de cada uno a saber quién es y cuál es su origen.

La identidad no es algo fijo y permanente: es un proceso de construcción que realizamos a lo largo de toda nuestra vida, en contexto y en relación con otros y otras. Por eso, las experiencias de la niñez, los afectos, las relaciones, las experiencias familiares, cercanas y lejanas, forman parte de esta construcción que nos constituye. Las identidades se van construyendo así, a partir de las múltiples identificaciones con los otros. Se entrelazan con las características que nos hacen semejantes y diferentes a los demás. Las identidades se constituyen en las relaciones familiares, comunitarias, regionales, nacionales e incluyen características como la filiación (ser hijo o hija de), el género, la etnia, las opciones culturales, religiosas y políticas, entre otras.

En la Argentina, durante el terrorismo de Estado, fue el propio Estado el que violó este derecho a través de un plan sistemático de sustracción de la identidad de los niños. Este hecho histórico puso en evidencia que el derecho a la identidad debía ser explicitado para que fuera considerado un derecho humano fundamental, y por lo tanto, una responsabilidad de los estados garantizarlo.

Desde nuestros orígenes, las Abuelas de Plaza de Mayo hemos concebido nuestra lucha en clave de derechos. En ese recorrido, nos hemos ido generando impacto en el espacio público, interviniendo en las políticas referidas a la niñez en general y el derecho a la identidad en particular.

Pero como siempre mencionamos, nada de lo que hemos logrado en estos casi 42 años de lucha lo hubiésemos logrado solas. Primero nos reunimos entre nosotras, mujeres con un mismo dolor que, compartido, se fue transformando en ingenio

y trabajo, con el amor como único motor. Luego comenzamos a pedir ayuda a la sociedad, en la Argentina y en el exterior, y fueron esos lazos de solidaridad que fuimos tejiendo naturalmente los que nos permitieron dar argumento, legislación y solidez al derecho que tradujo nuestro reclamo: la búsqueda de los hijos e hijas de nuestros hijos e hijas desaparecidos por el terrorismo de Estado.

En la historia de la incorporación de este derecho en la Convención fue decisiva la colaboración de Cruz Melchor Eya Nchama, un luchador por los derechos humanos de Guinea Ecuatorial, líder del Movimiento Internacional para la Unión Fraternal entre las Razas y los Pueblos y reconocido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Sin la solidaridad de otros colectivos que nos fueron abriendo camino, como hoy nosotras lo hacemos con otros, jamás lo hubiéramos logrado.

Los representantes de la dictadura argentina ante la ONU nos prohibían hablar en la Comisión de Derechos Humanos de ese organismo. Hacía tiempo que intentábamos ser escuchadas en el sistema que pretendía proteger los derechos humanos de los Estados miembros, pero se nos hacía cuesta arriba. Fue en 1982 cuando el Movimiento que presidía Nchama nos dio generosamente un lugar y, así, logramos llevar nuestra voz ante esa Comisión. Por primera vez, el reclamo por nuestros nietos y nietas desaparecidos fue oído en la ONU.

Entonces comenzamos a tener una participación activa en esa Comisión, que comenzó a valorar nuestra mirada y palabra. En noviembre de 1989 se logró incorporar a la Convención sobre los Derechos del Niño los artículos 7, 8 y 11, para garantizar a todos los niños y niñas del mundo un nuevo derecho: el derecho a la identidad. En reconocimiento a nuestra lucha, se los llamó artículos argentinos.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

En septiembre de 1990, la Convención sobre los Derechos del Niño se incorporó a la legislación argentina. Entonces pedimos al Estado la conformación de una comisión técnica especializada que tuviera como objetivo velar por el cumplimiento de los artículos 7, 8 y 11 de la Convención y, simultáneamente, se encargara de buscar y localizar a los niños y niñas desaparecidos durante la última dictadura. Con esa finalidad, en 1992 se formó la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Ante denuncias de tráfico de menores, despojo a madres en situaciones límites, y por ser el único ámbito del Estado dedicado a garantizar el derecho a la identidad, la labor de la CONADI puso en evidencia que los hijos de desaparecidos y los hijos de mamás en estado de indefensión social comparten similares mecanismos de despojo: a unos y a otros se les arrebató la identidad y se los trata como objetos.

A partir de esta lucha reflejada en la Convención sobre los Derechos del Niño, muchos fueron los avances de las leyes nacionales y provinciales en materia de identidad, pero también es mucho lo que falta por hacer. Todavía hay casi 300, hoy ya hombres y mujeres, apropiados durante la última dictadura que viven con

su identidad cambiada, y muchos que, por otras razones, también ven vulnerado su derecho a la identidad.

La CONADI, al igual que Abuelas, atiende a personas que tienen dudas acerca de su identidad y recibe denuncias e información sobre posibles hijos e hijas de personas desaparecidas. Con el fin de corroborar los hechos denunciados, además realiza la presentación jurídica correspondiente. Sin embargo, hay varias acciones que desde Abuelas no podemos realizar ya que somos una organización no gubernamental (ONG), mientras que la CONADI sí puede, por ser un estamento del Estado.

Cuando una persona se presenta con dudas sobre su origen biológico en Abuelas o en la CONADI, es atendido por el equipo de Presentación Espontánea. Una vez realizada la entrevista con la persona que cree vulnerado su derecho a la identidad, si nació entre 1975 y 1981 –parámetro establecido por la ley para determinar su posible encuadre en delitos de apropiación durante la última dictadura militar– se inicia la apertura de un legajo en la CONADI, que se encarga de la investigación documental. Es decir, solicita documentación a los lugares que intervinieron en la inscripción de los bebés nacidos en ese período –hoy, adultos que dudan sobre su identidad– y los legajos de los funcionarios de salud firmantes de cada nacimiento, para poder cotejarlos con la documentación que llevó la persona que se presentó en Abuelas o en la CONADI.

En los casos en los que la investigación documental arroje indicios de una apropiación, la CONADI puede indicar al Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) la realización de pericias genéticas para determinar la verdadera identidad, de forma gratuita y sin necesidad de iniciar una causa judicial.

Además, la CONADI releva a los integrantes de cada grupo familiar de las mujeres embarazadas que fueron víctimas de la represión ilegal en cualquier punto del país para incorporar sus datos genéticos al BNDG, y con el mismo fin investiga casos de mujeres embarazadas que fueron víctimas de la represión ilegal y niños desaparecidos durante la última dictadura cívico-militar.

Con todas estas herramientas, en 41 años de trabajo hemos logrado restituir la identidad de 130 nietos. La CONADI también ha podido resolver otros casos de filiación que no tienen que ver con la dictadura. El valor del derecho a la identidad ha sido comprendido por la sociedad, que hoy lo valora y resguarda sin excepción.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es el tratado ratificado por más

países excepto Estados Unidos). Así, queda claro que el derecho a la identidad es contemplado no solo en nuestro país sino en el mundo entero.

A lo largo de sus 54 artículos, la Convención reconoce que las personas menores de 18 años tienen derecho a ser protegidas, desarrollarse y participar activamente en la sociedad, es decir que las considera sujetos de derecho.

Los artículos 7, 8 y 11 señalaron al mundo el valor de la identidad como derecho humano fundamental. Las Abuelas de Plaza de Mayo estamos orgullosas de que nuestra lucha haya servido para proteger a los niños y niñas de todas las generaciones y ratificamos cada día que seguiremos trabajando por la infancia y para que nunca más ningún niño deba sufrir lo que nuestros nietos y nietas padecieron y muchos de ellos, hoy adultos, siguen padeciendo. Nuestra tarea parece infinita y circular, pero nada nos detiene, porque sabemos que la verdad tarde o temprano sale a la luz. Hoy nuestros nietos y nietas son padres y madres, y sus hijos también sufren la adulteración de su identidad.

Una vez más nos encontramos visitando jardines de infantes, escuelas primarias y secundarias, como cuando en los inicios de dictadura salíamos a buscar a los hijos de nuestros hijos. Hoy los que pueden estar allí son nuestros bisnietos que, con su pregunta, quién sabe, tal vez despierte a ese nieto o nieta que nos falta.

A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño, seguimos luchando por los derechos de la infancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño y el derecho de vivir en familia de niñas, niños y adolescentes

María Bacigalupo de Girard¹

María Julia Feierherd²

Cecilia Queirolo³

¹ Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UBA). Jueza Nacional de 1ª Instancia en lo Civil y Familia. Profesora Adjunta Titular de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la UBA. Secretaria de Redacción de Derecho de familia *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Abeledo Perrot.

² Abogada. Especialista en Administración y Justicia (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Ayudante de 2ª en Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA). Prosecretaria Coadyuvante Juzgado CAyT de CABA N° 12.

³ Abogada. Ayudante de 1ª en Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA). Cursante de la carrera de Posgrado especialización en Derecho de Familia (UBA). Jefa de Despacho de la Defensoría de Menores e Incapaces N° 7 de la DGN.

ARTÍCULO 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

1. Introducción

¡Felices 30 años, querida Convención sobre los Derechos del Niño!

Sin dudas, más allá del nombre –que debería contemplar en su denominación a niñas, niños y adolescentes–, este instrumento histórico ha marcado un antes y un después en todo el mundo en materia de niñez.

Al día de hoy, no hay resolución judicial alguna que, cuando de derechos y/o intereses de personas menores de edad se trate, no cite alguno de sus articulados. Por esto es que las disposiciones y los principios que recepta la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) se encuentran plenamente vigentes.

Este tratado internacional de derechos humanos fue aprobado un 20 de noviembre de 1989 y es obligatorio para todos los Estados que la suscriban. Cabe destacar que es el instrumento más ratificado de la historia. Estados Unidos es el único país que aún no ha completado el proceso.

Su antecedente principal y base para su creación –también en la órbita de las Naciones Unidas– es la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada en 1959, que reconoció los 10 principios fundamentales para garantizar el bienestar y el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNyA).

La CDN tiene como fin primordial la protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos y culturales de las NNyA.

El Preámbulo de la CDN refrenda los principios y directivas principales de las Naciones Unidas y, en lo que respecta al tema que nos convoca, destaca que

... la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...

En Argentina, la Ley Nº 23.849⁴ aprobó la CDN y en 1994 se le dio rango constitucional al incorporarla en la reforma de nuestra Carta Magna en el art. 75 inc. 22. Luego de 15 años, se sancionó la Ley Nacional Nº 26.061, conocida como Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que adecua a la legislación nacional los principios de la CDN. Un año después, se dictó su decreto reglamentario Nº 415/2006.

⁴ Ley Nº 23.849, sancionada el 27 de setiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

El Comité de Derechos del Niño es el organismo con sede en Ginebra que, a través de expertos independientes elegidos internacionalmente, verifica y controla la aplicación de la CDN. Les exige a los gobiernos que han ratificado el tratado que efectúen informes periódicos sobre la situación de los derechos de las NNyA en sus respectivas localidades.

Una de las principales novedades que pone de resalto la CDN es el reconocimiento de las NNyA como “sujetos” titulares de derechos, y ya no “objetos”; pasibles de una protección especial y reforzada debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento. La CDN ha producido un verdadero cambio en la concepción de la infancia y la adolescencia, y su valor fundamental radica en que inaugura una nueva relación entre niñez, Estado, derecho y familia, interacción que se conoce como “protección integral de derechos”.

En el presente comentario intentaremos hacer una aproximación de los conceptos y principios que introduce el art. 9 de la CDN, abocándonos, apartado por apartado, a las cuestiones que consideramos más relevantes.

2. La protección de la familia

Desde el preámbulo de la CDN aparece el derecho del ser humano de vivir en y con una familia, núcleo primario de socialización y espacio donde se espera su desarrollo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17 y 19; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 10, inc. 3; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24 inc. 1, entre otros, también consideran a la familia un elemento relevante en la sociedad y pasible de protección estatal.

Asimismo, en lo que respecta a la normativa interna, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC, en sus arts. 1 y 2, incorpora los tratados de derechos humanos como fuente y guía. Y esta perspectiva debe ser el norte para la interpretación de la ley frente a cualquier contienda. Por este motivo, nuestro código de fondo vigente recepta principios fundamentales para el derecho de familia que se aggiornan con el paradigma instaurado por la CDN.

El derecho a la vida familiar es un derecho humano fundamental y, cuando se intenta que lo ejerza una NNyA, su contenido se materializa en poder crecer y

desarrollarse junto a los que le procuran cuidados, satisfacen sus necesidades y les permitan desplegar sus potencialidades en un espacio básicamente afectivo, con independencia del formato de familia: monoparental, hetero u homosexual, ensamblada, etc., y sin que el origen de la filiación –biológico, por técnicas de reproducción humana asistida o adoptivo– tenga prevalencia absoluta. Desde este punto de partida es previsible inferir que si los progenitores biológicos –por voluntad procreacional o incluso adoptivos– no satisfacen ese contenido, el derecho al desarrollo en el medio familiar, por causales que no tengan fundamento en necesidades económicas o materiales, no se anula como tal, sino que sigue vigente y es exigible, operando la intervención del Estado para que sean los miembros de la familia extensa u otro grupo familiar quienes lo satisfagan, temporaria o definitivamente.⁵

En consonancia con ello, el decreto que reglamenta la Ley N° 26.061, en su art. 7, recepta un concepto de “familia” amplio, incorporando

... además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.⁶

En palabras de Marisa Herrera, “... la noción de pluralidad de formas de organización familiar, atravesada por el principio de igualdad y no discriminación, revolucionó el derecho de las familias, a tal punto de ser más adecuado referirse a este campo con la “s” final...”.⁷

⁵ González de Vicel, Mariela, “Cuando la ley constituye un disvalor por la frágil interpretación judicial; otro caso en que el tiempo incide”, en *Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, abril de 2019, p. 219.

⁶ Decreto N° 415/06, publicado en el Boletín Oficial el 18 de abril de 2006, que reglamentó la Ley N° 26.061.

⁷ Herrera, Marisa, “Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa”, *La Ley*, 19 de junio de 2019. Disponible en LL *online* (referencia: AR/DOC/1803/2019).

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso “Fornerón y otro Vs. Argentina”⁸ del 27 de abril de 2012, haciendo alusión a lo afirmado anteriormente en el caso “Atala Riffo Vs. Chile”⁹ resalta que “... en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma...”. Este concepto abarca un sinfín de posibilidades de conformación de la familia, entendida esta como un grupo de referencia, compuesto por al menos dos personas que brindan cuidado, amor y protección para un desarrollo óptimo.

A su vez, el CCyC consagra en su art. 594 la figura legal de la adopción como la que efectiviza el derecho de las personas menores de edad a vivir en una familia, con preferencia en la de origen.

De esta manera, se consolida la idea de que no existe una familia ejemplar y única, sino que seguirán apareciendo diversidades de modelos familiares que, de igual manera, deberán ser amparados, contemplados y protegidos por la normativa.

3. El art. 9 de la CDN paso a paso

El art. 9 de la CDN está dividido en cuatro apartados que desarrollaremos a continuación:

3.1. El rol del Estado. Las medidas excepcionales de protección de NNyA

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Este apartado comienza con una clara tendencia a que las NNyA deberían crecer y desarrollarse en el ámbito de su familia de origen y, para que esto se cumpla efectivamente, es necesario que el Estado, desde sus tres poderes, colabore en

⁸ Corte IDH, “Fornerón e Hija Vs. Argentina”, 27 de abril de 2012, párr. 98.

⁹ Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, 24 de febrero de 2012, párr. 142.

este sentido o, en su defecto, haga un despliegue de intervenciones y brinde los recursos pertinentes para que sus miembros no sean separados.

Es el Estado el principal obligado a efectuar las medidas positivas a efectos de lograr el fortalecimiento de todas las familias, empoderando a cada uno de sus integrantes para que puedan cumplir su rol. Ello, con el fin de que toda NNyA pueda ejercer su derecho a vivir en su seno familiar.

Es decir, como primera alternativa se deberán agotar las posibilidades de permanencia de las NNyA en su familia de origen o ampliada, en el entendimiento de que deben ser criadas y cuidadas por sus progenitores.

La Corte IDH, en este sentido, sostiene:

De las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el *corpus iuris* de los derechos de la niñez, se desprende la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar. Además, el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos.¹⁰

No obstante ello, existen situaciones en las que se torna imperiosa la injerencia estatal y, agotadas las instancias previas ya mencionadas, se debe aplicar la excepción que confirma la regla: apartar a la NNyA de su familia. Claro, como hace alusión el propio artículo, con el debido control judicial y en el marco de un proceso legal, siempre teniendo en miras el interés superior de las NNyA.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en un caso donde 2ª Instancia había confirmado la situación de adoptabilidad de un niño, rechazó los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de la ley y encomendó a la instancia de origen que evalúe la posibilidad de establecer un régimen de comunicación entre el niño y su familia biológica, resguardando el interés superior del niño, su paz y tranquilidad (con votos de los jueces Negri, Lázari, Pettigiani, Kogan, Soria y Hitters).

Uno de los fundamentos para resolver en este sentido fue que

... [l]a paternidad no puede constituir una omnipotestad biológica que confiera impunidad a su titular para incursionar en experiencias abandonicas o

¹⁰ Corte IDH, "Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia", 13 de marzo de 2018, párr. 192.

desarraigan es que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor (...), y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral (...). Pues al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho del menor a la preservación de sus relaciones familiares, velando porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, el mismo texto internacional prevé –razonablemente– que esto último deberá ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior del menor, como por ejemplo cuando sea objeto –como ocurre en el caso– de descuido o abandono (arg. arts. 8, 9, 19 y concs., CDN).¹¹

En el mismo sentido, en 2017 la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza resolvió que

... si los progenitores no son idóneos para cumplir con la función esencial asignada por la ley, de crianza, educación y contención afectiva de sus hijos menores de edad, al punto de representar un serio riesgo para su normal desarrollo, los hijos tienen derecho a crecer y desarrollarse dentro de otras familias, donde puedan satisfacer tales necesidades vitales.¹²

Las medidas excepcionales son aquellas que se adoptan por decisión de los organismos administrativos y que, verificado el riesgo y nombre de su “interés superior”, se lleva a cabo la separación del NNyA a los fines de darle un marco de protección. En principio, se intentará que se aloje con algún miembro de la familia ampliada o referente afectivo y, en el peor de los casos, se indicará la institucionalización en algún hogar convivencial.

Hay dos requisitos básicos que deben regir este tipo de medidas: uno es la excepcionalidad y otro, la transitoriedad, máxime si se trata de su institucionalización.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “M.T.L. s/ Abrigo”, Expte. N° 119.956, 19 de octubre de 2016, del voto del juez Pettigiani al que adhiere el juez Soria.

¹² Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, “DINAF P/R.D.L.A.M. P/Medida de Excepción - Control de Legalidad Ley 26.061”, Causa N° 553/13/9 F-138/17, 1 de noviembre de 2017.

Como venimos diciendo, la separación de los miembros que integran un grupo familiar es una medida que debe tomarse tras haber considerado todas las otras alternativas que permitan conservar los vínculos familiares –nuclear, extensa y referentes afectivos–; también deberá tenerse en cuenta otro requisito: el respeto por el centro de vida de la NNyA.

Es decir, deben arbitrarse todos los medios para que las personas menores de edad sigan en su ámbito, en la comunidad a la que pertenecen, su barrio, su zona, su establecimiento educativo, deportivo y cultural.

Así se ha dicho:

El centro de vida es un concepto de orden sociológico, y para su determinación son varios los factores a considerar, siendo insuficiente la última residencia. Reviste singular importancia el lugar donde hubiese desarrollado los vínculos afectivos, sociales, educativos y culturales esenciales para la definición de su personalidad, el lugar del último domicilio en común con sus padres, o aquel donde se conservan gran parte de sus afectos.¹³

El respeto por el centro de vida del niño es fundamental en estos casos. Es el elemento constitutivo a respetar en el mejor interés de la NNyA y a tener en cuenta tanto en las cuestiones de fondo como de forma.

3.2. La participación de los interesados en los procesos

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

¡Qué importante el término “participación” utilizado por la CDN en este apartado! Entre los sinónimos de esta palabra podemos encontrar conceptos como intervención, colaboración, contribución, reciprocidad, y a eso nos animamos a sumar: inmediatez, contactar, escuchar, convocar, anotar, opinar.

Nuestro CCyC vigente incorporó esta concepción y expresamente contempla la participación activa y obligatoria en muchas situaciones, principalmente en este tipo de procesos en los cuales las NNyA antes no tenían voz propia, lo que va

¹³ Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, CABA, Infojus, 2015, T. II L. II. Relaciones de familia, Título VIII. Procesos de familia, p. 570.

en consonancia con la consideración que hace la CDN de estas como sujetos de derechos.

A veces su participación será en forma directa y otras, en forma indirecta, a través de sus representantes legales. En el primero de los casos, dependiendo de su grado de edad y madurez, las NNyA pueden contar con una defensa técnica propia, diferenciada de la de sus padres y especializada en la materia, para ejercer este derecho.

En los tiempos que corren, resulta inconcebible pretender resolver cuestiones del derecho de las familias tan vitales sin que sus protagonistas sean oídos (arg. art. 12 de la CDN).

Si bien claramente la participación de estos sujetos menores de edad difiere de la de los adultos, se deberán adoptar las medidas pertinentes para garantizarles a todos este derecho, adaptándose a las formas que sean necesarias para su efectividad. La Opinión Consultiva Nº 17 dispone en este sentido que

... las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento...¹⁴

Como ya dijimos, este derecho a ser oído está íntimamente relacionado con otro principio, el de "capacidad progresiva", que se encuentra consagrado en el art. 26 del CCyC y luego se reitera entre los principios del proceso de familia en el art. 707, que dispone que las NNyA

... con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio (...) tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso.

Además de los sujetos principales en estos procesos es relevante la participación de sus representantes legales en forma fehaciente y con patrocinio letrado. También es sumamente valioso convocar e implicar a los familiares y/o referentes afectivos de las NNyA.

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 17 "Condición jurídica y derechos humanos del niño", 28 de agosto de 2002, párr. 96.

Deviene necesario que los operadores no tomen la decisión de

... separar al NNA de su familia y entregarlo al cuidado del Estado, con escasa o sin participación del NNA y de la familia, especialmente la familia extensa, lo que no permite evaluar sus condiciones particulares y las medidas necesarias para ayudar a la familia a salir de la situación en que estaba para que el NNA pueda volver a ella en el corto plazo...¹⁵

La inmediatez, como principio rector en la materia que nos convoca, trae consigo el contacto directo de los operadores administrativos y jurídicos, facilita el diálogo y el armado de estrategias en un plazo razonable, para garantizar una tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia de todos los involucrados.

3.3. Las relaciones personales y el contacto directo

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

La obligación del Estado argentino en cumplimiento de la CDN y de otros tratados internacionales de derechos humanos implica, entre otras cuestiones, la adecuación de su normativa interna a los principios que de allí emanan.

Respecto de este apartado, podemos decir que el CCyC y el nuevo concepto de coparentalidad que él brinda se adecuan a los lineamientos aquí fijados.

El Código Civil vigente hasta hace poco tiempo, frente al cese de la convivencia de los progenitores otorgaba el cuidado personal del hijo a uno solo de ellos, y los conceptos de tenencia y régimen de visitas no resultaban acordes a los lineamientos aquí señalados. La titularidad de la patria potestad la tenían ambos padres, pero el ejercicio de la función, solo quien ejercía la tenencia (art. 264, inc. 2º e inc. 5º CCiv.), quedándole al otro progenitor el derecho a tener una adecuada comunicación con la NNyA y supervisar su educación. Esto generaba la existencia de un progenitor periférico o padre de fin de semana, no adecuado a la obligación impuesta al Estado de respetar el derecho de la NNyA a mantener relaciones personales con ambos padres de manera regular.

¹⁵ Comité de Derechos del Niño, "Informe sobre el procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas en Chile", CRC/C/CHL/INQ/1, 1 de junio de 2018, párr. 60.

El sistema vigente establece el ejercicio de la responsabilidad parental de manera conjunta o dual, aun cuando no exista convivencia de los progenitores o haya operado la finalización de esa convivencia –por la causa que fuere: separación de hecho, divorcio, nulidad de matrimonio–, en la hipótesis de haber existido. Asimismo, se fija como regla general el cuidado personal compartido, estableciéndose que la excepción será el cuidado unilateral.

Los fundamentos del Anteproyecto del CCyC son claros en punto a la adecuación de las nuevas normas a la CDN, al indicar que

... si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor responde a este principio es el del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, convivan o no los progenitores. Producida la ruptura, se pretende que ella incida lo menos posible en la relación padres e hijos. Por ello, si cuando los progenitores convivían, ambos podían realizar los actos cotidianos de manera indistinta, presumiéndose que lo realizado por uno cuenta con la anuencia del otro. Este mismo sistema puede ser sostenido después de la ruptura de la pareja. La reforma deroga la regla del sistema unipersonal vigente. (...) La responsabilidad compartida tiene un alto valor simbólico; la sola expresión contribuye a que ninguno se sienta apartado ni excluido, más allá de que el sistema previsto en la reforma prevé o permite que los progenitores puedan acordar otro sistema o, incluso, ser decidido por el juez cuando ello sea en el mejor interés del hijo.¹⁶

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño

... considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño (...). Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores u ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso.¹⁷

Asimismo, podemos señalar que el respeto al derecho de la NNyA a que mantenga relaciones personales y regulares con ambos padres no se agota en el dictado de

¹⁶ "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> [fecha de consulta: 15 de julio de 2019].

¹⁷ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)", CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013, párr. 67.

normas que se adecuen a dichos fines, sino que la obligación del Estado también se enmarca en la provisión de recursos y apoyos a fin de que los progenitores puedan ejercer su responsabilidad parental en igualdad de condiciones.

Respecto de este tema, resulta interesante el dictamen efectuado por la Procuración General de la Nación en "I.J.M. s/ Protección Especial", a cuyos argumentos se remite nuestro Máximo Tribunal.

Los hechos eran los siguientes: en virtud de un informe socioambiental efectuado por una licenciada en Trabajo Social de un juzgado de familia, en el que tramitaba un proceso de insania de la señora C.M.L., se puso de resalto la grave situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el niño J.M.I., nacido el 6 de abril de 2012, hijo de una hermana de la causante, llamada C.M.I., quien también padecía una discapacidad mental. En virtud de ello, se inició una acción de protección especial respecto del niño, por lo que fue derivado a un hogar. Con anterioridad a dicho traslado, la Escuela de Educación Especial a la que concurría la madre había señalado la necesidad de que el bebé y la madre se alojaran de manera conjunta. Dicho dispositivo fue requerido en el marco del expediente judicial, sin que el GCBA ofreciera un alojamiento acorde a la situación. Luego se produjeron informes que dieron cuenta de la inconstancia en la vinculación de la señora C.M.I. con su hijo, atento las distancias entre ambos hogares y las limitaciones madurativas de la progenitora. Se intimó a la madre a presentar un plan de vida junto a su hijo, y atento su silencio, se decretó el estado de abandono y de adoptabilidad del niño J.M.I. Dicha resolución fue apelada, desechando la alzada el recurso interpuesto por la progenitora. No obstante ello, se valoró la intención de vinculación de la madre y el anhelo de conservar los lazos.

La Procuradora General de la Nación apeló dicho fallo, señalando que la CDN impone a los Estados Parte, entre otros deberes, atender como consideración primordial el interés superior del niño, velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos y por que mantenga relación personal y contacto directo con ambos progenitores, salvo si ello contradice su interés superior (art. 9).

Sostuvo que

... la invocación al interés superior del niño para ser colocado en situación de adoptabilidad, sin la correspondiente evaluación del perjuicio que le ocasionará ser criado por una posible familia adoptiva, lejos de su madre, de su

hermano menor quien sí convive con ella y de la restante familia materna, aun con las limitaciones de estos, es una clara demostración de la ausencia de una debida fundamentación. 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 tamaña 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).¹⁸

De los informes agregados a la causa surgió que la Sra. C.M.I, cuando es ayudada y dispone de apoyos, puede ejercer el rol materno, en igualdad de oportunidades con otras madres, por lo que concluye que "[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" y que

(...) habiéndose admitido que no se proveyeron los apoyos adecuados, la descripción de las dificultades del núcleo familiar y la cita de diferentes impresiones diagnósticas parciales que contiene el fallo, no constituye razón suficiente para tener configurada la causal de abandono moral y material fundada en que no ha podido sostener su deseo de ser madre.¹⁹

En virtud de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario, se remitió a los fundamentos efectuados por la Procuradora Fiscal y dispuso el reintegro del niño a su madre, con un proceso previo de adaptación, instaurándose un monitoreo a cargo del organismo de aplicación.

El fallo resulta de vital importancia, no solo porque contiene directivas claras sobre la importancia de la provisión de apoyos a las personas con discapacidad, sino también porque estos deben resultar útiles para el ejercicio de todos los derechos humanos; en este caso, el ejercicio de la responsabilidad parental. No quedan dudas de que la sentencia en análisis se adecua a la normativa internacional de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Asimismo, la solución a la que arribó nuestro Máximo Tribunal se adecua a los

¹⁸ Dictamen de la Procuradora Fiscal del 4 de mayo de 2016, en "I.J.M s/ Protección Especial", CSJN, 7 de junio de 2016.

¹⁹ *Ibidem*.

lineamientos señalados por el Comité de Derechos del Niño en cuanto establece que

... antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño.²⁰

Y que

... los niños no se separarán de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus padres. La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño.²¹

Por su parte, el párrafo 65 de la Observación General N° 14 dispone que

... cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (...), a menos que ello contravenga el interés superior del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas.

Es decir que, aun en los supuestos en los cuales –siempre sobre la base del interés superior del niño– se decida la separación de sus progenitores, se establece la importancia de intentar mantener los lazos con los padres y la familia.

En este punto, resulta interesante traer a colación un fallo dictado recientemente por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial N° 2, Sala 1, de La Plata, provincia de Buenos Aires.²² En el caso se había desestimado el pedido de régimen de visitas efectuado por la madre de dos niños que se encontraban institucionalizados por considerar que la inestabilidad propia de la progenitora les impediría a los niños desenvolverse en un nuevo ámbito familiar que les permitiera el pleno desarrollo integral.

²⁰ Observación General N° 14, *op. cit.*, párr. 61.

²¹ *Ibidem*, párr. 63.

²² Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial N° 2, Sala 1, de la Provincia de Buenos Aires, "F.J.M. y otro s/ Abrigo", 9 de mayo de 2019.

La madre biológica, por medio de su curadora, interpuso un recurso de apelación, argumentando que la jueza de 1ª instancia había desinterpretado la pericia en la que basó su decisión, ya que si bien esta dictamina la conveniencia de la adopción en virtud de la inestabilidad psíquica de la madre, no puede inferirse de ello que mantener contacto pueda resultar nocivo y/o inadecuado para los niños.

De la lectura del fallo, se desprende que luego de la pericia aludida –que nada había dicho sobre la conveniencia o no de que los niños mantuvieran vínculo con su madre biológica– el cuerpo técnico del juzgado elaboró un nuevo informe donde se sostiene que la madre, con un sistema de apoyos, se encuentra en condiciones de mantener un régimen de contacto con sus hijos.

Asimismo, y toda vez que los niños ya se encontraban en un proceso de adopción, se entrevistó a los pretensos adoptantes quienes, si bien expresaron preocupación por los efectos que podría causar la vinculación de los niños con su madre, no se opusieron.

En virtud de ello, se resolvió hacer lugar al régimen de visitas solicitado, ordenándose que los pretensos adoptantes trabajaran con los niños para reelaborar y resignificar la figura de su madre biológica; que tomaran contacto con ella a fin de pactar un régimen de visitas gradual y progresivo que respetara las necesidades y posibilidades de ambas partes y de los niños, y que la revinculación de la progenitora biológica con sus hijos se realizara con el apoyo del equipo interdisciplinario del hospital donde se atendía.

3.4. Medidas penales y el interés superior del niño

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

Como ya hemos dicho, el art. 9 de la CDN establece que las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales.

Para ejemplificar el apartado en cuestión, nos pareció interesante ilustrarlo con dos cuestiones: por un lado, la posibilidad de prisión domiciliaria que brinda el Estado argentino para aquellas mujeres²³ que tengan niños menores de 5 años, y por otro, la deportación de personas migrantes en supuestos en los que tienen familia en nuestro país.

Respecto de la prisión domiciliaria, el art. 10 del Código Penal establece: “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: (...) e) la mujer embarazada; f) la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”. En los mismos términos lo dispone el art. 32 de la Ley Nº 24.660 modificado por la Ley Nº 26.472.

Se ha sostenido que la prisión domiciliaria encuentra su fundamento en consideraciones eminentemente humanitarias, consagradas por la Constitución Nacional, en función de las cuales resultan inadmisibles las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.²⁴

La normativa interna que regula la figura en análisis resulta adecuada y acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, y en lo que aquí interesa, a la CDN, en cuanto establece que los Estados deben velar por que el niño no sea separado de sus padres, quienes tienen la obligación de su crianza y desarrollo, y al mismo tiempo resalta el derecho a mantener vínculos familiares y no sufrir injerencias arbitrarias en la vida familiar.

El interés superior del niño debe ser una consideración primordial al decidir la separación de un NNYA de su padre o madre, o el encarcelamiento junto a ellos.

El Comité de Derechos del Niño ha establecido, en su Observación General Nº 14, que

... cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de la libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados.²⁵

²³ Si bien la norma hace referencia a mujeres, la jurisprudencia –como desarrollaremos más adelante– ha hecho extensivo este beneficio a los hombres.

²⁴ Neuman, Elías, en Zaffaroni, Eugenio (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinal y jurisprudencial*, T. 1: arts. 1-34, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

²⁵ Observación General Nº 14, *op. cit.*, párr. 69.

La aplicación de la norma interna que habilita la prisión domiciliaria no es automática y con la sola constatación de los requisitos objetivos, sino que será el juez quien deba evaluar, en el supuesto particular, si la prisión del progenitor en una unidad carcelaria contraria el interés superior del niño y si en su beneficio debe otorgarse la prisión domiciliaria.

En este sentido, se ha señalado

... que la prisión domiciliaria se ha de otorgar no en interés egoísta de la madre, sino en el interés de las niñas separadas de su madre por la decisión estatal de encarcelarla; es necesario demostrar la preexistencia del contacto y convivencia entre madre e hijas, o las razones por las que podría esperarse que la prisión domiciliaria constituiría una vía que probablemente sirviese para fundar un contacto y una relación materno filial hasta entonces inexistente, que es algo más que la mera cohabitación bajo un mismo techo.²⁶

Cabe añadir que, si bien nuestra normativa interna hace referencia a la madre, el instituto de la prisión domiciliaria también ha sido otorgado a padres. Así se ha señalado que

... terminológicamente la regla se refiera al carácter femenino del progenitor no quita que se extienda a la otra persona de la especie, dado que la restricción generaría un inaceptable prejuicio inconstitucional (art. 16 CN), y que la circunstancia que la regla legal sea facultativa y no imperativa no resulta impeditiva para que el Magistrado valore todas la circunstancias fácticas que rodean al peticionante.²⁷

Y que

... es arbitraria la decisión que no hizo lugar a la incorporación al régimen de prisión domiciliaria, art. 32, inc. f) –en sentido contrario– de la Ley 24.660, respecto del padre detenido, puesto que al margen de la equívoca exégesis que importa, y que llevó a prescindir de toda consideración, en el caso en particular, del interés superior del niño –reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, como un derecho y como un principio jurídico interpretativo fundamental–, ningún esfuerzo de argumentación se realizó para justificar por qué la norma en cuestión no resulta aplicable al caso. En efecto,

²⁶ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1, "F. C. o A. L., M. G. s/ rechazo de prisión domiciliaria", 28 de marzo de 2017.

²⁷ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia, "J. R. R. s/ prisión domiciliaria", 28 de abril de 2017.

el *a quo* no ponderó la especial situación en la que se encuentran los menores, sino que realizó una consideración general de la situación del condenado y de los niños sin tener en cuenta el sistema de garantías supranacional aplicable limitándose a criticar lo expuesto por la defensa, atribuyéndole una postura dogmática basada en conceptos generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo contenido no examinó mínimamente.²⁸

En definitiva, lo que deberá evaluarse al momento de la concesión o no de la prisión domiciliaria no son requisitos objetivos (madre, padre, niño menor de 5 años), sino cómo la decisión de separar a una NNyA de sus progenitores o persona encargada de su cuidado que haya cometido un delito repercutirá en la persona menor de edad, valorándose, en cada caso concreto, cuál resulta ser su interés superior.

Respecto del segundo de los temas bajo análisis, podemos indicar que la Ley Nacional de Migraciones N° 25.871 contiene obligaciones positivas y negativas del Estado tendientes a garantizar el derecho subjetivo de las personas migrantes a la unidad familiar.

Establece entre sus objetivos “garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar” (art. 3); asimismo, el art. 10 dispone que “el Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”.

El art. 29, luego de señalar las causas impeditivas de ingreso y permanencia de extranjeros en el país, establece que, de manera excepcional, la Dirección Nacional de Migraciones podrá admitir en el país, únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a) (presentación de documentación falsa o adulterada), k) (haber intentado ingresar eludiendo los controles migratorios), m) (incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley), y a los comprendidos en el inciso c) (delitos con penas privativas de la libertad), en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad, cuyo monto máximo no exceda de tres (3) años de prisión, o sea de carácter culposo.

También determina que, cuando se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar. A dichos fines, no se considerará al extranjero de quien se comprobare se hubiera desinteresado afectiva o

²⁸ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 2, “Rojas, Miguel Ángel s/ incidente de prisión domiciliaria”, 3 de mayo de 2019.

económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque.

Por su parte, el art. 62, al señalar los supuestos en los cuales la Dirección Nacional de Migraciones podrá cancelar la residencia de una persona y ordenar su expulsión, establece que podrá otorgarse dispensa en algunos supuestos si el extranjero invocare reunificación familiar respecto de progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino y que, cuando invocare este derecho, deberá acreditarse la convivencia, y que no se considerará al extranjero de quien se comprobare que se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque.

Ahora bien, esta facultad discrecional que posee el Estado nacional en su calidad de garante del orden internacional y la justicia deberá conjugarse con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y en lo que hace al concepto de reunificación familiar, deberá prestarse especial consideración al interés superior del niño.

La Corte IDH, con referencia al derecho a la protección de la familia previsto en el art. 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 solo 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

Y 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.²⁹

En definitiva, cuando el Estado nacional determine el no otorgamiento de la residencia precaria a una persona migrante o la revocación de su residencia y pos-

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 21 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014, párrs. 264 y 265.

terior deportación, y en el supuesto de que el interesado solicite su residencia en el país sobre la base de la reunificación familiar, deberá evaluarse en concreto de qué modo la separación afectará el interés superior de los niños involucrados. El Estado, en su rol de garante de los derechos humanos, deberá apartarse de los datos objetivos y realizar un análisis profundo, teniendo siempre como eje rector lo que resulte mejor para los niños, así como las consecuencias que pudiera generar el desmembramiento del grupo familiar.

4. Palabras de cierre

Ni la familia tradicional, ni la familia patriarcal, ni la monoparental, ni la homosexual, ni la biológica, ni la adoptiva, ni la ampliada, o todas ellas, conforman el abanico de posibilidades que la realidad social hoy refleja, y si de algo estamos seguras es de que todas merecen protección y respeto.

Es que, más allá de los distintos tipos de familia que puedan existir, el Estado debe garantizar la protección de los derechos fundamentales de cada uno de los miembros que la componen; en particular, el derecho de las NNyA y todo aquello que sea en su mejor interés.

Este es el derecho que tienen los niños, protegido por la constitucionalidad, la convencionalidad y la legislación argentina. Una familia, eso es lo que necesitan para crecer y desarrollarse.

Esta posibilidad debe estar asegurada por el Estado, por las políticas públicas que este ponga a disposición de la administración y de la justicia, en pos del bienestar de los niños. Desarrollar qué políticas se necesitan sería motivo de otro artículo y no es ese el tema que nos ha convocado, pero sí estamos convencidas de que sin esas políticas de sostén, arraigo, defensa y fortalecimiento del vínculo familiar, apuntalamiento de las familias que desean adoptar, áreas del Estado que ayuden y promuevan la coparentalidad y muchos otros temas que inciden en el desarrollo de la familia –por ejemplo, el cuidado de la primera infancia–, nada de lo que establecen los tratados, las convenciones y la ley será posible.

El órgano jurisdiccional necesita de esos apoyos para poder sostener a las familias en conflicto. La tarea es ardua, pero si el objetivo está puesto en la protección de los niños y su derecho a vivir en familia, se puede lograr. En eso confiamos y en eso trabajamos día a día.

Estándares internacionales para la garantía de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en el contexto de la migración

Verónica Asurey¹,

Verónica Jaramillo Fonnegra²

Pablo José Asa³

¹ Abogada. Asesoría General Tutelar.

² Abogada. Programa Migración y Asilo del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad de Lanús.

³ Abogado. Programa Migración y Asilo del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad de Lanús.

ARTÍCULO 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

1. Introducción

En la actualidad hay más de 258 millones de personas en situación de movilidad en el mundo⁴ que se ven forzadas a salir de sus lugares de origen por diversas causas; entre ellas, conflictos armados, problemas económicos, violencia, inseguridad o desastres naturales. Por otra parte, en los últimos años migrar se ha vuelto cada vez más peligroso, encontrándose riesgos en origen, tránsito y destino.

Esta realidad también atraviesa a la niñez migrante en situación de movilidad, ya que hoy casi 50 millones de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA) en el mundo están fuera de su lugar de origen. Al respecto, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha informado que desde el año 2014 se documentó la muerte o desaparición de casi 1.600 niños y niñas –casi una por día–, aunque la cifra real podría ser mucho mayor, dado que hay muchas muertes de las que no se toma conocimiento.⁵

Estas situaciones son quizás las más dramáticas y conmovedoras, pero lo cierto es que muchas familias suelen encontrarse en contextos claramente expulsivos al tomar la decisión de emprender el viaje con sus hijos o hijas, o tolerar que migren solos o solas. Además de los riesgos ocasionados durante el tránsito migratorio por actores no estatales como bandas delincuenciales, empresas de transporte que no garantizan la seguridad, redes de trata y tráfico de personas, etc., en la actualidad las personas migrantes experimentan numerosos controles estatales que, lejos de solucionar el problema principal –la falta de protección efectiva hacia la niñez migrante–, terminan alejando cada vez más la solución. En efecto, el modo en que los controles sean dispuestos y las situaciones de NNA sean abordadas puede provocar el alejamiento de las víctimas del Estado y con ello generar mayores riesgos.

Cabe considerar que los derechos humanos se encuentran en constante transformación, y que en esa tendencia advertimos claros avances y retrocesos. Con frecuencia, estos vaivenes ponen en riesgo el respeto hacia la condición de la niñez, más aún cuando lo que está presente es la cuestión del origen nacional.

⁴ Naciones Unidas, *Migración*. Disponible en <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2019].

⁵ Organización Internacional para las Migraciones, *Un niño cada día: la falta de datos deja a uno de los grupos más vulnerables en situación de riesgo – nuevo informe de la OIM*. Disponible en <https://www.iom.int/es/news/un-nino-cada-dia-la-falta-de-datos-deja-uno-de-los-grupos-mas-vulnerables-en-situacion-de> [fecha de consulta: 21 de agosto de 2019].

Si observamos de cerca cuáles son los principales desafíos en torno a la protección de los derechos humanos de la niñez migrante, veremos que el trato desigual se establece desde las políticas públicas casi siempre bajo las mismas excusas: la seguridad o la falta de recursos.

Ante la tensión que se produce entre la necesidad de reconocer ciertos derechos y la idea de seguridad, en este trabajo buscamos brindar claridad y precisar cuál es el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados en torno a la niñez migrante y los principios establecidos en cuanto a trato igualitario, interés superior, vida digna y participación en las decisiones que los afectan.

Vale comenzar destacando que la mejor manera de lograr un estándar de seguridad al interior de los Estados viene de la mano –precisamente– del reconocimiento y efectividad de los derechos humanos. Prueba de ello es que la falta de acceso a la documentación y regularización migratoria produce marginalidad, exclusión y segregación de NNA.

Pese a ello, veremos que existe un *corpus* jurídico internacional que protege la niñez migrante en cualquier condición. Este marco de protección especial, que genera obligaciones para los Estados en sus diferentes esferas, ha sido previsto para hacer realidad los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Si bien el articulado de la CDN aplica a toda persona menor de 18 años, sin importar el origen nacional o la condición migratoria suya o de sus familiares, en el presente trabajo abordaremos especialmente el artículo 10, relativo al derecho a la reunificación familiar. Para llegar a hacer foco en este derecho, en el punto 1 haremos referencia –en términos generales– al sistema de protección internacional de derechos humanos de la niñez migrante. Luego, en el punto 2, nos referiremos a las garantías del proceso que deben observarse en todos los procedimientos en que se encuentren involucrados NNA migrantes y/o sus familias, fundamentalmente en los trámites relativos al ingreso al país de destino, a su permanencia en él o a eventuales procesos de expulsión. Como tercer punto, haremos mención al interés superior de la niñez, que debe ser considerado primordialmente en todas las decisiones individuales y las políticas públicas relativas a NNA migrantes y sus familias. Por último, en el punto 4 abordaremos particularmente el derecho a la vida familiar.

El artículo 10 de la CDN textualmente dice:

Artículo 10.1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

10.2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Tal y como se observa en el texto del artículo, es evidente que la unidad familiar es un derecho de NNA y no una potestad de los Estados, quienes deben otorgarlo de manera expeditiva. Pese a esta obligación internacional, consignada en uno de los instrumentos internacionales más ratificados alrededor del mundo, muchos Estados siguen considerando la soberanía estatal como un valor superior a la dignidad de las personas, incluso sin importar que se trate de NNA.

Como señalamos, los Estados suelen recurrir al argumento de la seguridad para otorgar a NNA migrantes un trato desigual y violatorio de sus derechos fundamentales. En efecto, el avance de las doctrinas securitistas a nivel global, con su énfasis en las políticas de control de ingreso y permanencia de personas migrantes, genera los principales obstáculos para la efectivización de los derechos, o incluso implica retrocesos.

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño (en adelante, Comité DN) y el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (en adelante, CTM) reconocieron esta situación al señalar que la

falta de canales regulares y seguros para que migren niños, niñas y familias contribuye a que NNA emprendan viajes migratorios que ponen en riesgo sus vidas y resultan sumamente peligrosos.⁶ A su vez, ambos Comités señalaron que lo mismo cabía decir de las medidas de control y vigilancia de fronteras que se centran en la represión, en lugar de facilitar, regular y gestionar la movilidad; especialmente las prácticas en materia de detención y expulsión, la falta de oportunidades de reunificación familiar en tiempo oportuno y la falta de vías de regularización.⁷

Por el contrario, los Estados deben poner énfasis en la detección y resolución de aquellas situaciones que colocan en riesgo la vida o el bienestar físico y mental de NNA, como el tráfico y la trata de personas o los casos de separación familiar. Tales extremos debieran ser tomados en consideración en toda situación vinculada al ingreso al territorio, la permanencia en él o la expulsión de NNA o sus familias. A continuación señalaremos las obligaciones internacionales más importantes respecto de la niñez migrante.

2. Los derechos humanos de NNA migrantes y la protección internacional

La niñez cuenta con una protección especial dentro del sistema internacional de derechos humanos que va desde la Carta Internacional de Derechos Humanos – conjunto integrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)– hasta la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que constituye el marco mínimo de reconocimiento y respeto de los derechos de NNA. En este ámbito, la Convención compila en un solo tratado los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, considerándolos interdependientes y complementarios, para asegurar la protección integral de derechos de NNA.

A su vez, son normas complementarias de protección a la niñez la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

⁶ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 de noviembre de 2017, párr. 41.

⁷ *Ibidem*.

(1965), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), como así también la Convención sobre las Personas con Discapacidad (2007) y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños (2000), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Y más recientes, la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes (2016) y el Pacto Global para las Migraciones (2018).

Por su parte, los acuerdos básicos a nivel interamericano podemos encontrarlos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), entre otros. También resulta esencial la Opinión Consultiva N° 21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Ahora bien, más allá del sólido marco de protección existente, el contexto global en torno a la migración y las respuestas –o la falta de ellas– por parte de los Estados vulnera claramente la obligación de garantizar los derechos y asumir las obligaciones expresadas en los instrumentos internacionales.

En tal sentido, algunas de las situaciones más críticas alrededor del mundo tienen que ver con el acceso a los derechos sociales de las personas migrantes, ante lo cual muchos Estados argumentan no contar con suficientes recursos para atender las necesidades básicas. De este modo, la interdependencia de los derechos y la necesidad de visibilizar los derechos de la niñez migrante llevaron a que el Comité DN y el CTM realizaran en 2017 dos Observaciones Generales Conjuntas: la N° 4 del CTM y la N° 23 del Comité DN sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno; y la Observación General Conjunta N° 3 del CTM y la N° 22 del Comité DN sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

En la primera de estas Observaciones Generales Conjuntas, los Comités señalaron que los Estados deben garantizar que NNA que se encuentran en el contexto de la migración internacional tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo

físico, psíquico, espiritual y moral, y que, tal como está previsto en el artículo 27, párrafo 3 de la CDN, los Estados, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán las medidas apropiadas para ayudar a los padres y madres y otras personas responsables del niño o de la niña a dar efectividad a este derecho y, si fuera necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, en particular con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.⁸

Según señalaron los Comités, la CDN estipula que los Estados partes respetarán y garantizarán los derechos en ella enunciados, sin ningún tipo de discriminación, que esto incluye la discriminación de niños y niñas a causa de su situación migratoria o la de sus padres o madres, y alentaron a los Estados partes a que, entre otras cuestiones, reformen con rapidez las leyes, políticas y prácticas que establezcan discriminaciones respecto de niños y niñas migrantes y a sus familias, incluidos e incluidas quienes se encuentren en situación irregular.⁹

Por lo anterior, los Comités han destacado especialmente que todos los niños y todas las niñas migrantes deben tener el mismo acceso que los y las nacionales, sea cual fuere su situación migratoria, a todos los servicios de salud, tanto preventivos como terapéuticos, y la atención mental, física o psicosocial que se presta en centros sociales o en instituciones de asistencia sanitaria.¹⁰ Los Comités aclararon que, dado que las restricciones impuestas al derecho a la salud de las personas adultas migrantes a causa de su nacionalidad o su situación migratoria podrían afectar también el derecho a la salud, la vida y el desarrollo de sus hijos o hijas, un enfoque global de los derechos de niños y niñas debe incluir medidas tendientes a garantizar el derecho a la salud de todos los trabajadores migratorios y todas las trabajadoras migratorias y sus familias, independientemente de su situación migratoria, así como medidas necesarias para adoptar un enfoque intercultural de las políticas, programas y prácticas de atención de la salud.¹¹

Asimismo, los Comités indicaron que todos los niños y todas las niñas en el contexto de la migración internacional, cualquiera sea su situación migratoria, tendrán pleno acceso a todos los niveles y todos los aspectos de la educación, incluida la

8 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017, párr. 49.

9 Observación general conjunta núm. 4, *op. cit.*, párr. 53.

10 *Ibidem*, párr. 55.

11 *Ibidem*, párr. 58.

educación para la primera infancia y la formación profesional, en condiciones de igualdad con las personas nacionales, y, si fuera necesario, deberán disponer de programas de aprendizaje alternativos.¹² Los Comités destacaron que los Estados deberán poner en marcha medidas adecuadas para reconocer los estudios anteriores del niño o de la niña, y aceptar los certificados escolares conseguidos previamente o expedir nuevos certificados basados en sus capacidades y competencias.¹³

Por otra parte, los Comités señalaron que los Estados deben adoptar medidas concretas para fomentar el diálogo intercultural entre las personas migrantes y los países de acogida, y prevenir y combatir la xenofobia y cualquier tipo de discriminación o intolerancia contra niños y niñas migrantes.¹⁴

Así, resulta fundamental considerar en todo momento que ni la nacionalidad ni la situación migratoria propia o familiar resultan un motivo válido para un tratamiento desigual de NNA migrantes.

3. El acceso a la justicia y las garantías del debido proceso

Cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que se encuentren involucrados NNA migrantes y/o sus familias debe respetar las garantías del debido proceso. Los NNA y, en general, las personas migrantes pueden verse involucradas en trámites vinculados, fundamentalmente, a su ingreso al país de destino, a su permanencia en este o a su expulsión. Se debe resaltar que, en el transcurso de tales trámites, poseen los mismos derechos y garantías de acceso a la justicia y debido proceso que tienen todas las personas, a los que se suman aquellos reconocidos especialmente en razón de su condición de migrantes, tales como el derecho a contar con un traductor si fuera necesario, el derecho a la asistencia consular o el derecho a no ser objeto de expulsiones colectivas, entre otros.

En especial, con relación a NNA se ha dicho que

... Con el objeto de brindar una efectiva protección de los derechos de los niños migrantes en el marco de procedimientos migratorios, es necesario

12 *Ibidem*, párr. 59.

13 *Ibidem*, párr. 61.

14 *Ibidem*, párr. 63.

que las garantías del debido proceso conjuguen los estándares específicos de protección de migrantes con las medidas especiales de protección que requieren los niños.¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, de modo que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no solo sobre el proceso penal.¹⁶ Así, en todos los procesos –incluso administrativos– que deben afrontar los NNA y sus familias, rigen plenamente las garantías del debido proceso.

Especialmente en los procedimientos o medidas que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, y que pueden dar lugar a una expulsión, la Corte IDH ha entendido que el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el artículo 8 inciso 2 de la CDN.¹⁷

La Corte IDH también ha considerado que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido a toda persona migrante, independientemente de su estatus migratorio, dado que el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.¹⁸ Así, “la jurisprudencia interamericana ha sido enfática al señalar que los procedimientos migratorios deben desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso, independientemente de que se trata de migrantes en situación regular o irregular”.¹⁹

El Comité DN y el CTM han señalado que el acceso a la justicia es un derecho fundamental en sí mismo y una condición previa para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos, y por eso resulta de capital importancia que cada niño o niña en el contexto de la migración internacional esté facultado para reclamar sus derechos.²⁰

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>, párr. 298 [fecha de consulta: 5 de agosto de 2019].

16 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 18, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, párr. 124.

17 CIDH, *op. cit.*, párr. 292.

18 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 18, *op. cit.*, párr. 122.

19 CIDH, *op. cit.*, párr. 284.

20 Observación general conjunta núm. 4, *op. cit.*, párr. 14.

Los Comités destacaron que todos los niños y todas las niñas deben tener acceso a recursos administrativos y judiciales contra las decisiones que afecten su propia situación o la de sus padres o madres, a fin de que las decisiones se adopten teniendo en cuenta su interés superior.²¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha sostenido que configuran una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en cuanto implican una violación a las normas del debido proceso legal, los casos en que personas migrantes son expulsadas sin ser oídas y sin la oportunidad de conocer y controvertir los cargos por los cuales son deportadas, o aquellos casos en que las expulsiones se realizan en el marco de procedimientos penales o administrativos sumarios, sin que las personas migrantes puedan tener acceso a un recurso judicial efectivo para la determinación de si tienen o no derecho a permanecer en el país.²²

El Comité DN y el CTM han señalado que los Estados partes deben adoptar las medidas apropiadas para garantizar el derecho de NNA a ser escuchados en los procedimientos de inmigración relativos a sus padres o madres, en particular, cuando la decisión pueda afectar a sus derechos, como el de no ser separado de sus padres o madres.²³ Así, independientemente de los derechos de las personas adultas en los procesos, resulta primordial que NNA sean escuchados de forma autónoma.

El derecho a ser oído tiene una gravitación especial en todas las decisiones que puedan afectar los derechos de NNA, de modo que los Estados deberían velar por que este derecho se torne realidad en todos los procedimientos administrativos o judiciales que los puedan afectar.

Ambos Comités han destacado que resulta fundamental aplicar medidas para hacer plenamente efectivo el derecho de los NNA a expresar sus opiniones, y a que estas sean tomadas debidamente en cuenta, sobre todos los aspectos que afectan sus vidas, especialmente en el marco de los procedimientos de inmigración y asilo.²⁴

También señalaron que a lo largo de todo el proceso los NNA deben poder contar con un traductor o una traductora si lo necesitasen, para poder expresarse plenamente en su idioma materno o recibir el apoyo de una persona familiarizada con

²¹ *Ibidem*, párr. 15.

²² CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, *op. cit.*, párr. 302.

²³ Observación general conjunta núm. 3, *op. cit.*, párr. 38.

²⁴ *Ibidem*, párr. 35.

su origen étnico y su contexto religioso y cultural.²⁵

Resulta necesario que se informe adecuadamente a NNA de un modo que puedan efectivamente entender cuáles son sus derechos, qué herramientas tienen para hacerlos valer, cuáles son las etapas de los trámites en los que ellos mismos o sus familias se encuentran involucrados, de qué se tratan las decisiones que los afectan, entre otras cuestiones, para que puedan participar activamente en cada momento del procedimiento.

El Comité DN, en su Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, ha señalado, en relación con los procedimientos de migración y asilo, que debe darse a los NNA toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos.²⁶ El Comité también indicó que debe designarse un tutor o una tutora o asesor o asesora a título gratuito.²⁷

En la Observación general conjunta núm. 3 del CTM y núm. 22 del Comité DN, se explica que los Estados partes deben asignar gratuitamente a todos los NNA, incluso a quienes estén bajo cuidado parental, un representante o una representante legal cualificado/a, y un tutor o tutora capacitado/a para los NNA no acompañados y separados, tan pronto como sea posible.²⁸

De la misma forma, resulta fundamental que se garantice a las personas migrantes el acceso a un abogado o abogada especializado/a durante el transcurso de los procesos migratorios. A este respecto, la Corte IDH ha considerado que el derecho a las garantías y a la protección judicial se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de las personas migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio.²⁹ Asimismo, la Corte IDH precisó que la asistencia jurídica debe ser especializada, tanto en relación con los derechos que asisten a las personas migrantes como con la edad, para garantizar el efectivo acceso a la justicia al NNA migrante y velar por que su interés superior

²⁵ *Ibidem*, párr. 36.

²⁶ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12, "El derecho del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 124.

²⁷ *Ibidem*, párr. 124.

²⁸ Observación general conjunta núm. 3, *op. cit.*, párr. 36.

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 18, *op. cit.*, párr. 126.

sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte.³⁰

Por otra parte, resulta primordial que cada caso que involucre a NNA sea resuelto individual y fundadamente. En la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares se ha previsto específicamente que los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva, y que cada caso de expulsión deberá ser examinado y decidido individualmente (art. 22.1).

Por otra parte, el Comité DN y el CTM han destacado que los Estados partes deben respetar las obligaciones de no devolución resultantes del Derecho Internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de los refugiados y el Derecho Internacional consuetudinario; y han puesto de resalto que los Estados tienen vedada la posibilidad de expulsar personas, con independencia de su situación de residencia o en materia de nacionalidad, asilo u otra condición, cuando correrían riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, como persecución, tortura, violaciones graves de los derechos humanos u otro daño irreparable.³¹

Corresponde aquí señalar que en la actualidad, en el contexto global, muchos NNA migrantes son detenidos junto con sus padres o madres, ya sea por razones penales o migratorias. Son numerosas las veces que mujeres migrantes son privadas de su libertad con sus hijos o hijas cuando van a ser expulsadas, o están cumpliendo una condena penal, y no existe otra persona de la familia en el país de destino.

Sin embargo, el principio de no detención de NNA posee mayor énfasis en cuanto se refiere a la niñez migrante. En efecto, el Comité DN y el CTM señalaron que la posibilidad de detener a niños o niñas como medida de último recurso, que puede aplicarse en otros contextos como la justicia penal de menores, no resulta aplicable en los procedimientos de inmigración, ya que sería contraria al principio del interés superior de la niñez y el derecho al desarrollo.³²

Ambos Comités, en su Observación general conjunta, indicaron que todo niño o toda niña, en todo momento, tiene un derecho fundamental a la libertad, y a no ser detenido/a como inmigrante, y señalaron que el Comité DN afirmó que la detención de cualquier niño o niña por la situación de residencia de sus padres o

³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 21 "Derechos y garantías de niñas y niños en contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", 19 de agosto de 2014, párr. 131.

³¹ Observación general conjunta núm. 3, *op. cit.*, párr. 45.

³² Observación general conjunta núm. 4, *op. cit.*, párr. 10.

madres constituye una violación de los derechos de la niñez y una contravención del principio del interés superior de esta.³³ Uno y otro Comité afirmaron reiteradamente que nunca debe detenerse a niños o niñas por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres o madres.³⁴

Respecto de las detenciones, el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos y degradantes declaró que la privación de libertad de NNA basada en su estatus migratorio, o de sus padres o madres, puede constituir un trato cruel, inhumano y degradante de los NNA migrantes.³⁵

Conforme a lo anterior, es necesario comprender que, según los estándares internacionales de derechos humanos, para mantener la unidad familiar no se debe privar de la libertad a NNA. En efecto, el Comité DN y el CTM han señalado que, cuando el interés superior de la niñez exige que se mantenga unida la familia, la exigencia imperativa de no privar al niño o a la niña de la libertad se hace extensiva a los padres y madres, y requiere que las autoridades elijan soluciones para toda la familia que no entrañen custodia.³⁶

4. El interés superior de NNA

Una de las cláusulas establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la del interés superior de la niñez. La CDN prevé que en todas las medidas concernientes a NNA que tomen las instituciones, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá primordialmente a su interés superior.³⁷

A este respecto, el CTM y el Comité DN señalaron, a través de su Observación general conjunta número 3 que los Estados partes deben velar por que el interés superior de la niñez se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración, y también en la adopción de decisiones sobre casos individuales; en especial,

³³ *Ibidem*, párr. 5.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ CIDH, Resolución 64/18, Medida cautelar 731-18, "Niños y niñas migrantes afectados por la política de "Tolerancia Cero" de Estados Unidos", 16 de agosto de 2018, párr. 30. La traducción es nuestra.

³⁶ Observación general conjunta núm. 4, *op. cit.*, párr. 11.

³⁷ CDN, art. 3.

al conceder o denegar las solicitudes de entrada o residencia en un país, las decisiones relativas a la aplicación de las leyes de migración y las restricciones de acceso a los derechos sociales por parte de los niños o las niñas, sus padres o madres, tutores o tutoras, y las decisiones referentes a la unidad familiar, entre otras.³⁸

Estos Comités han destacado que el interés superior de la niñez debe garantizarse explícitamente como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiera a la entrada, la residencia o la devolución de un niño o de una niña, el acogimiento o el cuidado de un niño o una niña, o la detención o expulsión de un padre o una madre relacionada con su propia situación de residencia.³⁹

Asimismo, indicaron que para aplicar el principio del interés superior en los procedimientos o decisiones relacionados con la migración que puedan afectar a niños y niñas, deben necesariamente llevarse a cabo de manera sistemática evaluaciones y procedimientos de determinación del interés superior, como parte de las decisiones relacionadas con la migración y de otra índole que afectan a niños y niñas migrantes, o para conformar esas decisiones.⁴⁰

Los Comités señalaron que la evaluación del interés superior debe ser llevada a cabo por agentes independientes de las autoridades de migración, de manera multidisciplinaria, con participación de las autoridades responsables de la protección y el bienestar del niño o de la niña y de quienes resulte pertinente, como los padres, madres, tutores, tutoras y representantes legales, así como el niño o la niña.⁴¹

El CTM y el Comité DN destacaron que es necesario realizar una determinación del interés superior en aquellos casos que podrían conducir a la expulsión de familias migrantes debido a su situación de residencia, con el objetivo de evaluar los efectos de la expulsión en los derechos y el desarrollo de los niños y las niñas, incluida su salud mental.⁴²

Así las cosas, el interés superior de la niñez debe ser considerado primordialmente en todas las decisiones que afecten a NNA. Tanto las que se vinculan al acceso a los derechos sociales, económicos y culturales, de los propios NNA o sus familiares, como aquellas que se relacionan con los trámites migratorios. En efecto, las

38 Observación general conjunta núm. 3, *op. cit.*, párr. 29.

39 *Ibidem*, párr. 30.

40 *Ibidem*, párr. 31.

41 *Ibidem*, párr. 32 inc. C.

42 *Ibidem*, párr. 32 inc. G.

decisiones relativas al ingreso, la permanencia o la expulsión de NNA o sus familiares pueden afectar derechos, como el derecho a la protección de la vida familiar, y provocar graves impactos en el desarrollo y la salud psíquica de NNA involucrados.

5. La protección de la vida familiar

De la lectura de los artículos 9, 10 y 11 de la CDN, surge que NNA no deben ser separados o separadas de sus padres, madres, responsables o familiares en sentido amplio, excepto cuando ello se realice exclusivamente en su beneficio o para su protección. Si por alguna razón el NNA tiene que vivir separado de su familia, mantiene el derecho de comunicación y de tener un contacto directo en la medida de lo posible. Por supuesto, este derecho continúa existiendo a pesar de las fronteras políticas. Por otra parte, está prohibido trasladar a NNA o mantenerlos en un país extranjero contra sus voluntades o las de sus responsables legales.

En el contexto actual, numerosas decisiones que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias pueden tener un impacto en la unidad o separación de la familia, como la resolución de una solicitud de entrada al país, de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o niña o sus padre o madre.⁴³ En este sentido, la protección de la vida familiar implica dos ejes de actuación: en primer lugar, evitar la separación de las familias; en segundo lugar, promover la reunión de las familias que se encuentren separadas.

En el marco de sus atribuciones soberanas, los Estados tienen la potestad de definir su política migratoria y establecer los requisitos de ingreso, permanencia y expulsión de personas que no sean nacionales de su territorio; sin embargo, sus atribuciones se encuentran limitadas por los principios de respeto y garantía de los derechos humanos;⁴⁴ entre tales derechos se encuentra el derecho a la vida familiar.

En consonancia con lo anterior, la CDN señala en su preámbulo 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,

43 Universidad Nacional de Lanús, Centro de Derechos Humanos, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, p. 73. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7445.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2019].

44 CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, op. cit., párr. 348.

debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

El Comité DN ha destacado que el término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres y madres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.⁴⁵ Dada la diversidad de familias, el vínculo familiar es una cuestión de hecho que debe ser analizada en cada caso en el marco de los procedimientos que puedan afectarla, como los de expulsión.⁴⁶

Varios artículos de la CDN son especialmente aplicables para proteger la unidad familiar, especialmente los derechos a la reunificación familiar (art. 10); combatir los traslados ilícitos de niños y niñas al extranjero y la retención ilícita de niños y niñas en el extranjero (art. 11); protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso (art. 32); protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (art. 34) y la prevención del secuestro, la venta o la trata de niños y niñas (art. 35). De hecho, puede decirse que existe consenso en el ámbito internacional acerca de que la familia requiere la protección del Estado.⁴⁷

Por su parte, el CTM y el Comité DN han señalado en su Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23 que el derecho a la protección de la vida familiar debe ser plenamente respetado, protegido y aplicado a todos los niños y todas las niñas sin ningún tipo de discriminación, sea cual fuere su situación de residencia o nacionalidad.⁴⁸

Ambos Comités subrayaron igualmente que los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales en relación con el mantenimiento de la unidad familiar, incluidos los hermanos y las hermanas, y destacan que la protección del derecho a tener un entorno familiar suele exigir a los Estados que no solo se abstengan de tomar medidas que puedan provocar una separación de la familia u otra injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar, sino que intervengan de manera positiva para mantener la unidad de la familia, incluida la reunión de familiares separados.⁴⁹

45 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 59.

46 CIDH, *op. cit.*, párr. 350.

47 *Ibidem*, párr. 342.

48 Observación general conjunta núm. 4, *op. cit.*, párr. 27.

49 *Ibidem*, párr. 27.

Por lo tanto, el derecho soberano de un Estado a delimitar el ingreso o permanencia de una persona dentro de un país no debe estar por encima del derecho de NNA a la unidad familiar, ya que es el interés superior de la niñez lo que debe primar.

5.1. La no separación familiar

En cada vez más lugares del mundo se registran privaciones de libertad de personas migrantes que serán deportadas o que, intentando ingresar a un país, fueron detenidas para su expulsión. También existen riesgos de separación familiar cuando NNA tienen una nacionalidad distinta de la del padre o la madre y estos son deportados. En estas detenciones y expulsiones, los Estados favorecen la separación de NNA de sus familias contrariando derechos humanos. La práctica de expulsiones de personas migrantes con vínculos familiares en el país de destino plantea con claridad la tensión existente entre el poder soberano de un Estado para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio y su obligación de proteger a la familia y a los niños y las niñas.⁵⁰

A este respecto, la CDN prevé en su artículo 9 que los Estados velarán por que los niños y las niñas no sean separados de sus familias contra su voluntad. La Convención establece que la separación se admitirá si fuera necesaria en el interés superior del niño o de la niña, deberá ser determinada por la autoridad competente de conformidad con la ley, deberá ser revisada judicialmente y se dará la posibilidad de participar en la toma de decisión al niño o a la niña. La decisión que acarree como consecuencia la separación de una familia debe ser eminentemente excepcional.⁵¹

El Comité DN y el CTM han señalado en su Observación general conjunta núm. 4 que separar a una familia mediante la expulsión de uno o una de sus integrantes, o bien negándose a que un miembro de la familia entre o permanezca en el territorio, puede constituir una injerencia arbitraria o ilegítima en la vida familiar.⁵²

El Comité DN señaló en su Observación General Nº 6, "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", que las obligaciones resultantes de la CDN, en lo que concierne a NNA no acompañados y separados de su familia, no se circunscriben a dar protección y asistencia a NNA

50 CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, op. cit., párr. 346.

51 *Ibidem*.

52 Observación general conjunta núm. 4, op. cit., párr. 28.

que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, dado que incluyen también medidas preventivas de la separación, en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación.⁵³ Asimismo, el Comité destacó que corresponde que los Estados tomen todas las disposiciones necesarias para identificar a los niños y las niñas en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, y procuren la localización y –si resulta posible y redundante en el interés superior del niño o de la niña– reúnan lo antes posible a él o ella con su familia.⁵⁴

El Comité DN y el CTM señalaron que la expulsión de uno o ambos progenitores, a causa de una infracción a las normas migratorias vinculadas con el ingreso al territorio o la permanencia en él, resulta desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y las consecuencias en la vida y el desarrollo del niño o de la niña no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres o una de las madres a abandonar el territorio del país.⁵⁵

Ambos Comités destacaron que si la expulsión de los padres o de las madres se debe a infracciones penales, deben garantizarse los derechos de los hijos y de las hijas, incluido el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial y el derecho a ser oídos/as y a que sus opiniones se tomen en serio, teniéndose también en cuenta el principio de proporcionalidad y otros principios y normas de derechos humanos.⁵⁶

Resulta fundamental que los Estados implementen políticas públicas tendientes a que las personas migrantes puedan regularizar su situación migratoria. Asimismo, es primordial que reconozcan de forma amplia la unidad familiar como uno de los criterios para tramitar la residencia. El derecho a la vida familiar y el interés superior de la niñez deben ser tenidos en consideración por los Estados en aquellos casos en los que existieren impedimentos legales para otorgar la radicación, así como en el marco de trámites de cancelación de residencias previamente concedidas.

El Comité DN y el CTM recomendaron a los Estados que faciliten vías para la regularización de las personas migrantes en situación irregular que residan con sus hijos

53 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 6, "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 13.

54 *Ibidem*, párr. 13.

55 Observación general conjunta núm. 4, *op. cit.*, párr. 29.

56 *Ibidem*.

o hijas, en particular cuando ha nacido un hijo o hija o cuando un hijo o hija ha vivido en el país de destino durante un largo período, o cuando el retorno al país de origen de uno de los progenitores o de una de las progenitoras vaya contra el interés superior del niño o niña.⁵⁷

Según ambos Comités, dado que una situación migratoria irregular de los niños o las niñas o de sus padres o madres puede constituir un obstáculo para que los padres o las madres puedan cumplir sus deberes relativos al desarrollo del niño o de la niña, los Estados deben facilitar canales migratorios regulares y no discriminatorios, y brindar mecanismos a los NNA y sus familias para que puedan regularizar su situación migratoria.⁵⁸

Cada vez ocurre con mayor frecuencia que NNA nacionales de un Estado son separados de sus familias como consecuencia de la deportación de uno o ambos padres o madres o de otros familiares cercanos, lo que genera que más NNA se vean forzados a abandonar el país del que son nacionales como consecuencia de la deportación de su familiar o sus familiares.⁵⁹ La CIDH ha llamado la atención acerca del problema que representa la deportación de facto o indirecta.⁶⁰ Así, resulta fundamental que los Estados adopten medidas tendientes a evitar este tipo de expulsiones indirectas.

Por otra parte, en cualquier decisión que implique la expulsión de la familia de NNA, debe evaluarse el impacto que la separación podría provocar en su integridad psíquica. La CIDH ha señalado que es probable que la separación prolongada de los niños o de las niñas de su familia tenga un impacto grave en los lazos afectivos con sus parientes, que resulte en problemas emocionales y psicológicos, generando sentimientos de angustia/desamparo que podrían afectar su integridad personal al poner en riesgo el desarrollo de su personalidad en forma equilibrada.⁶¹

Asimismo, debe atenderse a la afectación en la identidad de NNA que podría traer aparejada la separación de la familia. De acuerdo con la CIDH, el sistema interamericano ha comprendido que, en el caso de NNA, el derecho a la identidad está vinculado con el derecho a la vida familiar, dado el papel que desempeña la familia

57 *Ibidem*.

58 *Ibidem*, párr. 31.

59 CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, op. cit., párr. 347.

60 *Ibidem*.

61 CIDH, Resolución 64/18, op. cit., párr. 27.

en la combinación de particularidades y características que permiten la individualización de la persona en la sociedad.⁶²

La CIDH resaltó que la separación de los niños o de las niñas de sus familias puede poner en riesgo el desarrollo y la evolución de sus diferentes capacidades y destacó que la Declaración y la Convención Americana, en los artículos VI y 17.1 respectivamente, ubican a la familia como núcleo protector de la infancia y la adolescencia, y le confiere un papel crucial en cuanto a garantizar el cuidado, el bienestar y la protección de los niños y las niñas, por ser el ámbito natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en las primeras etapas de sus vidas.⁶³ Por tal motivo, resulta esencial que previamente a decidirse una expulsión que implique la separación de NNA de su familia, se evalúe cómo puede impactar la decisión en su vida, evolución y desarrollo.

La CIDH subrayó que las circunstancias específicas en contextos migratorios en los que la separación de los niños o de las niñas de sus familias ocurre podría tener consecuencias negativas en su integridad personal y desarrollo integral y equilibrado.⁶⁴ Asimismo, señaló que la separación física y forzada de los niños y de las niñas de sus padres o madres biológicos y otros parientes cercanos, personas adultas que son sus mentores inmediatos y con quienes tienen una relación afectiva estrecha de seguridad y confianza, ya es negativa, y que si además ocurre en un contexto de incertidumbre sobre la situación actual y futura, la falta de conocimiento de su destino y la ausencia de cualquier tipo de contacto, todo esto en un país desconocido y sin una red de apoyo integrada por personas adultas en quienes los niños y las niñas puedan confiar, las consecuencias son aún más perjudiciales para su integridad y desarrollo.⁶⁵ La Comisión destacó que las consecuencias de las separaciones familiares que se llevan a cabo en tales circunstancias tienen como efecto en los niños y en las niñas estrés, ansiedad, frustración, incompreensión, tristeza, depresión y trauma, que puede provocar daños físicos, mentales, espirituales, morales, psicológicos y sociales, e incluso puede ser de naturaleza duradera e irreversible, debido a su estado evolutivo y creciente en todas estas facetas.⁶⁶

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem*, párr. 28.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 30.

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

Así las cosas, resulta imperioso que las consideraciones acerca del impacto en la salud mental de NNA que podría provocar la separación de su familia sean profundamente analizadas al momento de resolverse las distintas situaciones en las que se decida sobre la vida de las personas migrantes.

5.2. Reunificación familiar

El Comité DN y el CTM señalaron que los niños y las niñas que permanecen en sus países de origen pueden acabar emigrando de manera irregular e insegura, en el intento de reunirse con sus padres o madres o sus hermanos o hermanas en los países de destino y que, en razón de ello, los Estados deben prever procedimientos efectivos y accesibles de reunificación familiar, que brinden la posibilidad a los niños y las niñas de migrar de manera regular.⁶⁷

Los Comités destacaron que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la CDN, corresponde que los Estados partes garanticen que las solicitudes de reunificación de las familias sean atendidas de manera positiva, humanitaria y expeditiva, y que cuando las relaciones del niño o la niña con sus padres, madres, hermanos o hermanas se vean interrumpidas por la migración (tanto en el caso de los padres o madres sin el niño o la niña como en el del niño o la niña sin sus padres, madres o hermanos), deberá tomarse en consideración la preservación de la unidad familiar al determinar el interés superior de la niñez en las decisiones relativas a la reunificación familiar.⁶⁸

Para que la reunificación familiar sea correctamente efectivizada, es necesario que se prevean políticas de regularización migratoria en los países de destino, con un enfoque basado en la protección de los derechos de NNA. Especialmente, deben implementarse políticas que puedan impactar en la migración de NNA que buscan reunirse con sus padres o madres, para evitar que se conviertan en víctimas de delitos, como la trata y el tráfico de personas.

Desde las recientes experiencias, en distintos países, se ha podido constatar que tener documentación local se transforma en un importante instrumento simbólico y material que empodera e integra a la población migrante. Por lo tanto, la regularización migratoria repercute, en muchas de las dimensiones de la vida diaria

⁶⁷ Observación general conjunta núm. 4, *op. cit.*, párr. 37.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 32.

de NNA y sus familias, tales como alquilar una vivienda, tener un trabajo formal, matricular a los hijos o a las hijas en la escuela, recibir atención en salud, abrir una cuenta en el banco o acceder a la justicia.

En el mismo sentido, los Comités hicieron referencia a que la falta de recursos financieros frecuentemente dificulta el ejercicio del derecho a la reunificación familiar, por ello alentaron a los Estados a que proporcionen apoyo financiero adecuado y otros servicios sociales a los niños, las niñas y sus padres o madres, hermanos y hermanas y, cuando proceda, a otros familiares.⁶⁹ Asimismo, los Comités explicaron que no deberá buscarse la reunificación familiar en el país de origen cuando exista un riesgo razonable de que el retorno dé lugar a una violación de los derechos humanos del niño o de la niña.⁷⁰

6. Conclusiones

En este documento pusimos el foco en la importancia de que se garantice el derecho a la vida familiar en el contexto de la migración. A lo largo del texto, consideramos que el interés superior de NNA debe ser privilegiado siempre frente a situaciones que involucran afectaciones a sus derechos.

Por ello, la norma y la jurisprudencia internacional sobre la materia de la niñez migrante establece estándares mínimos de protección que los Estados deben reconocer y aplicar. Especialmente, es necesario reconocer que la potestad soberana de los Estados de decidir sobre quienes ingresan y permanecen en el territorio en ningún caso puede provocar violaciones a los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la vida familiar.

Es por lo anterior que resulta necesario determinar, mediante mecanismos adecuados, cuál es el interés superior de NNA, incluyendo entre otras cuestiones escucharlos en los procedimientos antes de tomar cualquier decisión que los afecte. Asimismo, resulta necesario poner en primer plano a los NNA y analizar profundamente de qué modo la decisión que se toma puede impactarlos. Se requiere además analizar su situación individual y motivar claramente de qué modo fue considerado el interés superior del niño o de la niña en el caso puntual.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 38.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 35.

Las resoluciones que se adopten en relación con su familia también lo o la afectarán de forma directa; por ese motivo, el interés de los NNA debe ser determinado y tomado en consideración incluso en esos casos. La familia recibe una fuerte protección por parte de todo el sistema jurídico internacional, entre otras cuestiones, por su rol fundamental en el desarrollo de NNA. En consecuencia, argumentos generales de seguridad o de control no pueden ser utilizados para arrasar la vida familiar y poner en riesgo el desarrollo de la niñez.

Finalmente, en lo que se refiere a la detención de NNA conexas con la situación migratoria de sus padres o madres, se impone la prohibición expresa de dar este tipo de tratamientos, ya que pueden llegar a ser considerados tratos crueles, inhumanos y degradantes por el sistema internacional de derechos humanos.

En síntesis, las decisiones que implican una afectación a la vida familiar y al interés superior de la niñez pueden acarrear fuertes consecuencias en el desarrollo de NNA, de modo que los posibles impactos sobre el proyecto de vida y, sobre todo, en la salud mental de NNA deben ser primordialmente considerados. Los Estados parte deben sopesar en todo momento sus derechos humanos y permitir que puedan desarrollarse plenamente y sin graves afectaciones en el desarrollo de su vida.

Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, 2015. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2019].
- Naciones Unidas, *Migración*. Disponible en <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2019].
- Organización Internacional para las Migraciones, *Un niño cada día: la falta de datos deja a uno de los grupos más vulnerables en situación de riesgo – nuevo informe de la OIM*. Disponible en <https://www.iom.int/es/news/un-nino-cada-dia-la-falta-de-datos-deja-uno-de-los-grupos-mas-vulnerables-en-situacion-de> [fecha de consulta: 21 de agosto de 2019].
- Universidad Nacional de Lanús, Centro de Derechos Humanos, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7445.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2019].

Observaciones Generales. Opiniones consultivas. Informes. Jurisprudencia

- Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 de noviembre de 2017.
- Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017.
- Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 6 “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

- Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.
- Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 14 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, CRC/C/GC/12, 29 de mayo de 2013.
- Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 18, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 21 “Derechos y garantías de niñas y niños en contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014.
- CIDH, Resolución 64/18, Medida cautelar 731-18, “Niños y niñas migrantes afectados por la política de “Tolerancia Cero” de Estados Unidos”, 16 de agosto de 2018.

Restitución internacional de Niños

María Isabel Rúa ¹

¹ Abogada por la Universidad de Belgrano. Especialista en Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos por la Universidad de Palermo. Asesora Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y funcionaria de la Autoridad Central Argentina para la Aplicación del Convenio de La Haya y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Niños. Forma parte de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Ha representado al Estado argentino como Delegada ante la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y otros foros internacionales en diversas oportunidades. Es autora de diversos libros y artículos sobre restitución internacional de niños y otros temas de su especialidad. Profesora adjunta de Obligaciones Civiles y Comerciales, y Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Coordina la Capacitación en materia de Restitución Internacional de Niños del Programa del Instituto Superior de la Magistratura de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Ha sido expositora en varios seminarios, jornadas y talleres de capacitación en materia de restitución internacional de niños.

ARTÍCULO 11

1. Los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Parte promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

1. Introducción

El artículo que vamos a comentar alude a la problemática de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, así como también a la respuesta que, desde la comunidad internacional, se ha buscado brindar en pos de combatir ese flagelo.

Dos son las Convenciones que existen en materia de sustracción internacional de niños: la Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores² y la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores.³ A ellas alude el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando refiere a que los Estados deben promover la adhesión a acuerdos existentes. En rigor de verdad, en 1989, al tiempo de sancionarse la Convención sobre los Derechos del Niño, solo la Convención de La Haya de 1980 estaba vigente; la Convención Interamericana fue ratificada tiempo después, concretamente en 1989, el mismo año en que se sancionó la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ambos instrumentos persiguen un mismo objetivo: garantizar la inmediata restitución de los niños al Estado de su residencia habitual, cuando hubieran sido objeto de una sustracción o una retención ilícitamente en algún Estado parte del Convenio y, al mismo tiempo, velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados parte sean respetados en los demás Estados contratantes.⁴ Bien podemos afirmar, siguiendo a Pérez Manrique, que los Convenios de Restitución complementan la Convención sobre los Derechos del niño, en tanto garantizan y permiten hacer efectivos los derechos previstos en los artículos 9.3 y 11 de la Convención citada, revistiendo en tal sentido carácter de instrumento de derechos humanos.⁵

Los dos Convenios cuentan con un importante número de ratificaciones; número que, a su vez, se incrementa año tras año.⁶ Ello es clara demostración del fuerte compromiso de los Estados para proteger a los niños y combatir, al mismo tiempo, el flagelo de la sustracción ilícita.

2 Aprobada en la Argentina por Ley N° 23.857.

3 Aprobada en la Argentina por Ley N° 25.358.

4 Conf. Art. 1 de ambos Convenios de Restitución.

5 Pérez Manrique, Ricardo, "The principle of the best interest of the child in the context of the 1980 Hague Convention: guidelines concerning its interpretation", en *International Family Law*, marzo de 2012, p. 31 y ss.

6 Solo la Convención de La Haya de 1980 cuenta, a julio de 2019, con 101 Estados parte.

Ahora bien, está claro que con ratificar los Convenios no alcanza. Es preciso que estos sean interpretados de manera uniforme por parte de los Estados respetando, por sobre todo, “la celeridad” que los propios Convenios, en el interés superior del niño, exigen. Si hay un proceso en el que el factor tiempo cobra especial relevancia, no es otro que el proceso de restitución. Nótese que los Convenios no solo imponen la “obligación de restituir”, de reunir los requisitos, sino la obligación de restituir de manera urgente,⁷ que no es exactamente lo mismo. El Convenio de La Haya exige, incluso, que el proceso concluya en el perentorio término de seis semanas.⁸

Cada día que un niño transcurre en situación de sustracción, el daño que tal situación le genera se agrava, por ello la importancia de respetar la celeridad. Ninguna decisión que se obtenga después de tres o cuatro años desde la fecha en que tuvo lugar el desplazamiento ilícito puede ser buena. Ello, independientemente de su fundamentación. No solo un traslado ilícito vulnera los derechos de los niños, también los vulnera una decisión tardía.

Y es que

... dictar una sentencia de restitución luego de tres o cinco años, despojada de un análisis concreto del interés superior del niño, bajo el escudo del cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, expone al niño a sufrir un mal mayor respecto de aquel del que se lo pretendía proteger y en consecuencia, vulnera su Interés Superior.⁹

El correcto funcionamiento de los Convenios exige, pues, acciones concretas por parte de los Estados. Legislar en materia procesal, regulando estos particulares procesos, es una de ellas. Capacitar a los operadores jurídicos, promover la adopción de protocolos y adoptar aquellas prácticas, que desde las guías que elabora la Conferencia de La Haya¹⁰ se sugieren, son otras de las tantas acciones en las que

⁷ Conf. Art. 1 de ambos Convenios. A su vez, el art. 2 de la Convención de La Haya impone a los Estados la obligación de recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan. La Convención Interamericana no contiene una disposición similar a ese artículo, pero la obligatoriedad de resolver con prontitud se desprende de varias de sus normas (arts. 1, 12, 13 y 14).

⁸ Ello se deduce del art. 11 del Convenio citado, en tanto aquel dispone que: “... si la autoridad judicial o administrativa no hubiere llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado Requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado Requirente o, en su caso, al solicitante”.

⁹ Pennise Iantorno, María Soledad y Panatti, Marcela Virginia, *Procesos de restitución internacional de niños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 41.

¹⁰ Nos referimos concretamente a las Guías de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya de 1980, que ha elaborado la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre distintos aspectos y que constituyen, junto con las Conclusiones y Recomendaciones de las Comisiones Especiales, importantes herramientas de *soft law* a la hora de aplicar e interpretar estos Convenios. Estas pueden consultarse en el sitio web de la

los Estados deben hoy trabajar, en pos de obtener mejores resultados.

A 30 años ya de la Convención sobre los Derechos del Niño, es una buena oportunidad para reflexionar acerca de los avances y logros que ha habido en materia de restitución, no solo en nuestro país sino también en el mundo, así como también identificar los desafíos que aún tenemos pendientes, en aras de proteger de mejor manera los derechos de los niños sustraídos.

En esa línea encararemos nuestro análisis, describiendo brevemente el proceso de restitución, e identificando aquellas cuestiones que consideramos claves para la correcta aplicación de los Convenios.

2. El interés superior del niño en el marco de los procesos de restitución

Los Convenios de Restitución parten de la presunción de que –en el contexto de un traslado ilícito– el interés superior del niño reside en el retorno pronto y seguro al lugar de su residencia habitual, para que una vez allí, ante el Juez competente, puedan ser debatidos los asuntos concernientes al ejercicio de la responsabilidad parental. Ello se desprende del Preámbulo del Convenio de La Haya de 1980, así como de su Informe Explicativo.¹¹

Se ha dicho que “las Convenciones de Restitución son complementarias de la Convención sobre los Derechos del Niño y en este sentido debe tenerse muy presente que el interés a proteger es el del menor”.¹²

Se busca, con la restitución pronta, evitar que el daño que todo niño sufre a raíz de un desplazamiento abrupto de su centro de vida, sumado a la pérdida de contacto regular con el otro progenitor, se vea agravado.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net) o en el sitio web de la Autoridad Central Argentina (www.menores.gov.ar).

11 Nos referimos al famoso Informe explicativo del Convenio, elaborado por la Dra. Pérez Vera, que puede encontrarse en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado www.hcch.net. En el párrafo 23 del Informe, Pérez Vera sostiene: “... ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran ‘estar profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia’. Justamente esa convicción los ha llevado a elaborar el Convenio, deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos”.

12 Ver Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia y Basz, Victoria, “El Derecho Internacional Privado y la restitución internacional de menores”, en *La Ley*, 1996, p. 611, citadas por Scotti, Luciana Beatriz (dir.), *Restitución Internacional de Menores - Aspectos procesales y prácticos - Derecho comparado*, cap. 1 “El proceso de restitución internacional de menores a la luz de las normas vigentes”, Montevideo, Ed. B de F., 2017, p. 62.

Por ello los Convenios imponen, como regla, la obligación genérica de restituir,¹³ condicionado ello a la previa acreditación del traslado ilícito, y siempre, claro está, que no se configure alguna de las circunstancias de excepción previstas taxativamente por los Convenios.

En otros términos, la obligación de restituir basada en la presunción de que ello resulta ser lo más beneficioso para el interés de un niño claramente no es absoluta, sino que cede frente a la prueba inequívoca de alguna de las excepciones taxativas, que –justamente, en aras de proteger el interés superior de los niños– los Convenios han previsto.

La Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños¹⁴ describe lo que ha de entenderse por interés superior del niño en el contexto mismo de una sustracción ilícita. Señala, así, que deberá entenderse como tal: el derecho del niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente; el derecho a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; el derecho a mantener contacto fluido con ambos progenitores; y el derecho a obtener una rápida resolución sobre la solicitud de restitución.

Es en estos términos que debe ser resuelto un proceso de restitución, evitando en todo momento que el Juez ingrese en el análisis de la cuestión de fondo de la custodia, relativa a determinar con quién debe vivir el niño o en qué país. Tales aspectos –que hacen, en definitiva, al debate de la cuestión familiar central– son ajenos a la competencia propia del Juez de Refugio, quien solo deberá limitarse al acotado marco de conocimiento de estos procesos, verificando si existió o no un traslado ilícito, o eventualmente alguna de las excepciones opuestas.

Ello, a fin de que una vez decidida prontamente la restitución el Juez competente de la residencia habitual del niño pueda expedirse sobre aquellas cuestiones que hacen a la problemática del derecho de custodia.

13 El Convenio de La Haya impone el deber de restituir en su art. 12, mientras que la Convención Interamericana lo hace en su art. 10.

14 La Ley Modelo fue elaborada por un grupo de expertos a instancias de la Conferencia de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño, para que sirviera a los Estados como modelo a seguir en el diseño de sus propias normas procesales. Integraron el grupo de expertos el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Núñez Verdín (México), la Dra. Delia Cerdén Palacios (Panamá) y la Dra. Luz M. Capuñay Chávez (Perú).

3. La importancia de la celeridad

La correcta aplicación de los convenios de restitución exige urgencia. No se trata tan solo de restituir –de reunirse los requisitos exigidos– sino de restituir “prontamente”, que no viene a ser lo mismo. En la “celeridad”, pues, está la clave para que el Convenio funcione correctamente y actúe, en definitiva, como un mecanismo idóneo de protección de los derechos de los niños sustraídos.¹⁵ Solo así se protege debidamente el interés superior del niño que es, por cierto, el que debe primar en toda decisión que lo involucre.

Por lo demás, únicamente resolviendo con prontitud –como los Convenios imponen– estaremos en condiciones de afirmar que el restablecimiento del *statu quo* anterior al acto del desplazamiento ilícito resulta ser lo más beneficioso al interés superior de ese niño. Cuando, por el contrario, los procesos se alargan y la restitución se alcanza luego de largos años de litigio, lamentablemente ya resultará difícil asegurar, con absoluta certeza, que esa restitución, demorada en el tiempo, continúe siendo lo más beneficioso a su interés superior. El Convenio se habrá desnaturalizado como tal. No es a esos fines para los que fue pensado.

No solo el traslado ilícito vulnera los derechos del niño, los vulnera también una decisión tardía,¹⁶ que incluso puede traer aparejada la responsabilidad internacional del Estado involucrado.¹⁷

Pesa entonces sobre el Juez, como así también sobre los demás operadores jurídicos del Convenio, la enorme responsabilidad de lograr que, en tiempo razonable, sean dirimidos estos procesos, tal como los propios Convenios de Restitución, en línea con el interés superior del niño involucrado, así lo exigen. Ello demanda, entre otras cosas, el dictado de normas procesales que acorten los procesos y permitan dar cumplimiento a los términos tan exigüos que exigen los Convenios, sobre todo teniendo en cuenta que la falta de una legislación procesal específica ha sido señalada, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, como la

¹⁵ En igual sentido se pronuncia Ignacio Goicoechea, Oficial Regional de Enlace de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en “Aspectos Prácticos de la Sustracción Internacional de Menores”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 30, Buenos Aires, Abeledo Perrot, marzo/abril de 2005, p. 68.

¹⁶ La falta de urgencia en el trámite ha sido considerada violatoria de derechos humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo dispuso en “Iosub Vs. Rumania”, Application N° 7198/04 (2008) 47 E.H.R.R.35 (Violación del Art. 8 CEDHH).

¹⁷ Si dejamos de lado la “inmediatez en el retorno”, no podremos luego afirmar que haya una correcta aplicación del Convenio. Rua, María Isabel, “Buenas prácticas para combatir las dificultades. La experiencia de las Autoridades Centrales y jueces de la red internacional de jueces de La Haya”, en Godínez, Lázaro Tenorio, Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México DF, Porrúa, 2017, pp. 496-402.

principal causa de las demoras en los procesos.¹⁸

La Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños ha servido de guía a varios países para la sanción de normas procesales. Uruguay, Chile, Panamá y República Dominicana son algunos de los países que han logrado reducir notablemente los términos de sus procesos, gracias a la sanción de normas procesales.¹⁹ Argentina va en ese camino, habiendo adquirido recientemente media sanción –por parte de la Cámara de Senadores– un Proyecto de Ley sobre Procedimiento de Restitución Internacional de Menores y de Visitas Internacionales,²⁰ que ha sido elaborado por la Autoridad Central Argentina de aplicación del Convenio,²¹ junto con la Juez de Enlace argentina.²²

Amén de este proyecto nacional, han sido varias las provincias de nuestro país que ya han regulado procesalmente el trámite de restitución, en pos de lograr reducir los términos de los procesos, pudiendo citarse –entre ellas– a Córdoba, Neuquén, Entre Ríos y Misiones.²³

Por último, cabe también mencionar la existencia del Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción de Niños,²⁴ que fue aprobado por la Comisión Nacional de Acceso a Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 28 de abril de 2017, en pos de agilizar los procesos de restitución y unificar criterios de actuación.

Se trata de una suerte de guía o manual del proceso de restitución local. Describe

18 La 2ª Reunión Interamericana de Autoridades Centrales y Jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya, llevada a cabo en Panamá en marzo de 2017, identificó las demoras en los procesos como el desafío primordial sobre el cual trabajar. Para un mayor análisis sobre ese tema, ver Rua, María Isabel, "Restitución de niños: El problema de las demoras y como combatirlo", en *La Ley*, 5 de octubre de 2018.

19 Chile, con su auto acordado N° 205/2015 de la Corte Suprema de Justicia; Uruguay, a través de la Ley N° 18.895 sobre Restitución de Personas Menores de 16 años trasladadas o retenidas ilícitamente; Panamá, con su Ley N° 24.422, y República Dominicana, mediante la Resolución 480/08 de la Suprema Corte, han sabido reducir enormemente los tiempos de los procesos, obteniendo resoluciones en tiempo récord, acorde con la celeridad que imponen los Convenios.

20 Mensaje N° 215/18 y Proyecto de Ley Exp. 366/18.

21 La Autoridad Central Argentina de aplicación del Convenio es la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, sita en Esmeralda 1212 Piso 4, CABA

22 La Dra. Graciela Tagle es la Juez de Enlace argentina, que integra la Red Internacional de Jueces de Enlace de La Haya.

23 En la provincia de Córdoba rige la Ley N° 10.419, desde 2016; en la provincia de Misiones, el Código Procesal de la provincia presenta algunas disposiciones sobre restitución internacional de niños; en la provincia de Entre Ríos, la Corte Suprema de Justicia ha dictado el Acuerdo General N° 13/15 de fecha 19/05/2015, que prevé directivas para el proceso de restitución internacional de menores, y por último, en la provincia de Neuquén ha sido sancionada, en julio de 2018, la Ley N° 3.134 de Procedimiento para la aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes y Régimen de visitas o contacto internacional.

24 El Protocolo se encuentra disponible en <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-O.305074001493756538.pdf>

las competencias propias de cada uno de los operadores jurídicos, sugiere un curso de acción, enuncia pautas correctas de interpretación y, además, tiene la ventaja de haber sido elaborado por los principales operadores del Convenio y expertos en la materia, como ser: los jueces de la Red Nacional, la Juez de Enlace de la Red Internacional de Jueces de La Haya, Defensores Oficiales, la Oficina Regional –que a su vez coordinó el trabajo– y la propia Autoridad Central argentina.

La existencia de un Protocolo de este tenor, ante la falta aún de una ley de procedimiento, ha resultado de gran ayuda.

Imprimir al procedimiento un trámite sumarísimo, practicar las notificaciones de oficio –con habilitación de días y horas inhábiles–, como también habilitar sistemáticamente las ferias judiciales, son solo algunas de las recomendaciones que el protocolo sugiere, las cuales, de seguirse, acortarán por lógica los tiempos de los procesos, en pos de obtener sentencias más prontas.²⁵

Esperamos, no obstante, contar en breve con la Ley de Procedimientos, que ya obtuvo media sanción.

4. Mecanismo de cooperación jurídica

Las Convenciones de Restitución han sido pensadas con el objeto de brindar una respuesta urgente frente a una situación de emergencia, como lo es el traslado o la retención ilícita de un niño, niña o adolescente, a un Estado diferente de aquel en donde residía habitualmente.

Para ello, y con el acento puesto en la celeridad, ambos Convenios instauran un mecanismo de cooperación jurídica internacional que faculta a todo padre o madre privado de su hijo a solicitar la restitución pronta de un niño, a través de la intervención de las Autoridades Centrales de los dos países involucrados. Y ello, sin necesidad de contratar los servicios de un abogado extranjero o viajar al país de refugio en donde el niño se encuentra, para poder entablar la acción.

Bastará con que el interesado acuda a la Autoridad Central del país en el que

²⁵ Para un mayor análisis sobre el Protocolo, sugiero consultar All, Paula y Rubaja, Nieve, "Experiencia de los países que regulan el proceso de restitución internacional de niños", en Godínez, Lázaro Tenorio, Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (coords.), op. cit., pp. 181-198; y Kuyumdjian de Williams, Patricia y Granillo Ocampo, Victoria, "El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños", en *La Ley*. Disponible en LL online (referencia: AR/DOC/3066/2017).

el niño residía antes del desplazamiento ilícito para que, ante su sola petición,²⁶ se ponga en marcha el procedimiento ideado por estos Convenios para lograr la restitución.

Será luego la Autoridad Central del Estado requerido la que, tan pronto le sea girada la solicitud de restitución, y demás documentación,²⁷ se encargue de proveer al requirente la asistencia jurídica que precise para poder ventilar el caso ante la justicia.²⁸

He aquí la importancia fundamental de estos Convenios: ambos facilitan el acceso a la justicia en el extranjero, a fin de poder reclamar ante el Juez de Refugio²⁹ la restitución de un niño ilícitamente trasladado o retenido. Sin estos Convenios y la actividad que despliegan las Autoridades Centrales, la posibilidad real de interponer acciones de este tipo en otro Estado se vería francamente imposibilitada.

5. Del rol de la Autoridad Central

Dos son las Autoridades Centrales que actúan en un proceso de restitución: la Autoridad Central Requirente, que es quien recibe al peticionante separado de su hijo y quien remitirá –de ser procedente– la petición de restitución al Estado de Refugio para su tramitación; y la Autoridad Central Requerida, del Estado en donde el niño se encuentra, que es quien recibirá las actuaciones y facilitará la obtención de asistencia jurídica para el inicio del proceso. Todo ello, de conformidad con las obligaciones que expresamente les imponen los Convenios en cuestión.³⁰

La Autoridad Central Requerida, por lo demás, es quien procurará la localización del sustractor y los niños sustraídos –por sí o a través de intermediarios–³¹, de resultar ello necesario.

²⁶ Las Autoridades Centrales cuentan con un equipo de abogados que reciben y orientan a los peticionantes en cuanto a la documentación a presentar y el llenado de los formularios, necesario todo ello para requerir la restitución.

²⁷ La documentación que se precisa es aquella tendiente a acreditar: 1) el vínculo entre el requirente de la restitución y el niño sustraído; 2) la residencia habitual del niño, lo cual se acredita fundamentalmente con certificados escolares y carnets de vacunación; y 3) el derecho de custodia, que se acredita con copia de la legislación aplicable.

²⁸ En algunos Estados, la propia Autoridad Central del Estado de Refugio es quien representa judicialmente al peticionante; en otros, delega esa función en los Defensores Oficiales.

²⁹ Así es como se conoce al Juez del Estado en el que el niño es retenido.

³⁰ Tales obligaciones están contenidas en los arts. 6 y 7 de la Convención de La Haya de 1980 y en el art. 7 de la Convención Interamericana de 1989.

³¹ Argentina cuenta con el auxilio de Interpol para la búsqueda del paradero del sustractor y los niños sustraídos.

5.1. Etapa voluntaria

Una vez localizados los niños, y antes de remitir las actuaciones a la Justicia, podrá tener lugar una etapa voluntaria, ante la Autoridad Central Requerida. Ello, siempre que sea solicitado por el interesado.

Se trata de una instancia de diálogo con el progenitor sustractor, que la Autoridad Central Requerida puede promover con ánimo de trabajar en la posibilidad de un retorno voluntario o algún tipo de acuerdo entre las partes, que solucione el conflicto de manera pacífica y pronta. Es el propio peticionante quien debe requerir el inicio de esta instancia, analizando previamente las ventajas y desventajas que ello puede traer aparejado, como así también el posible riesgo de fuga del sustractor.

Asimismo, algunos países ofrecen una instancia de mediación y cuentan con organismos especializados que, en colaboración con la Autoridad Central, llevan a cabo esta labor. Compete a cada Estado determinar el modo de llevar adelante esta función, pero facilitar mecanismos de resolución de conflictos en materia de restitución es fundamental, y no solo en la faz administrativa, sino también luego, en la faz judicial. Ello favorece el logro de acuerdos y evita muchas veces que los niños tengan que pasar por experiencias más traumáticas.

5.2. Del proceso judicial

Cuando la restitución voluntaria fracasa, o no es solicitada esa instancia, la Autoridad Central Requerida remitirá la solicitud a la Justicia. En algunos Estados, es la propia Autoridad Central quien representa al peticionante; en otros –como ocurre en la Argentina–, esa función es asumida por los Defensores Oficiales, a quienes la Autoridad Central Requerida deberá remitir la documentación en cuestión, para el inicio del proceso judicial.³²

Una vez iniciado el proceso, ambas Autoridades Centrales estarán en permanente contacto, colaborando entre sí y con el Juez, principalmente en la recolección de pruebas que guarden relación con el pedido de restitución, como así también en la obtención de información sobre las posibles medidas de protección que pudieran eventualmente adoptarse para garantizar un retorno seguro. Ello, de existir alguna situación de riesgo que al Juez preocupe y busque neutralizar.

³² Ello, siempre y cuando el interesado no opte por designar un abogado particular, en cuyo caso será a este último a quien se le remita la documentación.

Resulta de utilidad que el Juez consulte también con la Autoridad Central sobre los servicios de asistencia jurídica, financiera o social, disponibles en el Estado de la residencia habitual del niño, y a los que –eventualmente– podría acudir el suscriptor a su regreso –de ordenarse el retorno–, para el ejercicio de las acciones de custodia o de fijación de un régimen de comunicación.

Quienes están llamados a colaborar en la búsqueda de toda aquella información que el Juez precisa para resolver, son las Autoridades Centrales, y eventualmente los Jueces de Enlace.³³

La idea es que, a la hora de resolver, el Juez cuente con todos los elementos necesarios para que, en caso de ordenar la restitución, pueda hacerlo con el convencimiento de que es posible articular un retorno seguro, adoptando las medidas concretas que permitan garantizarlo. La consulta previa con la Autoridad Central y/o los Jueces de Enlace sobre las medidas de protección es clave. Solo una vez obtenida la información el Juez debería resolver, nunca antes.

De existir acuerdos entre las partes o compromisos asumidos por alguna de ellas, también deberán ser –la mayoría de las veces– replicados en ese otro Estado. Se trata, concretamente, de que todo aquello que el Juez de Refugio haya dispuesto con ánimo de garantizar un “retorno seguro” sea adoptado en ese otro país, mediante el dictado de una decisión idéntica por parte del Juez extranjero, que homologue o convalide lo dispuesto. Son estas las llamadas “órdenes espejo”.³⁴

La presencia de la Autoridad Central, en esta etapa, es esencial, no solo para analizar la conveniencia de adoptar medidas de protección, sino también para evitar que se dispongan medidas excesivas, que luego en la práctica resulten imposibles de reconocer en el Estado de la residencia habitual del niño y terminen, en definitiva, perjudicando la ejecución misma del retorno. Una consulta oportuna con la Autoridad Central evita esos inconvenientes.

33 Cada Estado designa un Juez, ante la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en carácter de Juez de Enlace para integrar la Red de Jueces de Enlace de La Haya. Son ellos quienes, juntamente con las Autoridades Centrales, colaboran con el Juez de la restitución, ya sea brindando información sobre la interpretación correcta de los Convenios de La Haya, o bien facilitando la realización de comunicaciones judiciales directas, cuando un Juez en un caso específico lo precise, como por ejemplo: para conocer sobre el estado de una causa penal o para conocer sobre las posibles medidas de protección que allí, en ese otro país, se puedan disponer.

34 Para un mayor análisis sobre órdenes espejo, puede consultarse: Rua, María Isabel, “Restitución de Niños: claves para un retorno seguro”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 89, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 10 de mayo de 2019, p. 195 y ss.; Granillo, Victoria, “Ejecución de la orden de restitución: Dificultades detectadas en los países de la región” y Rua, María Isabel, “Buenas prácticas para combatir las dificultades: la experiencia de las Autoridades Centrales y Jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya”, en Tenorio Godínez, Lázaro, Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (coords.), op. cit., pp. 377-402; Pennsie Iantorno, María Soledad y Panatti, Marcela, *Procesos de Restitución Internacional de Niños*, op. cit., p. 76 y ss.

Ahora bien, cuando efectivamente el Juez ordene medidas de protección, es importante que, previo a ejecutarse el retorno, el Juez confirme —a través de la Autoridad Central— que tales medidas de protección hayan sido replicadas, pues esa será la única garantía que tendrá el Juez —en caso de no ser cumplidas voluntariamente por el obligado— de que estas serán cumplidas, pues habrá un Juez en ese otro Estado que las podrá exigir.

6. Objeto del proceso judicial

Los Convenios imponen a los Estados parte la obligación genérica de restituir, condicionada a la previa acreditación de un traslado o retención ilícitos.

Este es, pues, el primer concepto que todo Juez debe analizar: determinar si el traslado, o la retención, han sido o no ilícitos. Si lo es, corresponderá ordenar de inmediato el retorno. Ello, sin entrar en el análisis de la cuestión de fondo, relativa a determinar con quién debe vivir el niño o en qué país, lo cual le está expresamente vedado, conforme el art. 16 de ambos Convenios. Estos aspectos son ajenos a la competencia propia del Juez de Refugio, quien solo deberá decidir la restitución, en un juicio de carácter urgente, verificando la existencia o no de un traslado ilícito. Eventualmente deberá verificar también si, pese al traslado ilícito, se da —en el caso— alguna de las excepciones que los Convenios taxativamente prevén, siempre, claro está, que aquellas excepciones hayan sido efectivamente opuestas.

Tener en claro cuál es el objeto del proceso de restitución es fundamental. Ello ayuda a proveer de manera correcta la prueba y evita que el proceso se demore innecesariamente, sobre la base de planteos improcedentes o análisis de pruebas que vayan más allá del limitado marco de conocimiento que han de tener estos procesos. Ni la prueba del bienestar del niño en el Estado de Refugio ni la mayor o menor aptitud de un padre para detentar el cuidado personal de un niño pueden ser utilizadas como argumentos válidos para denegar un retorno.

6.1. Configuración del traslado ilícito

Un desplazamiento se considera ilícito en la medida en que se haya producido en infracción al derecho de custodia del Estado en el que el niño residía habitualmente.

En otros términos, la ilicitud del traslado debe ser analizada, a la luz de la ley del lugar de residencia habitual del niño.

Dos son, pues, los elementos que deberá verificar el Juez: cuál era la residencia habitual de ese niño, para luego ver qué es lo que dispone el “derecho de custodia” de ese Estado. La ilicitud del traslado resultará en definitiva del análisis conjunto de estos dos conceptos.

6.1.a. Residencia habitual

El término “residencia habitual”, al que aluden los Convenios, no es sinónimo de domicilio legal o de nacionalidad, sino que responde a una situación de hecho que refiere al lugar donde el niño desarrolla su centro de vida.

El Código Civil y Comercial de la Nación define en el art. 261 inc. b) la residencia habitual de una persona como “el Estado en el que aquella vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado”.

Asimismo, recogiendo la que fuera doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Código³⁵ señala que “... los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”.³⁶

6.1.b. Derecho de custodia

Para la correcta aplicación de los Convenios de Restitución, es importante tener en cuenta que el concepto “derecho de custodia”, que los Convenios utilizan, no coincide con lo que podemos entender por “cuidado personal”, “guarda” o tenencia (según la terminología que adopten de los diferentes códigos), sino más bien con el derecho a determinar el lugar de residencia de un niño. En efecto, el art. 5 del Convenio de La Haya señala que “a los efectos del presente Convenio: el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.³⁷

³⁵ Artículo 2614 Segundo Párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “B.S.M. c/ P.V.A. s/ restitución de menores”, 19 de mayo de 2010, Fallos 333:604; “W.D. c/ S.D.D.W. s/ demanda de restitución de menor rec. de apel”, 22 de noviembre de 2011, Fallos: 334:1445; “G.P.C. c/ H.S.M. s/reintegro de hijo”, 22 de agosto de 2012, Fallos: 335:1559.

³⁷ La Convención Interamericana lo define de igual modo en el art. 3.

En ese sentido, cuando el derecho de fijar la residencia del niño recaiga en ambos padres (ya sea por la ley, por acuerdo de partes o por una resolución),³⁸ todo aquel desplazamiento que haya sido decidido de manera unilateral, sin el consentimiento del otro progenitor, se entenderá ilícito. Ello, aun cuando haya sido decidido por el progenitor que detentaba la guarda del niño.

En otros términos, el padre no conviviente, pero con derecho a visitas, verá vulnerado su derecho de custodia cuando su consentimiento no haya sido requerido para el desplazamiento de su hijo al extranjero, siempre que la legislación de ese país así lo exija. El derecho a oponerse al traslado de su hijo al extranjero es precisamente el derecho que lo legitima para reclamar la restitución.

7. De las excepciones al retorno

La obligación genérica de restituir cede frente a la prueba de alguna de las excepciones que, taxativamente, prevén ambos Convenios. La clave para el análisis correcto de las excepciones reside en la interpretación restrictiva que se haga de estas, como asimismo “urgente”.

Todo proceso de restitución debe poder concluir en el perentorio término de “seis semanas”, al que alude el Convenio de La Haya. Ello, independientemente de que se hayan opuesto excepciones. El plazo ha de regir siempre, pues a ello se han obligado los Estados por el simple hecho de haber ratificado los Convenios.

En tal sentido, de haberse opuesto defensas, la producción de la prueba de la que el sustractor intente valerse no debería causar mayores dilaciones. Cuando ello ocurre, todo el proceso lamentablemente se desnaturaliza, en desmedro del interés superior del niño, que es el único que debe primar en un procedimiento de esta naturaleza.

Las demoras en el tratamiento de las excepciones no son un tema menor, sino que son tanto o más importantes que la interpretación en sí misma de aquellas.³⁹

Las principales excepciones al retorno están contenidas en los arts. 13 y 11 de las Convenciones de La Haya e Interamericana, respectivamente.

³⁸ El art. 3 del Convenio de La Haya señala que el derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

³⁹ Para un mayor análisis sobre los efectos de las demoras en el tratamiento de las excepciones, ver Rua, María Isabel, “Restitución de niños: El problema de las demoras en los procesos y cómo combatirlo”, *op. cit.*

Dichos artículos señalan que:

El Juez no estaría obligado a ordenar la restitución, si quien se opone a la misma acredita:

- a. *que el peticionante de la restitución no ejercía efectivamente el derecho de custodia sobre el niño al tiempo del traslado o retención, o bien, hubiere consentido el traslado con posterioridad;*
- b. *que existe un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable.*

Finalmente, señala la norma –a renglón seguido– en el mismo inciso b) que:

El Juez podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del niño si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando este haya alcanzado una edad y un grado de madurez que justifique tener en cuenta sus opiniones.

De encontrarse debidamente acreditada alguna de estas causales de excepción, la restitución podría ser denegada, en resguardo del interés superior del niño.

Cabe aclarar, sin embargo, que las excepciones siempre han de ser interpretadas con carácter sumamente restrictivo, como bien la Corte se ha ocupado de señalar.⁴⁰ Una interpretación excesivamente amplia de las excepciones, como así también errónea, desvirtuaría la finalidad para la cual estos Convenios han sido suscriptos, que no es otra que la de lograr el pronto retorno al país de residencia habitual del niño sustraído (o retenido), para que una vez allí, ante el Juez natural, sean discutidas las cuestiones atinentes a la custodia.

En síntesis: la regla general de estos Convenios es la restitución, y el no retorno, la excepción.

7.1. Interpretación del grave riesgo

La excepción que mayores dificultades plantea, a la hora de su interpretación, es la de grave riesgo; tan es así que la Conferencia de La Haya ha trabajado intensamente en los últimos años en la elaboración de una guía de buenas prácticas –próxima a ser aprobada– que favorezca una interpretación uniforme del grave

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "B.S.M. c/ P.V.A. s/ restitución de menores", *op. cit.*; "V.D.L. (nacionalidad francesa) s/ restitución de menores ejecución de sentencia extranjera", 16 de agosto de 2011, Fallos: 334:913, entre otros.

riesgo por parte de los Estados.

No cualquier circunstancia justifica el grave riesgo. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “el grave riesgo requiere que el niño presente un grado de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres...”⁴¹.

La mera invocación genérica de que un nuevo desarraigo le causará un daño al menor no es claramente suficiente para justificar la excepción. Como toda excepción, el riesgo debe ser interpretado restrictivamente.

Tampoco puede configurarse el grave riesgo alegándose perjuicios económicos que supuestamente estaría sufriendo el progenitor requirente de la restitución,⁴² ni tampoco invocando el bienestar del niño en el Estado de Refugio. Al respecto la Corte ha dicho que “la estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualquiera de los progenitores no es idónea para sustentar una negativa a la restitución”.⁴³ En otros términos, que el niño se encuentre bien en el Estado de Refugio no es óbice a la restitución ni puede ser tomado como causal autónoma de excepción.

El grave riesgo resultaría, básicamente, de situaciones de violencia doméstica o abuso sexual sufridas por el niño, que debidamente acreditadas hagan temer respecto de la seguridad y salud del niño al retornar. Es a este tipo de cuestiones a las que apuntaría la excepción.

Se precisa que los hechos que se invoquen cuenten con la debida prueba documental, concretamente actuaciones judiciales que acrediten que los hechos invocados fueron denunciados e investigados en su momento. Suele ocurrir, en muchos de los casos en donde “el grave riesgo” se invoca, que no hay siquiera denuncias hechas en el Estado de la residencia habitual, siendo también poca la prueba que se aporta. Muchas veces las denuncias, si es que las hay, son incluso posteriores a la acción judicial de restitución y hechas en el país de refugio, lo cual

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela”, 14 de junio de 1995, Fallos 318:1269; W.D. c/ S.D.D.W. s/ demanda de restitución de menor rec. de apel”, *op. cit.*

42 La Corte ha dicho que “... hacer hincapié en dicho factor conduciría a la irrazonable conclusión de que el CH 1980 fue impulsado para proteger con exclusividad a los menores con progenitores adinerados, dejando expuesto y sin posibilidad de solicitar la restitución de un niño sustraído o retenido en forma ilícita a un padre sin recursos. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “E., M.D. c/ P., P.F. s/ restitución del menor E.P.C.D.”, 10 de mayo de 2016, Fallos: 339: 609.

43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “B.S.M. c/ P.V.A. s/ restitución de menores”, *op. cit.*; “H. C. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Sub directora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, 21 de febrero de 2013, Fallos: 336: 97 y “E., M. D. c/ P., P. F. s/ restitución del menor E.P.C.D.”, *op. cit.*

pone lógicamente en duda la veracidad de los hechos que allí se denuncian.

Pero, más allá de todo esto, hay un aspecto fundamental a la hora de evaluar el grave riesgo. La doctrina mayoritaria⁴⁴ sostiene que el Juez, al advertir el “grave riesgo” invocado, previo a decidir debe analizar si existe alguna forma de neutralizarlo, a través de medidas provisorias⁴⁵ de protección, que se repliquen en el Estado de la residencia habitual del niño, favoreciendo de ese modo un retorno seguro.⁴⁶

Sobre la base de esta interpretación, que es la sugerida desde el seno de la Conferencia de La Haya, habrá grave riesgo únicamente en aquellos casos donde, tras las averiguaciones practicadas con el auxilio de la Autoridad Central y Jueces de Enlace, o acudiendo a comunicaciones judiciales directas, no se hayan podido encontrar medidas de protección efectivas que sirvan para neutralizar el riesgo a la hora de ordenar el retorno. Solo en esos casos, el Juez debería admitir la excepción. Es decir, cuando el retorno seguro no resultase factible.⁴⁷

Este es el criterio de interpretación que propicia la Conferencia de La Haya, en línea con la interpretación restrictiva que, de las excepciones, se exige.⁴⁸ El Código Civil y Comercial de la Nación también adhiere a esta interpretación, toda vez que impone al Juez –en la norma del art. 2642, segundo párrafo– el deber de supervisar el retorno seguro del niño.⁴⁹ Así también lo exige la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños.

44 Bendahan Silveira, María Lilian, “Perspectiva del juez y herramientas para dilucidar la violencia”, en Tenorio Godínez, Lázaro, Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (coords.), *op. cit.*, pp. 289-306; Goicoechea, Ignacio, “El regreso seguro del niño en el marco del convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños”, en Tenorio Godínez, Lázaro, Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (coords.), *op. cit.*, pp. 320-335; y Rúa, María Isabel, “Restitución Internacional de Niños: claves para un retorno seguro”, *op. cit.*, p. 195, entre otros.

45 Todas las medidas de protección que dicte un Juez de Refugio revisten carácter provisorio, pues son dispuestas al solo efecto de asegurar un retorno seguro. La idea es que el Juez competente de la residencia habitual del niño luego determine, en un proceso de mayor debate y prueba, si corresponde que estas sean mantenidas.

46 Como ha dicho el Tribunal de Apelaciones de Primer Turno de Montevideo, República Oriental del Uruguay en autos: “XX c/ ZZ s/ reintegro de hijos”, “se trata no solamente de considerar si de retornar al Estado de su residencia habitual, el niño estaría expuesto a una situación intolerable, sino de establecer si, aún acreditado el riesgo, puede éste ser conjurado por la existencia de mecanismos y/o medidas de protección específicas que se encuentran al alcance en el conglomerado social al que pertenece, se ofrecen por el requirente, o se disponen por la autoridad jurisdiccional. Aquí, el concepto de ‘medidas de protección efectivas’ es decisivo”. Disponible en: <https://www.incadat.com/es/case/1322> [fecha de consulta 15 de julio de 2019].

47 Para un mayor análisis de las excepciones de los convenios, puede consultarse: Rúa, María Isabel, “Restitución Internacional de Niños: Análisis de las excepciones al retorno”, *J.A.*, 20 de febrero de 2019, pp. 11-26.

48 Ver al respecto la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, IV Parte. Ejecución.

49 Art. 2641, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación: “El juez competente que decida la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión”.

Hasta la fecha, no existen precedentes en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiese considerado comprobada esta causal de excepción.

Sin perjuicio de ello, no han pasado desapercibidos determinados episodios que dieron origen a requerimientos a la Autoridad Central argentina para que en coordinación con su par extranjera arbitraran los medios necesarios para que tanto el regreso como el proceso de readaptación del menor transcurran del modo más respetuoso a la condición personal del niño.⁵⁰

7.2. Oposición del niño

El art. 13.b señala, tras definir la excepción de grave riesgo, y como un segundo párrafo de ese mismo inciso, que el Juez podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del niño si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando este haya alcanzado una edad y un grado de madurez que justifique tener en cuenta sus opiniones.⁵¹

Por la manera en que está redactada la disposición –como un segundo párrafo dentro del mismo inciso que trata el grave riesgo–, se sostiene, en general, que la “oposición del niño” no sería una causal autónoma de oposición, sino que estaría incluida en la excepción de grave riesgo, como un elemento más para evaluarla.⁵² Compartimos esa opinión, entendiendo que dicha oposición estaría más bien orientada a desentrañar la existencia del grave riesgo que pudiera haberse opuesto. De lo contrario, se caería en el absurdo de decidir la restitución según los deseos o preferencia del niño de vivir con uno u otro progenitor, y ese no puede ser el sentido de la oposición. Siguiendo a Najurieta, se trata de advertir, por la experiencia del juez y la ayuda de los equipos pluridisciplinarios, si la oposición del niño revela una situación intolerable –abuso, maltrato, violencia, etc. – que quede claramente incluida en la causal de grave riesgo.⁵³

50 Peirano, Paula y Dillon, Tomás, “La Restitución Internacional según la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Tagle, Graciela (dir.), *Restitución Internacional de Menores – Doctrina de los Jueces de la Red Nacional y Rol de las Autoridades Centrales. Visión práctica*, Córdoba, Advocatus, 2016, p. 383. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F., C. del C. c/ G., R. T. s/reintegro de hijo”, 21 de mayo de 2013, Fallos: 336:458 y “G.P.C. c/ H.S.M. s/reintegro de hijo”, *op. cit.*

51 La Convención Interamericana trata “la oposición del niño” de igual manera que la Convención de La Haya; esto es, en el mismo inc. b del art. 11, en el que alude al grave riesgo.

52 Mizrahi, Mauricio Luis, *Restitución Internacional de Niños*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 205.

53 Najurieta, María Susana, “Cuestiones complejas en la interpretación y aplicación de la excepción 1 b) “grave riesgo”, en Tenorio Godínez, Lázaro, Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (coords.), *op. cit.*, p. 274.

La Corte ha señalado en reiterados fallos que “no se trata de indagar acerca de la preferencia del niño por vivir con uno u otro de los padres sino que debe existir una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar, psicológicamente genuino y fundada en circunstancias graves”,⁵⁴ lo cual acerca justamente la oposición a la hipótesis de grave riesgo.

Por lo demás, el juez deberá desentrañar si existe una voluntad genuina del niño o si esta resulta más bien influenciada por el progenitor sustractor.

Cómo proteger mejor a ese niño en tanto sujeto de derecho es la cuestión a resolver, partiendo de la base de que el interés superior de todo niño sustraído en principio se alcanza –salvo excepciones– con la restitución pronta al país en donde aquel tenía su centro de vida.

La justicia argentina solo en un caso hizo lugar a la oposición. Se trató de dos adolescentes, de 14 y 15 años de edad, que manifestaron su oposición a retornar a España, en la etapa de ejecución de sentencia. El Juez suspendió así la restitución de aquellos, lo cual ya había sido ordenado y confirmado por la Cámara tiempo antes. El padre, peticionante de la restitución, no apeló la medida, por lo que quedó firme aquella decisión.⁵⁵

7.3. Excepciones extraordinarias

Amén de estas tres excepciones, incluidas en los arts. 13 y 11 de las Convenciones de La Haya e Interamericana, respectivamente, ambos Convenios prevén también otras dos hipótesis de excepción, que suelen estudiarse como excepciones de carácter extraordinario. Ellas son:

La excepción de arraigo o integración del niño en el Estado de Refugio. El arraigo o la integración al nuevo medio solo podrá ser invocada cuando el procedimiento de restitución fuere iniciado después del año de haberse producido

54 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “V.D.L. (nacionalidad francesa) s/ restitución de menores ejecución de sentencia extranjera”, *op. cit.*; “G.P.C. c/ H.S.M. s/reintegro de hijo”, *op. cit.* y “H. C. A. s/restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Sub directora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, *op. cit.*

55 Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, “D. H. A c/ L., E. M. s/ restitución internacional de menores” Expte N° 4.567/2014, 10 de julio de 2017. Para así resolver, la Jueza sostuvo que “...por más que se cumplan las condiciones impuestas por la suscripta en autos, en este particular caso y a partir de los planteos y voluntades expresadas por los jóvenes con posterioridad, el efectivo cumplimiento de la restitución, que no podría ser sino coactivo y por ende por la fuerza pública, supondría contravenir incluso los propios términos de la CH 1980 al consagrarse, por un lado, un retorno brutal y no seguro para los jóvenes, y por el otro, una violación de lo dispuesto por los artículos 4 y 1, penúltimo párrafo *in fine* de la propia CH 1980. Y ello, con el agravante de las consecuencias que el retorno en tales condiciones podría traer con respecto a la relación entre los jóvenes y el propio progenitor reclamante”.

el traslado o retención ilícita. Esta excepción, no obstante, no opera de manera automática, sino que debe ser analizada con carácter restrictivo. Así, señalan los Convenios que, aun iniciado el proceso después del año del traslado ilícito, debe el Juez ordenar el retorno, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.⁵⁶

La vulneración de derechos humanos en el Estado Requirente. El art. 20 de la Convención de La Haya señala que la restitución podrá ser denegada también cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En otros términos, cuando restituir al niño podría poner en riesgo sus derechos humanos.⁵⁷

Esta excepción se conecta con situaciones de guerra, conflictos armados, revoluciones o regímenes de gobierno que desconozcan los derechos de sectores de la población como mujeres, extranjeros o grupos religiosos, y el menor pertenezca a alguno de esos grupos excluidos. Cualquiera de estas hipótesis claramente pondría en riesgo la vida del niño al regresar.

En autos "S., Z. A. A. c/ A., D. D." fue aplicada esta excepción. El caso trató de un matrimonio que residía en Kuwait, donde había nacido el hijo. A raíz de la guerra del Golfo, la familia se refugia en Inglaterra, pues grupos de fanáticos habían dictado sentencia de muerte contra el padre. Tiempo después la madre, sin el consentimiento del padre, viene a la Argentina. El padre solicita a través de la Autoridad Central del Reino Unido la restitución de su hijo. Si bien en Primera Instancia se ordena la restitución, apelado el fallo la Cámara revoca lo resuelto en aplicación del art. 20 del Convenio, entendiendo que de reinstalarse en la situación anterior al traslado ilícito, la vida del niño estaría expuesta a grave riesgo. El Tribunal concluyó que "se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida que, en el caso, parece verosímil habida cuenta la conocida decisión con la que el fanatismo fundamentalista musulmán persigue sus fines...".⁵⁸

⁵⁶ Conf. art. 12 segundo párrafo de la Convención de La Haya y art. 14 de la Convención Interamericana.

⁵⁷ La Convención Interamericana alude a la misma hipótesis de excepción en el art. 25.

⁵⁸ Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, "S., Z. A. A. c/ A., D., D.", 14 de septiembre de 1995 (LL 1996-E-165).

8. Sentencia y ejecución

Acreditado el traslado ilícito, y determinadas –en su caso– las medidas de protección factibles de ser adoptadas, el Juez deberá ordenar de inmediato la restitución, preservando así el interés superior del niño, que –en el contexto de una sustracción ilícita– reside en el pronto y seguro retorno de aquel a su residencia habitual, para que una vez allí puedan ser debatidos los asuntos concernientes al ejercicio de la responsabilidad parental.

La sentencia deberá contener en forma clara y detallada los aspectos prácticos para su ejecución. Concretamente, deberá indicar cuándo y con quién viajará el niño, así como quién será el que afronte el costo de los pasajes. Previamente, también deberá haberse constatado que la documentación de viaje se encuentra en orden.

De ser necesario, la sentencia también deberá disponer las medidas de protección que, a través del auxilio de las Autoridades Centrales y Jueces de Enlace, se hayan encontrado como posibles y efectivas de ser aplicadas provisoriamente en ese otro Estado extranjero, para neutralizar la situación de riesgo que el caso en particular presente. Téngase en cuenta que no todos los casos requieren medidas de protección; deben presentar circunstancias especiales que ameriten su dictado.

Ejemplos de estas medidas pueden ser: disponer la custodia provisoria del niño en el progenitor sustractor, hasta tanto el Juez competente en materia de cuidado personal determine lo que corresponda;⁵⁹ disponer una prohibición de acercamiento entre cónyuges o entre el niño y el peticionante, hasta tanto el Juez competente determine si hay elementos para su mantenimiento; o bien requerir al Juez competente en el Estado de Refugio la adopción de una audiencia a llevarse a cabo inmediatamente después de producido el traslado.

Las medidas podrán disponerse en la medida en que sean factibles en el otro Estado, y siempre sujetando el retorno al previo reconocimiento de aquellas, como órdenes espejo, en el Estado al que el niño retornará. Eso es fundamental, pues son medidas pensadas para el escenario posterior a la restitución y la única ga-

⁵⁹ Cabe señalar, no obstante, que el reconocimiento de una custodia provisoria solo podría adoptarse en la medida en que vaya precedida de un acuerdo de partes o compromiso efectuado por el peticionante de la restitución, toda vez que el Juez de Refugio –sobre la base de los Convenios de Restitución– no tiene competencia en materia de custodia. Distinto sería el caso si los Estados implicados fuesen, además, Estados parte de la Convención de La Haya de 1996, puesto que este último Convenio otorga competencia concurrente, por razones de urgencia, en ambos jueces. En ese caso, “y dada la urgencia”, el Juez de Refugio podría ordenar la custodia provisoria en el progenitor sustractor –si fuese necesario– sin necesidad de que exista un acuerdo previo.

rantía que puede tener el Juez de que las medidas que dispuso se van a cumplir es que estas se encuentren previamente reconocidas. Para todos estos menesteres, acudir a la Autoridad Central y a los Jueces de Enlace es esencial, siendo las comunicaciones judiciales directas una de las tantas herramientas a las que es factible acudir en esta instancia.

No solo las medidas de retorno seguro son las que deberían ser replicadas antes de ejecutarse el retorno. Los acuerdos alcanzados por las partes o los compromisos asumidos por el peticionante también deberían ser replicados como condiciones previas al retorno.

9. Conclusión

Este es, en resumida síntesis, el esquema de un proceso de restitución y los lineamientos que todo Juez debe seguir en pos de proteger el interés superior de los niños en el contexto de una sustracción ilícita.

Como se podrá observar, el trabajo coordinado de las Autoridades Centrales, el respeto por la celeridad con que deben resolverse estos trámites, atenerse al limitado marco de conocimiento de estos procesos, interpretar restrictivamente las excepciones, aplicar las buenas prácticas que resultan de las guías y acudir a la Autoridad Central ante las dificultades que en el caso se presenten constituyen –sin duda alguna– herramientas claves para alcanzar mejores resultados y una interpretación uniforme en la aplicación de estos Convenios, que han sido expresamente pensados con ánimo de proteger los derechos de los niños sustraídos.⁶⁰

⁶⁰ Para un mayor análisis sobre los conceptos claves a tener en cuenta en un proceso de restitución, véase Rúa, María Isabel, "Restitución Internacional de Niños: claves para un retorno seguro", *op. cit.*, p. 195 y ss.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 12

Derecho a ser escuchado¹

Noris Pignata²

¹ Baso este artículo en un texto propio originalmente denominado "Las diferentes modalidades y los distintos actores para garantizar el derecho a ser oído en el sistema de protección integral" y que fuera publicado en Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Ministerio de Desarrollo Social, Presidencia de la Nación, Introducción al Sistema de Protección Integral de Derechos, Colección Desafíos/Cuadernillo N° 3 SPI, Facultad de Trabajo Social - UNER, 1ª ed., 2017, pp. 104-113.

² Abogada. Especialista en derechos humanos y derechos del niño. Asesora Tutelar de la Cámara Penal Contravencional y de Faltas del Ministerio Público Tutelar CABA. Se desempeñó en la Dirección de Niñez del Gobierno de la Ciudad. Fue Directora de Asuntos Jurídicos del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

ARTÍCULO 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Con motivo de conmemorarse el 30° aniversario de la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño, voy a abordar el artículo 12 de la norma convencional, intentando describir el proceso de aplicación de la norma jurídica y su impacto en la vida cotidiana de los/as niños/as.

1. Introducción

Antes de abordar el derecho a ser oído/escuchado, es preciso contextualizar el espacio y tiempo en el cual se firma la Convención. En el país, el estatus jurídico de un/a niño/a era el de una persona humana incapaz absoluta por razones de edad, quien necesitaba de un representante legal que pudiera representar sus intereses en todos los ámbitos de la vida y en los actos que modifican la historia de las personas. Los representantes legales de los/as niños/as –en general sus progenitores, o aquellos llamados a sustituirlos en el supuesto de no existir o no poder ejercer la representación– habían sido adjudicados legalmente como reproductores válidos de los intereses que concernían a los/as niños/as a su cargo.

Por lo tanto, si bien nadie dudaba de la condición de sujeto humano de un/a niño/a, y de ser destinatario/a de las normas convencionales de derechos humanos ratificadas por nuestro país con el advenimiento de la democracia, no se cuestionaba su incapacidad para el ejercicio de sus derechos, que se entendían suficientemente garantizados por los adultos a cargo de su crianza y, en forma subsidiaria, por el Estado.

La normativa interna que reflejaba esta visión social y jurídica del/la niño/a estaba contenida en el Código Civil, en la Ley de Patronato del Estado y en la ley penal de menores, donde se abarcaba desde la descripción de persona humana, la transmisión de los derechos patrimoniales, la representación hasta las situaciones que daban lugar a la sustitución estatal de la crianza y la respuesta estatal cuando infringían la ley, ocasionando un daño.

Firmar y posteriormente ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) colocaba al país en la obligación de adecuar su normativa al nuevo estatus jurídico asignado.

Toda la literatura referida a la infancia posterior a 1990, en especial la latinoamericana, pone el foco sobre el cambio de paradigma: del/la niño/a objeto (de cuidado, de protección, de decisión) se transmuta al/la niño/a sujeto (persona humana titular de derechos).

Para los operadores del derecho, la modificación del estatus jurídico de los/as niños/as implicó en principio un desafío, ya que la norma modificaba la realidad, cuando siempre había sido lo contrario.

Y este desafío se plasmaba con toda claridad en el texto del artículo 12:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La firma de la Convención en la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, y su posterior ratificación por el Congreso Nacional, con la Ley 23.849,³ en principio no conmovió a la opinión jurídica, salvo a grupos específicos dedicados a los derechos humanos en general y a los/as niños/as en particular.

La comunidad jurídica tenía una fuerte impronta de negar operatividad a las normas convencionales de derechos humanos en forma directa, pero esta tendencia se modificó por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de Hecho”, del 7 de julio de 1992, donde se afirma que cuando el Estado ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen (considerando 20); que este tiene preeminencia sobre las leyes internas (considerandos 15, 16, 17, 18 y 19); que su interpretación debe guiarse por la jurisprudencia del órgano internacional que lo interpreta (considerando 21) y que la omisión legislativa significaría el incumplimiento o repulsa del tratado con la responsabilidad que dicho acto conlleva (considerando 16).

Este fallo abre el camino de la obligatoriedad de los tratados de derechos humanos, así como de las interpretaciones que de ellos hagan los órganos de los tratados y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), si bien actualmente la actual composición del tribunal supremo

³ Sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990 y publicada en el Boletín Oficial el 22 de octubre de 1990.

tiene entre sus cortesanos al Dr. Horacio Rosatti, quien sostiene la teoría del margen de interpretación nacional.

La Convención Constituyente de 1994 despejó los interrogantes sobre su operatividad al incorporar el tratado en el art. 75 inc. 22 y prever la mayoría legislativa para que en el futuro los tratados se incluyeran en el texto constitucional. De este modo, no quedaron dudas de que la CDN era norma aplicable, y obligaba al Estado, en cualquiera de sus poderes y de sus niveles.

Retomando la noción de cambio de paradigma de objeto a sujeto, el eje central dentro del texto convencional que visibilizaba al sujeto era el reconocimiento de su derecho a ser escuchado. La palabra, la posibilidad de comunicar a otro una idea, un interés, un deseo es lo que modifica la percepción del/la niño/a-objeto en niño/a-sujeto.

Y este derecho se planteó como un importante obstáculo epistemológico para los adultos en general, porque la discusión no es jurídica, acerca de los alcances, contenidos y límites de la norma; esta trasciende el texto legal en términos sociales: es política, organizacional, emocional. Los adultos nos encontramos ante un otro en nuestra vida cotidiana, que da su opinión y que debe ser escuchado.

Para cerrar esta introducción y retomar el derecho del niño a ser oído, voy a rescatar el pensamiento de dos autores que influyeron en el aprendizaje diario sobre los derechos humanos de los/as niños/as.

Ambos nos recuerdan que los/as niños/as integran un colectivo, la infancia, y lo que esta denominación dice sobre la visión que el mundo adulto tiene de ella.

Giorgio Agamben plantea que

... como infancia del hombre, la experiencia es la mera diferencia entre lo humano y lo lingüístico. Que el hombre no sea desde siempre hablante, que haya sido y sea todavía in-fante, eso es la experiencia (...) La infancia actúa en efecto, antes que nada, sobre el lenguaje, constituyéndolo y condicionándolo de manera esencial. Pues justamente el hecho de que haya una infancia, es decir, que exista la experiencia en cuanto límite trascendental del lenguaje, excluye que el lenguaje pueda presentarse a sí mismo como totalidad y verdad. (...) Los animales no entran en la lengua: están desde siempre en ella. El hombre, en cambio, en tanto que tiene una infancia, en tanto que no es hablante desde siempre, escinde esa lengua una y se sitúa

como aquel que para hablar debe constituirse como sujeto del lenguaje, debe decir yo.⁴

Mientras que Eligio Resta dice:

Por otra parte, se sabe cuánto es difícil darle la palabra a los niños y cuánto es difícil escucharles la voz: por lo demás, “infancia” es el término derivado del latín que indicaba la edad de la vida en la cual no se habla o se habla mal. *In-fanzia* es un término no fácil: indica una edad de la vida y por eso la condición neutra de un tiempo contrapuesto a otros, pero esconde también el sentido más inquietante de una ausencia de voz.⁵

Los sujetos que integran el colectivo portan la característica de este; romper sus ataduras es el objetivo de reivindicar la palabra para los/as niños/as.

La CDN le dio voz a quien no la tenía, obligó a los adultos a escuchar a un sujeto que con anterioridad era hablado, intermediado por ese adulto; por lo tanto, no solo incluye un nuevo actor, también limita el poder del adulto sobre el/la niño/a, que ya no es sustituido/a en la vida social sino que ahora es protagonista en primera persona.

2. El derecho a ser oído, el reconocimiento del sujeto

Desde la vigencia de la CDN se ha escrito mucho sobre el/la niño/a sujeto de derechos y sobre el principio estructurante del interés superior del/la niño/a. En ese contexto, el derecho a ser oído ha tenido relevancia cuando se trata de un proceso judicial que afecta a los/as niños/as.

Teniendo en cuenta la obligación de escuchar antes de tomar una decisión que los/as afecte, el fuero de familia fue el primer ámbito judicial donde se discutió la interpretación del art. 12 y la diversidad de modalidades que esta podría asumir, tanto en el proceso como en las etapas previas (mediación obligatoria).

En el proceso penal, la escucha del imputado era reconocida como parte del derecho de defensa en juicio. La CDN, con su reconocimiento expreso, introdujo el planteo de escuchar a quienes eran imputados no punibles, especialmente cuando su pedido era discutir su participación en el hecho investigado. La variación sustancial tuvo

⁴ Agamben, Giorgio, *Infancia e historia*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2ª ed. 2ª reimpr., 2007, pp. 70 y 72.

⁵ Resta, Eligio, *La infancia herida*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª ed., 2008, p. 24.

que ver con las víctimas o testigos niños/as en los procesos penales, lo que implicó no solamente plantearse la legitimación directa de su participación en el proceso sino también cómo se lo/a escucha para no afectar o vulnerar otros derechos, así como se respeta su lugar de sujeto y no objeto de prueba, y la importancia de contar con su opinión cuando deben darse procesos de reparación.

Para comprender el impacto que el texto convencional produjo en el pensamiento jurídico del país durante la década del 90, un buen ejemplo es el X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Mendoza, en 1998, bajo el lema “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”. Tuvo lugar en el marco de la Comisión 2, cuyo tema era el niño como sujeto de derechos y el interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas.⁶

Algunas ponencias presentadas abordaron el derecho a ser oído de los niños, y la mayoría se centró en el proceso judicial de familia, incluyendo la necesidad de la interdisciplina para un mejor abordaje.⁷

Sobre la escucha del/la niño/a en el proceso de familia acordaron todos los autores:⁸ para algunos debe realizarse con ciertos límites⁹ o poner énfasis en las condiciones materiales en que sucede,¹⁰ o cuando se ventilan situaciones de violencia familiar.¹¹ Plantean que, a partir de los 14 años, cuando los derechos afectados son personalísimos, la participación debe ser personal y directa.¹²

6 Díaz Sierra, María del Carmen, “El derecho del niño a ser escuchado, en el marco del principio rector del interés superior del menor”, ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza en 1998. En ella se planteó una situación concreta relacionada con la impugnación de paternidad y la negativa a conocer su verdadera identidad, que sirvió de disparador para explicar cómo funcionaba la justicia de menores en la República Oriental del Uruguay. Asimismo, se sostuvo que los magistrados deben escucharlos por ser personas y que, como tales, deben participar de las decisiones que las afectan, valorándose su opinión conjuntamente con el resto de la prueba, y a la luz del interés superior, que debe primar en la decisión final.

7 Szylowicki, Susana y Oppenheim, Ricardo, “Derecho del menor a ser oído a fines del segundo milenio (desde la normativa y desde la práctica cotidiana)”, ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.* Luego de analizar la normativa vigente y la jurisprudencia sobre el tema, los ponentes expresaron que, para que realmente sea efectivo, se precisa una adecuación del espacio físico y la capacitación del personal, escuchar al/la niño/a directamente como un acto cotidiano, tener en cuenta la edad y trabajar interdisciplinariamente.

8 Moreda Cerezo, Liliana Alicia, “El derecho del niño a ser oído”, ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*

9 Orlandi, Olga E., “Introduce limitantes como la edad, la madurez del niño en cuestión, y el tema que se está ventilando”, ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*

10 En su ponencia, Estela Morano desarrolla cómo debería ser la escucha en términos espaciales y profesionales, y el valor de su opinión (ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*).

11 En su ponencia, Marina Minguéz, Elsa Manca, Teresa Haberin y María Rosa Bosio abordan la importancia de escuchar al/la niño/a en el marco de un proceso de familia en donde se ventila una situación de violencia familiar (ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*).

12 Barallobres, Walter, “El juez como garantizador del derecho del niño a ser escuchado. Restricciones al derecho a la jurisdicción de los menores adultos, como consecuencia del ‘horror vacui’ legislativo”, ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*

Apareció la necesidad de escucharlo/a en el marco de una mediación para un divorcio¹³ y se fundamentó sobre su credibilidad como testigo.¹⁴

En algunas ponencia se analizó este derecho en el ámbito de la salud, así como la posibilidad de opinar en relación con el cuidado de su salud y de su propio cuerpo,¹⁵ avanzando sobre el consentimiento informado según el tipo de práctica y la edad del/la niño/a.¹⁶ Una de las presentaciones planteó la necesidad de establecer que los alcances del art. 12 de la CDN van más allá de los procesos judiciales y que atañen a otros espacios como la familia, la escuela y todo ámbito donde un niño, niña o adolescente se quiera expresar.¹⁷

Sin apartarse del contexto del proceso judicial, el derecho del niño a ser oído comenzó a ser analizado en conexión con la defensa de sus derechos, dando cuenta que a partir de la práctica judicial

... puede concluirse que en los procesos de familia los magistrados no son muy favorables a escuchar a los niños, pues estiman que sus juicios pueden ser distorsionados por la edad o la inmadurez, o bien por la influencia que sobre ellos ejerzan los adultos, padres o letrados.¹⁸

La Corte IDH reconoce el derecho de los/as niños/as a participar de los procedimientos:

[...] el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.¹⁹

13 Gorvein, Nilda Susana, "Mediación para el divorcio: ¿hijos escuchados o hijos ignorados?", ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*

14 Atucha, Mónica, "La perceptible credibilidad de los niños como testigos", ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*

15 Estigarribia Bieber, María Laura, "El derecho del niño a ser oído en las cuestiones atinentes al cuidado de su salud y su propio cuerpo", ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*

16 Gorvein, Nilda Susana y Polakiewicz, Marta, "La autonomía del niño con relación al ejercicio de sus derechos personalísimos. El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.*

17 Barragán, Teresita y Pignata, Noris, "El derecho a ser oído", ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *op. cit.* En ella se plantea que el Estado, por medio de la norma legal, ha decidido democratizar la familia, pero que ante la aparición de un conflicto interviene sin respetar el derecho a ser oído de los niños que la integran.

18 Risolía de Alcaro, María Matilde, "La opinión del niño y la defensa de sus derechos", en Grosman, Cecilia (dir.), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 261.

19 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 "Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28 de agosto de 2002, párr. 102.

El texto de la adecuación normativa realizada en 2005 coloca definitivamente al/la niño/a en el centro de la escena: "Es en relación con el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta donde se trasluce la voluntad estatal de incorporar al niño/niña a la vida democrática en su faz más amplia".²⁰

Luego del dictado de la Ley 26.061, que desarrolla el contenido del interés superior del niño, al introducir el principio en el contexto de los juicios de familia o en la interrelación de la vida cotidiana

... la voz del niño en todos los conflictos que lo involucran (tanto en el ámbito administrativo como judicial) se convierte en la pauta central a ser tenida en cuenta para la determinación del interés superior en el caso concreto... [i]nterés superior y derecho a ser oído no se contraponen, sino que se complementan, siendo el segundo la guía o el sendero para alcanzar el primero.²¹

En 2009, el Comité de los Derechos del Niño presentó a la aprobación de la Asamblea General la Observación General N° 12 sobre el "El derecho del niño a ser escuchado", referida a la interpretación que dicho órgano realiza del art. 12 de la CDN: "Es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos."²²

La Observación plantea el derecho a ser escuchado como el derecho de cada niño y como el derecho de los grupos de niños, ya que "las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación."²³

Del análisis literal, establece que la obligación de garantizar el derecho del/de la niño/a a expresar su opinión libremente "se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones."²⁴

20 Pignata, Noris, "El regalo de los quince años: una historia de pasiones, intereses, ideologías y luchas", en *Cuadernos de Trabajo Social, Carrera de Trabajo Social*, vol. 20, Madrid, Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 2007, p. 106.

21 Minyerski, Nelly y Herrera, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la Ley 26.061", en García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto. 1° ed., 2006, p. 50.

22 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12 "El derecho del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 1.

23 *Ibidem*, párr. 12.

24 *Ibidem*, párr. 19.

Respecto de las condiciones para formarse un juicio propio, desaconseja introducir límites de edad: se “debe dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas.”²⁵

Entiende que expresarse libremente significa:

Expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado (...) no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas (...) el niño tiene el derecho de expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.²⁶

Por madurez debe entenderse “capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”. En el contexto del art. 12, “es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.”²⁷

Acerca de los procedimientos en los cuales debe ser escuchado/a, “es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño (...) como a los iniciados por otras personas que afecten al niño.”²⁸

Se recomienda la escucha directa, y en caso de ser por medio de un representante, este debe tener en claro que “representa exclusivamente los intereses del niño.”²⁹

El Comité da indicaciones relacionadas con las medidas a tomar por los Estados para garantizar el derecho, las cuales tienen en cuenta: adecuada información, espacio físico, personas de confianza, evaluación de su capacidad, informar al niño de la decisión y cómo fue tenida en cuenta su opinión, posibilidad de ir ante otra autoridad superior para revisar la decisión.

Asimismo, brinda pautas a los Estados con relación a la escucha en procedimientos judiciales (civiles –divorcios, separación de los padres, cuidados sustitutos, adopción– o penales, tanto como infractor, víctima o testigo) y en procesos administrativos.

El Comité vincula este derecho con otras disposiciones de la CDN y analiza su articulación con el art. 3 (interés superior del niño), los arts. 2 y 6 (no discriminación

²⁵ *Ibidem*, párr. 20.

²⁶ *Ibidem*, párr. 22.

²⁷ *Ibidem*, párr. 30.

²⁸ *Ibidem*, párr. 33.

²⁹ *Ibidem*, párr. 37.

y desarrollo), los arts. 13 y 17 (libertad de expresión y acceso a la información) y el art. 5 (responsabilidades y deberes de los padres en la orientación y cuidado).

A la vez, se refiere a la observancia del derecho a ser escuchado en distintos ámbitos: familia, espacios de acogimiento, atención de la salud, escuela, espacios de recreación, deportivos y culturales, laborales, en ocasión de diseñar estrategias de prevención, en los procedimientos de inmigración y asilo, en situaciones de emergencia, y en ámbitos nacionales e internacionales.

En el párrafo 134 de la Observación General Nº 12 se detallan las condiciones básicas que deben brindarse: transparencia e información, voluntariedad, respeto, pertinencia, adaptación, inclusión, apoyo en la formación, seguridad, responsabilidad.

La jurisprudencia ha acompañado este desarrollo doctrinario y de interpretación del órgano del tratado, declarando la nulidad de las decisiones cuando no se ha escuchado al/a niño/a,³⁰ incluso utilizando la teoría de la arbitrariedad al considerar que no se había analizado ninguno de los dichos de la niña víctima en las distintas oportunidades y modalidades en las cuales se había manifestado durante el proceso³¹. Ser considerado como parte con patrocinio letrado propio en los juicios donde se ventilan situaciones de familia,³² la obligación del juez de tomar contacto directo con los niños aun cuando exista la representación del ministerio público de menores,³³ reconociendo la escucha de la víctima en espacios de cuidado para evitar revictimizarla, o que se sienta intimidada por los operadores de justicia, en consonancia con las Directrices aplicables a los niños víctimas y testigos aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, y cuyo uso se ha generalizado en las distintas jurisdicciones del país, en la denominación conocida como Cámara Gesell,³⁴ su legitimación para solicitar medidas cautelares en situaciones de violencia familiar³⁵ son formas de intentar garantizar este derecho.³⁶

30 Cámara Civil y Comercial, Necochea, "R., M. E. c/ Medife S.A.", 14 de mayo de 2009; Suprema corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "S. de R., S.R. c/ R., J.A.", 2 de mayo de 2000; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "A.C.M y otros s/ Divorcio (art. 214 inc. 2 Cód. Civil)", 30 de marzo de 2010.

31 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, "B., C. N. s/ corrupción de menores", 13 de junio de 2018.

32 Cámara Nacional de Apelaciones Civil, Sala I, "L.R. c/ M.Q.MG", 4 de marzo de 2009.

33 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, "Ministerio Pupilar c/ S.D.S. s/ privación de la Patria Potestad", 14 de mayo de 2009.

34 Cámara del Crimen, Sala IV en autos, "B. R. A. inconstitucionalidad del art. 250 bis del CPPN", 11 de abril de 2005.

35 Suprema corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "O., N. L.", 20 de septiembre de 2006.

36 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", 7 de diciembre de 2005.

Incluso al dictar una sentencia de inimputabilidad por la edad, se considera imprescindible que, antes de decidir, se escuche al/la niño/a.³⁷

Este desarrollo es incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación con la Ley Nº 26.994, que regula este derecho expresamente en distintos artículos referidos a la condición de sujeto³⁸ y a institutos específicos como la adopción³⁹ y la responsabilidad parental,⁴⁰ dando un cierre a cualquier discusión que sobre el tema existiera en la doctrina o la jurisprudencia.⁴¹

3. El derecho a ser oído y su articulación con otros principios con impacto jurídico

3.1. Edad del niño y autonomía progresiva

La discusión acerca de la edad en relación con la capacidad y la autonomía progresiva ha retomado fuerza a partir de la posibilidad del/la niño/a de designar abogado. Por lo tanto, se ha tratado de explicar el ejercicio del derecho por parte del/la niño/a aplicando las reglas de la capacidad del Código Civil, aun cuando el derecho a ser oído/a no está atado a dichas reglas. Esta cuestión es abordada por el Código Civil y Comercial de la Nación en los siguientes artículos: art. 26 (ejercicio de derechos y expresamente en determinadas situaciones); arts. 64, 66 y 69 (apellido hijos); arts. 113, 109 inc c y 707 (tutela); arts.403, 404, 425 y 645 (matrimonio);

37 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 6, "M. M., M. E. s/ robo", Sobreseimiento (AB), 22 de marzo de 2018

38 **Art. 26 (ejercicio de los derechos de las personas menores de edad):** "La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona...".

39 **Art. 595 inc. f (principios generales que rigen la adopción):** "El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años".

Art. 617 inc. b (reglas del procedimiento de adopción): establece que "el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez".

Art. 635 inc. c (casos de nulidad relativa de la adopción): establece que adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

40 **Art. 639 (responsabilidad parental - principios):** "La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: (...) inc. c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

Art. 646 (responsabilidad parental - deberes de los progenitores): en su inc. c) dispone: "Respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos".

Art. 653 (responsabilidad parental - cuidado personal unilateral del hijo): establece que es deber del juez ponderar la opinión del hijo (inc. c).

Art. 707 (procesos de familia): "Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".

41 Rosello, Juan Ignacio, blog Palabras del Derecho, "El derecho del niño a ser oído", 11/02/2018. Disponible en <http://palabrasdelderecho.blogspot.com/2018/02/el-derecho-del-nino-ser-oido.html> [fecha de consulta: 27/01/2019].

art. 595 inc. f, 596, 613, 626 inc d., 627 inc. d (adopción); arts. 638, 639, 644, 645 (responsabilidad parental); art. 661(alimentos); art. 677 y 679 (cuestionar decisiones parentales judicialmente); art. 680 (reconocimiento filiación y estar en juicio); arts. 30, 681, 682 y 683 (contratos por servicios); art. 697 (rendición de cuentas); arts. 5 y 11 Ley Nº 26.743 (tratamientos hormonales); Ley Nº 26.862 (donante material genético); art. 15 (ablación de órganos) y Ley Nº 26.066.

Un sujeto no necesita ser reputado capaz para manifestar su opinión acerca de cualquier tema que le interese, y en esa línea el Estado, la sociedad y los adultos en general, sin importar las circunstancias ni la edad del/la niño/a, deben brindar el espacio adecuado para escucharlo/a.

El ejercicio de este derecho no implica que la decisión acerca del tema de interés se encuentre en la cabeza del/la niño/a, sino simplemente que su opinión será escuchada por quien en cada caso debe tomar la decisión. Por ejemplo, el progenitor, cuando se trata de una cuestión de índole familiar; el docente, cuando el tema a resolver se relaciona con el aprendizaje en el marco de la institución escolar; el médico, cuando se debe analizar la necesidad de una práctica médica; el organismo de protección, cuando se debe evaluar qué medida de protección es la más adecuada para restituir un derecho vulnerado; el juez, cuando se debe resolver un conflicto de derecho que afecta a un/a niño/a.

Esta escucha siempre es posible de darse sin importar la edad. Por supuesto que esa edad, el contexto, el tipo de manifestación deben enmarcarse en el concepto de autonomía progresiva, es decir, la posibilidad de ejercer por sí ese derecho a manifestar su opinión, y la forma en la cual se lleva a cabo. Lo que un bebé puede manifestar no es lo mismo que puede expresar un niño a los 10, a los 12 o a los 17 años; por lo tanto, a medida que el sujeto se desarrolla adquiere mayores herramientas para dar a conocer su interés, y esto a su vez genera mayor responsabilidad en los adultos respecto de la escucha y la decisión posterior que pueda tomarse.

3.2. El contenido de la manifestación y el principio del interés superior del niño

Lo explicado en el punto anterior tiene relación directa con el contenido de la manifestación del/a niño/a, aquello que dice, el tema de su interés. Este tampoco tiene límites o condiciones; el/la niño/a es libre de expresar sus deseos e intereses tal y como los percibe, y aunque ese contenido debe ser tomado en cuenta por el adulto que toma la decisión, en ningún momento la condiciona.

Para que esta decisión no sea arbitraria y discrecional, el adulto debe escuchar, tomar en cuenta lo que se le manifestó, y su decisión debe tener en cuenta el interés superior del niño.

Estos requisitos para la toma de decisión son tan válidos en el seno de un medio familiar como en un estrado judicial. Por supuesto que las consecuencias de no realizarlo serán distintas; en el primer caso, será acostumbrarse a vivir en el seno de una familia con escasa flexibilidad y alto nivel de autoritarismo, y en el segundo, implicará la nulidad de la decisión.

Sin embargo, en ambos casos la obligación del adulto es tomar una decisión que contemple el interés del/a niño/a, aun cuando no coincida con el contenido de lo que manifestó.

3.3. La otra cara: el derecho a ser informado

Para que la manifestación del/la niño/a pueda darse en las condiciones planteadas (absoluta libertad en el planteo del deseo del sujeto que se expresa), es necesario que los adultos garanticemos un pleno y libre acceso a toda la información disponible sobre cualquier tema de su interés.

El acceso a la información debe garantizar que esta sea transmitida en forma clara y comprensible según la edad del/la niño/a. El adulto debe asegurarse de que el/la niño/a comprende la información y que su opinión es consecuencia de esta comprensión previa.

4. La influencia del adulto en las prácticas cotidianas, en las modalidades institucionales y en la interacción social

Los adultos responsables de la crianza directa deben generar prácticas basadas en el respeto mutuo, donde existe un tiempo y un espacio previstos para que el/la niño/a manifieste su opinión y sea escuchada por ellos/as, que tienen la responsabilidad de tomar decisiones relacionadas con su crianza. Esto implica desde la vestimenta, el corte de pelo, la comida que más le gusta hasta los deportes, las actividades recreativas, los deberes escolares, las salidas, los amigos o cualquier otro tema de interés.

Comunitariamente, el rol de los adultos se refleja en la responsabilidad de los vecinos, los comerciantes, los miembros de un club o asociación, los padres de los

amigos. Todos somos responsables del cuidado y la protección de los derechos de aquellos/as niños/as con quienes nos relacionamos; de brindarles el tiempo suficiente para que nos manifiesten su opinión; de informarlos de todo lo que conocemos sobre cierto tema; de acompañarlos en el proceso de toma de decisiones cuando están en condiciones de hacerlo, teniendo en cuenta su autonomía progresiva.

En el caso de los espacios institucionales, tanto del Estado como de las organizaciones de la sociedad civil, los adultos deben conocer la normativa vigente y son responsables de adecuar a esta sus acciones. No olvidemos que, cuando se trata de instituciones públicas o que prestan un servicio delegado por el Estado, estas acciones lo comprometen internacionalmente, ya que tiene incidencia directa en el cumplimiento de las normas convencionales.

La forma en la que los adultos ven al/la niño/a se percibe en cómo le brindan el espacio necesario y las condiciones adecuadas para escucharlo. Cuantos más adultos estén formados para tratar al/la niño/a como un sujeto, escuchar sus opiniones, explicar sus decisiones, estas prácticas influirán directamente en cómo son percibidos por los/as niños/as los espacios públicos, y a la vez esto influirá en su arquitectura, diseño, la facilidad del acceso, las condiciones de limpieza, luminosidad y comodidad que una ciudad puede ofrecer a sus habitantes que tienen menos de 18 años, adaptando los espacios públicos a las necesidades, preferencias y gustos de los ciudadanos según su edad.

El organismo administrativo escucha al/la niño/a en circunstancias en las que plantea situaciones de vulneración de derechos, aunque la mayoría de las veces llegue por intermedio de un adulto. Siempre que esto sea posible, por la edad del/la niño/a, o bien que el contacto directo con el organismo no lo coloquen en una situación de mayor riesgo de vulneración de sus derechos, en especial el derecho a la integridad.

No existen límites respecto de la escucha que se debe garantizar: siempre que quiera ser oído, debe tener la oportunidad de manifestarse, sin importar el tema.

Esta no limitación trae como consecuencia que se debe respetar el derecho del/la niño/a a no manifestarse, es decir que debe tener la libertad de hacerlo o no, según su deseo.

En la misma línea, el organismo debe evitar que el/la niño/a sea sometido/a a reiteradas situaciones que, bajo la forma de garantizar el derecho a ser oído/a, lo coloquen en una situación de objeto. Esta circunstancia debe tenerse principalmente en cuenta cuando es víctima de delito (especialmente contra la integridad sexual).

Antes de que el juez tome una decisión, aun cuando existen actores procesales que deben intervenir obligatoriamente para defender sus intereses, estos no sustituyen la obligación de escuchar directamente la opinión del/la niño/a.

En el supuesto del abogado del niño previsto en la Ley Nº 26.061, art. 27, su rol implica informar, y no interpretar ni sustituir su palabra, dándole el marco jurídico que corresponde.

Otros actores están previstos en la ley interna para garantizar la escucha del/la niño/a en el proceso, como el asesor tutelar, que debe velar por los intereses del/la niño/a y mantenerlo informado de los sucesos del proceso y sus consecuencias, asegurándose de su comprensión y de que se aplique el interés superior del niño.

En caso de que, por razones de edad, desarrollo, discapacidad, el/la niño/a se viera impedido de exteriorizar su deseo o interés, se prevén otras figuras específicas, como el tutor público o *ad litem*, quien debe velar por los derechos fundamentales.

Tanto en este supuesto como en el de los representantes legales, a través de sus manifestaciones no estaríamos escuchando al/la niño/a, sino aquello que entendemos es lo mejor para el/ella.

5. Conclusiones

El derecho a ser oído es el reconocimiento más claro del Estado del/la niño/a en su calidad de sujeto de derecho. Lo dota de palabra, de voz, deja de ser un infante para ser una persona hablante.

La obligación del Estado es ser la garantía para que el/la niño/a pueda expresar su opinión libremente, brindándole la información suficiente para que pueda formar su propia opinión.

Es un derecho que se concreta en el propio acto de la manifestación, lo que no implica que el contenido obligue al resto de las personas, más allá del respeto a la libre manifestación de su opinión.

No es posible tomar una decisión sin que el/la niño/a tenga la oportunidad de manifestarse.

Una sociedad que internaliza la escucha de un/a niño/a, con respeto y dignidad, es más democrática y potencialmente más justa.

ARTÍCULO 13¹

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

¹ Este artículo será comentado junto con el artículo 17, al cual nos remitimos en honor a la brevedad.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 14

Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

Claudio Presman ¹

¹ Interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

ARTÍCULO 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

1. Introducción

En septiembre de 1990, la República Argentina sancionó la Ley Nº 23.849 que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, y que adquirió jerarquía constitucional en 1994. Entre sus 54 artículos se reconocen los derechos a la dignidad intrínseca y la igualdad de todos los miembros de la familia, reconociendo y reafirmando que estos derechos son parte fundamental de las personas. En la Ley se plantean los ambiciosos objetivos de promover el progreso social y elevar el nivel de vida, enmarcados en la libertad y el respeto. En particular, los/as menores de edad adquieren plena centralidad para su cuidado y protección especial, que deben conferirles los Estados signatarios.

Es en este marco de cuidado a los derechos humanos que se desprende una protección integral a las libertades individuales de los/as niños/as. Si bien el resguardo a los derechos inherentes a toda persona y a su protección integral por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición ya está contemplado en leyes y tratados anteriores, es con esta Convención que se complementa y amplía el reconocimiento de los derechos de la infancia. La concepción rectora es que los/as niños/as tienen derecho a cuidados y asistencia especiales; asimismo, se los reconoce como parte integrante de la familia y como grupo fundamental de la sociedad.

Se considera a todo/a niño/a menor de 18 años de edad y su entorno como sujetos centrales y activos para la recepción, protección y asistencia necesarias en función de poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Entre sus consideraciones, se entiende que los/as niños/as deben estar plenamente preparados/as para una vida independiente en la sociedad, siendo educados en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas: paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, en el encuadre de que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Es en este marco de cooperación y reconocimiento internacional que se otorga una categoría especial a la protección y el mejoramiento de las condiciones de vida de los/as niños/as en todos los países. Distintos basamentos culturales que venían de hacía décadas concebían que los niños/as eran “propiedad” de los padres, con un rol secundario o inexistente en la sociedad. Estas circunstancias se han ido transformando y modificando hacia una aceptación de que son sujetos

plenos en el reconocimiento legal hasta su mayoría de edad. Por lo contrario, la firma de la Convención y su celebración demuestra el cambio de la presencia de los menores de edad en la vida social. Una profunda modificación se ha efectuado en las sociedades. No obstante, en varios países persisten innumerables vejaciones a derechos y coerción, lo que nos debe llamar a la reflexión y a aunar esfuerzos en pos de la erradicación de todas formas de violencia, discriminación y coerción para con los/as niños/as como meta prioritaria.

Dentro de este marco, el artículo 14 de la Convención fija la obligación para los Estados signatarios a:

1. Respetar el derecho del niño y niña a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Respetar los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño o niña en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. Profesar con libertad la propia religión o las propias creencias las que estarán sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Este artículo tiene una vinculación directa con el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que indica:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. Y que por ello nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. Por último, se establece que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Así también los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos

reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Es decir que se desprende, en concordancia con el derecho reconocido a los adultos, el mismo principio general de protección y cuidado que deben tener los/as menores de edad. La libertad en la norma comprende tres aspectos que desarrollaremos a continuación:

- A. Libertad de pensamiento
- B. Libertad de conciencia
- C. Libertad de religión

2. Libertad de pensamiento

El concepto de libertad de pensamiento implica el derecho a formarse con juicio propio y a expresarlo libremente –principio reconocido en el artículo 12 de la Convención–, lo que comprende la libertad de buscar, recibir información y difundir ideas de todo tipo. Por ello, el artículo 14 protege el derecho del/la niño/a a tener una religión, que corresponde a un derecho absoluto e integral. A la vez, se complementa con lo que establece el artículo 30 de la Convención, donde se afirma que el derecho de los/as niños/as pertenecientes a las minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o de origen indígena tienen derecho “a profesar y practicar su propia religión...”.

Este principio rector en materia de protección del fuero íntimo y personal ha sido un derecho reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se ha extendido a los/as menores de edad como sujetos plenos para su protección, teniendo su propia especificidad y marco de protección.

Esto se basa en el reconocimiento y el respeto para profesar un pensamiento libre y sin condicionamientos, lo que implica la prohibición de que un Estado imponga pensamientos uniformes y únicos, a optar y a desarrollar ideas y creencia propias.

El pensamiento es la condición más íntima y personal del ser humano. Es el fuero subterráneo en el que nos convertimos en autores de ideas, reflexiones y opiniones. Es la condición previa a la expresión, donde cualquier injerencia externa provoca una alteración de esta, de la creación, la creencia o las ideas, y tiene consecuencias en el resto de las acciones que se realicen. Un/a niño/a en plena

formación no puede ser coartado en ese espacio que le es propio. El artículo 14 de la Convención se refiere específicamente a la protección del derecho del pensamiento libre y propio de las personas menores de 18 años.

Decíamos que el pensamiento es un elemento subjetivo y personal, que se ubica en el ámbito privado. Por ello hay una relación directa y básica entre el pensamiento, las creencias y la opinión ulterior a ellas.

La normativa lo preserva y reconoce como un espacio a proteger. Vinculado a ello, contempla la posibilidad de la plena y libre formación, y la concepción ideológica o religiosa, que devendrá luego en un mismo plano para su protección. Se podría decir que un/a niño/a sin esa libertad de pensamiento no podrá completar una formación intelectual, que lo lleve luego a “poseer” un pensamiento determinado, a contemplar la posibilidad de creer o profesar alguna religión, a entender, a cuestionar y cuestionarse. Es decir que de los tres derechos que aborda el artículo 14, los de libertad de conciencia y de religión derivarán del de libertad de pensamiento.

Si, como hemos dicho, la libertad de pensamiento es subjetiva e íntima, las manifestaciones posteriores producirán y desencadenarán una serie de derechos. Es por ello que, si se protege al/la niño/a (y, con posterioridad, a una persona mayor de edad) frente a todo embate y alteración de ese derecho, se crearán mentes libres.

En alguna oportunidad, un tribunal extranjero entendió que la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne, así como a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito, ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos.

En la República Argentina, la jurisprudencia se ha expedido en reiteradas oportunidades conformando una rica doctrina en la materia. Esta brinda un amplio contenido y alcance al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Los tribunales han reconocido los elementos de la dimensión del pensamiento humano: subjetividad, libertad, protección y no punibilidad, repitiendo el principio de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, que afirmó que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas” y que abarca el “derecho de recopilar, transmitir y publicar noticias”.

La libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información, conteniendo de manera clara las dos dimensiones, la individual y la social, que deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea. Con esta concepción amplia es que, en la actualidad, podemos incluir en ese “espacio” íntimo y personal la subjetividad como objeto pleno de protección a los menores de edad.

No es posible desvincular el artículo 14 de la Convención del que lo precede. Este reconoce a los/as niños/as el derecho a la libertad de expresión y contempla el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el/la niño/a.

Si consideramos que el derecho a la libertad de expresión es uno de los pilares de la democracia, vemos la relevancia de su ejercicio, que incluye buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística.

Merece un breve comentario la posibilidad de acceder a cualquier tipo de información que hoy en día tienen los/as niños/as. En el entorno digital las fronteras geográficas se desdibujan, y las posibilidades de comunicación y transferencia de datos constituyen una característica de la vida actual. Aquí los/as niños/as pueden ser guiados y aconsejados por los adultos para enriquecer su panorama de formación, su experiencia, su expresión y el acceso a pensamientos, a ideas y culturas diferentes. La libre circulación de datos los fortalece intelectualmente. La comunicación responsable y la utilización adecuada de las tecnologías de información y comunicación dan cimiento a una generación de pensadores mucho más democrática, libre e intercultural.

3. Libertad de conciencia

La Real Academia Española define la palabra “conciencia” con varias acepciones. Una de ellas la describe como el conocimiento del bien y el mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios. Otra la considera un sentido moral o ético propios de una persona. También se la define como el conocimiento espontáneo y más o menos vago de una realidad. O el conocimiento claro y reflexivo de la realidad. Por último, se indica que es la actividad mental del propio sujeto que permite sentirse presente en el mundo y en la realidad.

Muchos conceptos encierra este término, cuya misma naturaleza es algo que incluso la ciencia discute. Para el derecho contemporáneo, la protección y resguardo de la conciencia se considera un derecho humano fundamental que preserva la libertad de las personas, y garantiza poder pensar y actuar con base en nuestras creencias.

La libertad de conciencia se funda en el reconocimiento del ser humano como ser racional y autónomo. Este derecho protege esencialmente un bien jurídico que consiste en el rechazo de toda forma de coerción motivada por la creencia que se posea y se vincula con la libre elección y a profesar cualquier creencia o bien cuando la persona opte por la ausencia de cualquier credo.

El 25 de noviembre de 1981 se proclamó por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*. Esta se convirtió en el instrumento internacional que más enfáticamente reconoce el derecho fundamental a la libertad religiosa, explicitando los distintos derechos tanto para los individuos como para las comunidades religiosas.

En nuestro país por medio de la aprobación de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada en septiembre de 2005, se establece en el capítulo referido a los derechos a la libertad, en particular su artículo 19 el reconocimiento a las niñas, niños y adolescentes del derecho a la libertad. Este derecho comprende:

- a. Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de ellos/as;
- b. Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela.
- c. Expresar su opinión como usuarios y usuarias de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

En lo referente a los principios de igualdad y no discriminación, el artículo 28 de esa misma normativa establece que las disposiciones de la ley se aplicarán por igual a todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política,

cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, nacimiento o cualquier otra condición del/a niño/a, sus padres o sus representantes legales.

Desde el INADI se alienta el compromiso del respeto por la libertad de conciencia, la libertad de asociación y acción religiosa, la celebración de los propios ritos matrimoniales, la libertad de enseñanza y de ejercicio profesional sin discriminación por motivos religiosos. En este sentido, el Instituto ha realizado muchas presentaciones y se ha bregado en los pronunciamientos tendientes a conformar una sociedad donde la profesión de la fe no sea motivo de discriminación. Con ello pretendemos promover y alentar la plena vigencia y reconocimiento de esta libertad esencial para cada ciudadano/a.

La sanción de una norma es un primer paso fundamental, pero aún más lo es la concreción de los derechos con su aplicación efectiva. Como hemos visto, estos son extensivos a los menores de edad.

Varios Estados así la reconocen en sus cartas magnas. Por ejemplo, México la contempla como "libertad que en materia de religión disfruta el ciudadano frente al Estado". El artículo 24 de la Constitución de ese país indica que "toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado."

Dicha libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente en las ceremonias o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

De la misma forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que la libertad de conciencia y de religión protege el derecho que tiene toda persona de conservar su religión o sus creencias; de cambiar de religión o de creencias; así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado; e Incluso, lo padres o tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La Convención establece, que este derecho únicamente puede ser limitado por las prescripciones que dicten las leyes, necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública y principalmente de respeto a los derechos o libertades de los demás, por lo que nadie puede ser objeto de restricciones a su libertad, de conservar su religión o sus creencias sin un motivo lícito. La libertad de conciencia y de religión es uno de los

cimientos de una sociedad democrática y constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En ese sentido, la obligación del Estado con relación con el derecho a la libertad de conciencia y de religión implica tomar las medidas necesarias y proporcionar los medios adecuados para que las personas que profesan públicamente sus creencias conduzcan sus ritos y lleven a cabo su proselitismo, dentro de los límites que razonablemente puedan imponerse en una sociedad democrática.

4. Libertad de religión

El derecho de libertad de creencia religiosa la República Argentina lo reconoce en el artículo 14 de su Constitución Nacional, el que indica que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: (...) de profesar libremente su culto”. El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, parte integrante de nuestro marco legal, fija que todos tenemos derecho a nuestras propias creencias, a tener una religión, a no tener ninguna o a cambiarla. También establece que este derecho incluye la libertad de cada uno/a de tener o de adoptar su religión o creencias, así como la libertad de manifestarlas, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos o las prácticas de las enseñanzas. Asimismo fija la obligación de que nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar una religión o creencia. Desde hace varios años se contempla que los términos “creencia” y “religión” deben interpretarse en forma amplia, protegiendo todo tipo de creencia y no ser perseguido ni censurado.

En concordancia con ello, y particularmente en lo que respecta a la protección de este derecho en el caso de los/as niños/as, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho lo siguiente con respecto al principio del interés superior del niño:

Proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

El niño tiene, pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material

de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.²

El artículo 14 de la Convención establece que la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Tiene vinculación con el artículo 30, que confirma el derecho de los/as niños/as pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o de origen indígena a profesar y practicar su propia religión. También insta a los Estados a que tengan debidamente en cuenta el origen religioso de los/as niños/as.

5. Conclusiones

La situación de los/as niños/as en los últimos años se ha modificado positivamente. Su reconocimiento como sujetos plenos de todos los derechos es un avance en la legislación internacional.

La celebración del aniversario del Convenio es un hecho que reafirma el compromiso de los países firmantes para mejorar la situación y calidad de vida de los/as menores de edad.

La libertad en todos sus aspectos, pero en particular la de expresión, pensamiento y conciencia, es un hecho significativo para el derecho positivo, así como su equiparación con el derecho de los mayores de edad. En un mundo cambiante y en plena transformación, ellos/as son considerados/as en la actualidad como sujetos activos de la sociedad.

Antiguos esquemas se han derribado en los últimos años, pero aún queda resolver lamentables situaciones y vulnerabilidades. El respeto al pensamiento y las creencias libres posibilita que los/as menores sean partícipes activos de un cambio cultural en el seno de la sociedad.

Aunar esfuerzos desde todas las instancias del Estado, de las organizaciones no gubernamentales, de las familias y de cada uno de nosotros para concretar los objetivos de la Convención –en particular reconociendo a los/as niños/as como sujetos pensantes y partícipes en la vida comunitaria– nos hará a todos/as más libres.

² CSJN, S., “S., C. s/ adopción”, 2 de agosto de 2005.

La importancia que adquiere la incorporación de la subjetividad más determinante de una persona –como es su pensamiento y creencias– como derecho fundamental en el ordenamiento legal de nuestro país es el reconocimiento más cabal de su integridad.

Como hemos dicho, todavía existen situaciones que merecen atención, por lo que somos responsables de aplicar efectivamente estas garantías legales para asegurar la protección y cuidado de la libertad de los/as menores de edad.

Estamos convencidos de que con el acompañamiento como adultos y la guía responsable en las etapas de su crecimiento y maduración formarán sus personalidades, en ámbitos libres, inclusivos y no discriminatorios, y ello harán de todos nosotros una sociedad mejor.

Referencias normativas

- Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, 1989.
- Ley Nº 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley Nº 25.179, Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores.
- Ley Nº 25.763, Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.
- Ley Nº 26.061, Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Decreto Nº 415/2006, Reglamentación de la Ley Nº 26.061.
- Ley Nº 114 CABA, Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 15

Algunas consideraciones sobre la libertad de asociación previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño

Juan Facundo Hernández ¹

¹ Abogado. Secretario en la Dirección de Niñez del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, nominado por la Comisión Bicameral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes –Ley N° 26.061– como Defensor Adjunto de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y miembro del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia.

ARTÍCULO 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

1. Sobre la libertad de asociación

La libertad de asociación o derecho de asociación consiste en la facultad de unirse y formar grupos, asociaciones u organizaciones. Es un correlato de las libertades de pensamiento, expresión y reunión, y constituye una instancia superior del derecho a la participación.

En términos sencillos, implica la formación de un grupo que puede ser formal o informal, no se requiere que la asociación esté registrada a fin de ejercer el derecho de asociación. No más de dos personas deben ser necesarias para establecer una asociación.²

Como tal, fue un derecho ignorado durante la revolución americana y francesa, debido a la resistencia de los revolucionarios hacia los denominados “cuerpos intermedios” entre la nación y el ciudadano.

En nuestra Constitución está reconocido el derecho de asociación en los artículos 14 y 14 bis, pero no el de reunión. El artículo 14 prevé el derecho de asociarse con fines útiles, y el 14 bis, el de la organización sindical libre y democrática.

Desde mediados del siglo XX, el derecho de asociación fue cada vez más reconocido en el derecho internacional en diversos documentos.³

Luego de ese corrido, fue incorporado a la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), en el artículo 15, como el derecho más eminentemente político, que está íntimamente ligado con el artículo 12, derecho a ser oído, los artículos 13 y 17 sobre libertad de expresión y acceso a la información, y el artículo 14 sobre libertad de conciencia y religión.

Del análisis de los artículos 12 y 15 podríamos decir que, mientras el primero debería obligar al Estado a consolidar y ampliar el derecho de los adolescentes a la participación por medio de la creación de mecanismos legales e institucionales que garanticen la sustentabilidad y la continuidad del ejercicio de la ciudadanía, el artículo 15 implica un paso más, promoviendo la autonomía de las niñas, niños y

² Naciones Unidas, “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai”, A/HRC/29/25, 28 de abril de 2015.

³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos lo proclama en su artículo 20 en los siguientes términos: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también contempla la libertad de asociación en su artículo 22, si bien admite la posibilidad de restricciones en él. La Convención Americana sobre Derechos Humanos lo proclama en su artículo 16, admitiendo también restricciones. El apartado 1 dice: Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

adolescentes (en adelante, NNyA) en esa participación.

La importancia del derecho a la asociación es expresada por Carlos Nino cuando sostiene:

Las dos exigencias centrales de una democracia liberal –el respeto a la autonomía de las personas y la participación en el proceso colectivo de discusión y toma decisiones– requieren que haya oportunidades para que los individuos puedan reunirse y asociarse unos con otros.⁴

Si bien el autor lo señala respecto de adultos a principios de los años 90, cobra aún más vigencia si los trasladamos a la discusión actual en relación con los mayores márgenes de autonomía que se reclaman para NNyA.

Recientemente el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 20, trató este derecho en ocasión de referirse a “la aplicación de los derechos del niño y niña durante la adolescencia”.⁵ Allí sostiene que

... la asociación con los pares es un elemento fundamental para el desarrollo de los adolescentes cuyo valor debería reconocerse en la escuela y en el entorno de aprendizaje, en las actividades recreativas y culturales, y en los contextos en que se desarrolla el compromiso social, cívico, religioso y político. 45. Los Estados deben asegurarse de que, con sujeción a las restricciones enunciadas en el artículo 15, párrafo 2, de la Convención, se respete cabalmente el derecho de los adolescentes a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar todo tipo de reuniones pacíficas, entre otros medios proporcionando espacios seguros tanto a las niñas como a los niños. Debe darse reconocimiento jurídico al derecho de los adolescentes a constituir sus propias asociaciones, clubes, organizaciones, parlamentos y foros dentro y fuera de la escuela, a formar redes en línea, a afiliarse a partidos políticos y a afiliarse o constituir sus propios sindicatos. También deben adoptarse medidas para proteger a los adolescentes defensores de los derechos humanos, en particular a las niñas, ya que ellas suelen enfrentarse a amenazas y actos de violencia que están motivados por el género.

El concepto de niñas y niños defensores de derechos humanos fue retomado por el Comité en un día de debate llevado adelante en septiembre de 2018, con el

4 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, CABA, Astrea, 3° reim., 2005, p. 335.

5 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016.

tema de discusión “Protegiendo y empoderando a los niños, niñas y adolescentes defensores de derechos humanos”.⁶

Para prepararlo, se constituyó un grupo de 20 NNYA asesores, representantes de 19 países, que participaron en todas las instancias del proceso. El Comité recibió mucha información y videos.

El objetivo principal es promover un movimiento mundial de NNYA como defensores de los derechos humanos que incluya a Estados, instituciones nacionales de derechos humanos (como nuestro nuevo Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes promovido por la Ley N° 26.061), NNYA defensores, Naciones Unidas, la sociedad civil y el sector privado, con el fin de incrementar la conciencia y entendimiento sobre:

- la definición de NNYA como defensores de los derechos humanos, su rol y actividades;
- la situación, experiencia y puntos de vista de los NNYA como defensores de los derechos humanos;
- las brechas entre las leyes internacionales, regionales y de derechos humanos con relación a la protección y empoderamiento de los NNYA como defensores de los derechos humanos;
- las obligaciones de los Estados y los roles y responsabilidades de los adultos relacionados con la protección y el empoderamiento de los NNYA que son, o desean ser, defensores de los derechos humanos.

Las conclusiones del debate serán dadas a conocer próximamente.

Como insumo para el día de debate, Save the Children y el Centro de Derechos Infantiles de la Universidad de Queens realizaron una encuesta⁷ con 1.600 NNYA de 60 países, donde se encontró que únicamente el 34% de ellos se sentían seguros de expresar sus puntos de vista en público y únicamente 38% de unirse a alguna protesta pública. Los NNYA consultados para el día de debate expresaron su miedo de ser asediados si se expresaban, y manifestaron que si no se les permite o no se

⁶ Llevado a cabo el 28 de septiembre de 2018 en el Palacio de las Naciones, Ginebra, Suiza. El Comité convoca, cada dos años, a un día de debate general, un espacio en el que se discuten cuestiones generales sobre un artículo específico de la Convención o temas relacionados.

⁷ “Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) alzando la voz”, resumen de la investigación realizada con NNYA acerca de sus derechos civiles y políticos. Disponible en https://resourcecentre.savethechildren.net/node/9972/pdf/spanish_children_speak_out_research_summary_high.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

les da apoyo para formar sus propias asociaciones, no será posible que cumplan con su rol de defensores de los derechos humanos. Solo alrededor del 50% de NNyA se sienten tranquilos y a salvo organizando su propio grupo. Resulta interesante ver que NNyA de América Latina y el Caribe –solo el 13% de la muestra global– que respondieron esta encuesta mostraron una actitud más positiva para organizar sus propios grupos y unirse a grupos en comparación con otras regiones.

Estos NNyA se sintieron a salvo ejerciendo sus derechos a la libertad de asociación debido, en gran medida, a la confianza que tienen en los facilitadores adultos de las organizaciones no gubernamentales que los apoyan, lo que nos da la pauta de que para que exista autonomía en la participación debe haber adultos que acompañen con la pedagogía necesaria.⁸

La renuencia de NNyA a unirse o formar grupos se centra en la falta de conocimiento acerca de organizaciones o grupos a los que podrían unirse, en la dificultad para tener acceso a los grupos u organizaciones y en la falta de recursos para apoyar sus propias actividades.

Es importante destacar que, especialmente para NNyA –como señala el Relator Especial de las Naciones Unidas vinculado a esta temática–, las tecnologías digitales han creado

... oportunidades notables de ejercer los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación. Al ser tanto instrumentos mediante los cuales se pueden ejercer esos derechos “fuera de línea” como espacios donde las personas pueden actuar para celebrar reuniones y constituir asociaciones en línea, las tecnologías digitales han ampliado enormemente la capacidad que tienen los particulares y los grupos de la sociedad civil de organizarse y movilizarse, promover los derechos humanos e innovar en materia de transformación social.⁹

El uso adecuado de los recursos digitales y el ejercicio pleno e igualitario de la ciudadanía digital exigen una política de alfabetización digital que contribuya a promover las competencias necesarias en NNyA para maximizar el uso de las redes e internet.¹⁰

⁸ Alejandro Cussianovich es un autor, divulgador y actor clave y prolífico en materia de participación protagónica.

⁹ Naciones Unidas, “Derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación”, A/HRC/41/41, 17 de mayo de 2019.

¹⁰ UNICEF, *Estado de situación de la niñez y la adolescencia en Argentina*, 1era edición, noviembre de 2016, p. 219.

2. La libertad de asociación en NNyA como derecho político en nuestro país

Recapitulando, la libertad de asociación en NNyA implica “el derecho a reunirse, a formar grupos y organizarse con el propósito de tratar cuestiones o temas de interés común”.¹¹

A nivel nacional, fue regulada por la Ley N° 26.061, en cuyo artículo 23 estipula que

... las niñas, niños y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito y de conformidad a la legislación vigente. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a:

- a) Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos;
- b) Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niñas, niños, adolescentes o ambos, de conformidad con la ley.

La Encuesta sobre Condiciones de Vida,¹² de 2012, permite trazar un panorama general sobre la intensidad de la participación¹³ de los NNyA en distintos tipos de asociaciones. La encuesta señala que

... casi la mitad de los niños y adolescentes entre 5 y 17 años asisten a por lo menos una organización social (46,5%) y el 10,3%, a dos o más organizaciones sociales. En general, la participación es algo mayor entre los hombres (49,9%) que entre las mujeres (43,0%).

Los mayores niveles de participación, según esta encuesta, se observaron en instituciones deportivas y religiosas: casi tres de cada diez niñas van a un club (28,5%) y dos de cada diez (19,9%) asisten a una asociación parroquial o religiosa. Los centros estudiantiles, las asociaciones civiles o las ONG, los partidos políticos o los movimientos sociales a los cuales asisten los niños y adolescentes son menos del 2%.¹⁴

¹¹ Beloff, Mary et al. *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 114.

¹² Disponible en <https://www.desarrollosocial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/07/3.-Encuesta-Sobre-Condiciones-de-Vida1.pdf> [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

¹³ “Participación” se define en ese estudio como “concurrencia a algún tipo de asociación por lo menos una vez en el mes previo a la entrevista”.

¹⁴ UNICEF, *op. cit.* p. 213.

Es en el campo educativo donde se avanzó más en la institucionalidad de dicho derecho; primero con la Ley de Educación Nacional Nº 26.206, que reguló en su artículo 11 el derecho a la participación democrática en las instituciones educativas de todos los niveles, y luego más específicamente con la Ley Nº 26.877, promulgada el 6 de agosto de 2013, que impone a las autoridades educativas de todo el país “reconocer los centros de estudiantes como órganos democráticos de representación estudiantil”, además de “promover la participación y garantizar las condiciones institucionales” para su funcionamiento, haciendo más hincapié en la escuela secundaria.

Por su parte, la Ley Nº 114 de la CABA también reguló este derecho en el artículo 33, con similar alcance a la CDN y la Ley Nº 26.061.

Sin embargo, según una encuesta de juventud de la Ciudad de Buenos Aires, los índices de participación en los centros de estudiantes son bajos: solo el 15% de estudiantes participa o participó, y solamente el 3% lo hace actualmente.¹⁵

En la justicia contenciosa, administrativa y tributaria de la Ciudad de Buenos Aires se trataron recientemente dos temas con un fuerte protagonismo de los centros de estudiantes: la implementación de la “Secundaria del Futuro”, “Asesoría Tutelar CAyT Nº1 y otros c/ GCBA y otros s/ Amparo-Educación-Otros”, Exp. 34839/2017; y el relacionado al instructivo para la toma de colegios, “Asesoría Tutelar CAYT Nº 1 y otros c/ GCBA y otros s/ Amparo-Educación-Otros”, Exp. 23915/2017. La CABA tiene su propia Ley de Centros de Estudiantes, la Ley Nº 137.

3. El derecho al voto para los adolescentes en Argentina

Fue establecido por la Ley Nº 26.774 del 1 de noviembre de 2012, que introdujo modificaciones al Código Electoral al establecer que los argentinos nativos son considerados votantes, por opción, desde los 16 años.

La extensión de derechos políticos es valiosa en sí misma: convierte a los adolescentes en objeto de interés de las políticas públicas y de las campañas electorales, y puede incentivar la formación de asociaciones con otros propósitos.¹⁶

La ley sancionada por el Congreso de la Nación solo tiene efecto sobre las elecciones

¹⁵ UNICEF, “Para cada adolescente una oportunidad. Posicionamiento sobre Adolescencia”, 2017, p. 74.

¹⁶ UNICEF, *Estado de situación de la niñez y la adolescencia en Argentina, op. cit.*, p. 200.

nacionales, ya que las disposiciones respecto de las elecciones provinciales y municipales son de competencia provincial. Así, Argentina pasó a ser uno de los siete países en el mundo que admiten el voto de personas menores de 18 años en elecciones nacionales y uno de los cinco que extienden derechos electorales desde los 16 años.¹⁷ Con posterioridad fueron sancionadas leyes provinciales, pudiendo elegir también autoridades en todas las provincias excepto Córdoba, Corrientes, Santa Fe y Tucumán.

Otro aspecto importante de la Ley N° 26.774 –y que también está presente en las distintas leyes provinciales– es el carácter voluntario del voto para los ciudadanos de 16 y 17 años. Por lo tanto, hay dos grupos de ciudadanos con derecho al voto que hoy en día no están obligados a ejercerlo: los jóvenes de 16 y 17 años y los mayores de 70. Un análisis sobre datos electorales y censales de cuatro provincias encuentra que la tasa de votación entre los adolescentes es de 50,3%, mientras que entre la población obligada es de 86%. Sin embargo, es más alta que el 41% de los electores de 70 años o más. La asistencia electoral en la población que no está obligada a votar es más alta en los circuitos electorales en los que predominan votantes con más alto nivel de instrucción; de esta manera se evidencia que las dificultades socioeconómicas son un obstáculo para la vida asociativa.¹⁸

4. La libertad de asociación de NNyA en Argentina y en la región. Formas, casos y buenas prácticas de participación protagónica.

Se registran muchas experiencias de participación protagónica que implican una mayor organización, con espacios previos de reunión, vinculadas estrechamente con el derecho de asociación. Aquí, algunas para resaltar:

4.1. Participación de NNyA en los sistemas de protección de derechos

La sanción de las leyes nacionales y provinciales de protección de derechos trajeron consigo espacios multiactorales de diseño y participación de la política pública,

¹⁷ Según UNICEF, "los adolescentes pueden votar desde los 16 años en Austria, Brasil, Cuba, Nicaragua y la Isla de Man. Noruega habilitó provisionalmente la participación de los adolescentes en algunas elecciones municipales. Se discuten propuestas para reducir la edad mínima de los votantes en varios países; entre ellos, Estados Unidos y Gran Bretaña". *Ibidem*, p. 200.

¹⁸ Torre, Iván, "Espíritu adolescente: El voto joven en la Argentina. Elecciones Legislativas de 2013", Documento de Trabajo N° 150, Buenos Aires, CIPPEC, 2016.

como los Consejos Locales de Protección de Derechos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha señalado:

El Estado además debe articular los mecanismos y procedimientos para asegurar que la participación de los NNA en los consejos consultivos de NNA a nivel nacional, regional y local, garanticen un nivel de representatividad suficiente y en ese sentido reflejen la diversidad de realidades de la niñez. Es decir, el funcionamiento de los consejos consultivos de NNA ha de estar orientado a determinar unas opiniones que sean representativas. Ello implica, como pre-requisito, apoyar los procesos previos de los propios NNA —ya sean diálogos, audiencias, consultas, foros— y los procesos organizativos infanto-juveniles —grupos y asociaciones—, para que los NNA que participen en los consejos consultivos de NNA lo hagan como voceros que recojan las voces de otros NNA.¹⁹

Sin embargo, los espacios de participación infantil son escasos, aislados y no se sostienen en el tiempo. En los pocos Consejos donde se ha incorporado a NNyA, no hay una participación protagónica y suelen ser de carácter deliberativo y no decisorio.

Otras experiencias, en espacios más amplios, se observaron en la ciudad de Rosario, pionera en la creación y consolidación de espacios de participación infantil, seguida por la Ciudad de Buenos Aires, con su proyecto de Ciudad Amiga de los Niños y Niñas.

Foros de NNyA, consejos escolares, parlamentos infantiles, presupuestos participativos juveniles son otras de las instancias que desde el Estado se han impulsado para la promoción de la participación infantil. La mayoría de ellas, de todos modos, han sido experiencias de corta duración (con la excepción de Rosario), fragmentadas y de escaso alcance.²⁰

4.2. Comisión de participación protagónica del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia: Informe Sombra

El Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia es una red de incidencia en políticas públicas integrada por organizaciones de nueve provincias del país, cuya misión es: a) incidir en las prácticas sociales y las políticas en materia de infancia

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17, 30 de noviembre de 2017, párr. 147.

²⁰ Magistris, Gabriela, "El gobierno de la infancia en la era de los derechos", tesis de Doctorado, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.

y adolescencia, y b) lograr que NNYA ejerzan protagónicamente su ciudadanía y gocen con plenitud de sus derechos humanos.²¹

En el último informe presentado por el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia ante el Comité de Derechos del Niño en 2017, conforme el artículo 44 de la CDN, se incorporó el Informe Sombra, elaborado por NNYA que forman parte de la comisión de participación protagónica.²² A través de un proceso de investigación y acción que incluyó entrevistas e historias de vida, los NNYA se enfocaron en el problema de las adicciones en sus barrios y presentaron dicho informe ante el Comité, siendo la primera vez que NNYA de Argentina participaron en el proceso de manera directa.

En la actualidad, con el apoyo de UNICEF, se está replicando dicha metodología en otras organizaciones donde participan NNYA a través del proyecto “El Informe Sombra en clave de los NNYA: Los procesos de investigación acción participativa como herramienta útil para el análisis de las políticas públicas en materia de Niñez”.

4.3. Participación en audiencia temática de la CIDH

El 27 de marzo de 2014, en el 150° período de sesiones, se realizó una audiencia regional, solicitada por numerosas coaliciones nacionales de seguimiento a la CDN de 11 países²³ de la región nucleadas en la Red Latinoamericana y Caribeña por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (REDLAMYC), y por NNYA pertenecientes a la Red Latinoamericana y Caribeña de Niños, Niñas y Adolescentes (REDNNyAs).

En la audiencia se dio cuenta de las actuales tendencias regresivas en la mayoría de los países de la región a fin de que la CIDH, en el marco de su mandato y competencias, ampare los derechos de los NNYA que por diferentes motivos se vinculan con la justicia penal juvenil. Se leyó un documento que fue realizado entre los adultos que integran las coaliciones de infancia y los adolescentes que participaron. A su vez, las opiniones de los NNYA incluidas en el documento fueron extraídas del

²¹ http://www.colectivoinfancia.org.ar/V3/quienes_somos.php?id_seccion=3 [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

²² https://andhes.org.ar/wp-content/uploads/2013/06/17_Informe-Sombra_Comite-por-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o_Colectivo-Infancia.pdf [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

²³ Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia, Argentina; Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (ANCCED) y Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), Brasil; Foro Chileno por los Derechos de Infancia, Chile; Alianza por la Niñez Colombiana, Colombia; Red de Infancia y Adolescencia (RIA), El Salvador; Coordinadora por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (CDIA), Paraguay; Red por los Derechos de la Infancia (REDIM), México; Grupo Iniciativa Nacional por los Derchos del Niño (GIN), Perú; Grupo de niños de Argentina, El Salvador, Paraguay y Perú; Movimiento por la Niñez y Adolescencia, Ecuador; Comité de los Derechos del Niño, Uruguay.

III Encuentro de REDNNyAs.²⁴ Es importante mencionar que, previo a la realización de dicho encuentro, en cada uno de los países se realizaron talleres locales y nacionales.

En la audiencia se señaló que, si bien nuestra región transitaba por un contexto económico favorable en cuanto al aumento del PBI, informes de la CEPAL y del PNUD dan cuenta de que formamos parte de la región con los peores índices de distribución del ingreso a nivel mundial. En ese contexto, los NNYA sostuvieron que, pese a que los Estados han invertido en políticas públicas direccionadas a revertir esta situación, aún persisten núcleos duros de pobreza extrema donde los abordajes no han arrojado los resultados esperados.

Por otra parte, se hizo referencia al papel de ciertos medios de comunicación con respecto a las informaciones del ámbito policial realizadas en forma descontextualizada y amplificadas, que determina la formación de un falso imaginario social donde los NNYA aparecen como los mayores responsables de la inseguridad ciudadana, reclamando de los Estados políticas de mano dura, rebajas de la edad de imputabilidad penal y aumento de penas.

Fue la primera vez en la historia de la CIDH que adolescentes participaron de una audiencia. Además de los adultos representantes de las coaliciones de infancia de la región, estuvieron presentes dos delegados de la REDNNyAs de la Argentina (del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia) y del Salvador (de la Red para la Infancia y la Adolescencia).

4.4. Red Sur de Niñas, Niños y adolescentes (RED SURCA)

Esta red fue creada recientemente para garantizar la participación protagónica de NNYA de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@sur, en el marco de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur.

La RED SURCA tiene como objetivos la inclusión sociocultural y la igualdad de derechos para todos los NNYA de América del Sur. Está integrada por NNYA, miembros de los consejos consultivos, grupos organizados y organizaciones que promueven la infancia y adolescencia en América Latina. En el espacio de intercambio, los NNYA participantes dejaron en claro que la RED SURCA “no tendrá niveles o puestos jerárquicos, todos los y las integrantes estarán en igualdad de derechos y condiciones”.

²⁴ Manifiesto, Septiembre de 2013, Lima. Disponible en <http://www.redlamyc.org> [fecha de consulta: 15 de agosto de 2019].

5. Conclusiones

Podemos afirmar que es deber del Estado garantizar y promover espacios para que la libertad de asociación sea efectiva. Para tal fin surgen acciones, no solo en cabeza de las autoridades públicas, sino también en el sector privado, teniendo en cuenta el papel de las empresas en el desarrollo de plataformas tecnológicas indispensables para garantizar la participación organizada. En Argentina, casi el 90% de los NNYA utiliza un teléfono móvil para navegar por internet; la mitad están conectados todo el tiempo y la mayoría lo usa para comunicarse.²⁵ En este aspecto, es central impulsar una ruta de la protección de los derechos de NNYA en el mundo digital.²⁶

Hay determinados temas de la agenda pública, como aquellos vinculados con la salud sexual y reproductiva, donde los NNYA son quienes están llevando la delantera; son ellos los sujetos políticos más preocupados. También en materia de cambio climático se están desarrollando estrategias de participación muy efectivas.²⁷

Como vimos, el estímulo público a la participación de los NNYA fuera de las escuelas y del campo electoral es débil. Hay una ausencia de regulaciones especiales para impulsar la organización de los espacios necesarios.

La currícula escolar también asume un papel preponderante: cada experiencia que se proyecta en el aula va generando en los pensamientos de los estudiantes una configuración de su subjetividad política. En ese sentido, “es el docente quien tiene en sus manos el poder para establecer la construcción de subjetividades que conlleven al niño y la niña a pensarse como sujetos activos, partícipes, que se cuestionen frente a su realidad social”.²⁸

²⁵ UNICEF, “Para cada adolescente una oportunidad...”, *op. cit.*, p. 75.

²⁶ Más información sobre la ruta, en http://www.ciudadsi.com/actualidad/derechos-nino-facundo-herandez-defensor/#.XTsR_fJKgdU [fecha de consulta: 28 de julio de 2019].

²⁷ Aquí un movimiento estudiantil global contra el cambio climático: <https://www.climatechangenews.com/2019/03/12/school-climate-strikes-go-global-actions-planned-92-countries/> [fecha de consulta: 12 de julio de 2019]. Como señala UNICEF, los niños serán los principales afectados por el cambio climático. Disponible en: <https://www.unicef.es/noticia/los-ninos-seran-los-principales-afectados-por-el-cambio-climatico> [fecha de consulta: 12 de julio de 2019].

²⁸ Peña Forero, Nesly Constanza, “Los niños y niñas, ¿sujetos políticos?: construcciones posibles desde la escuela y el aula”, en *Revista de la Universidad Francisco José de Caldas, Infancia Imágenes*, Bogotá, 2016, p. 240.

Concluimos con las recomendaciones de NNyA realizadas en ocasión de un estudio sobre cómo puede mejorarse su derecho de asociación:²⁹

- Los grupos y organizaciones infantiles deben tener mayor visibilidad.
- Se debe establecer una conexión más cercana entre los grupos infantiles y las estructuras existentes de gobernabilidad, en particular a nivel local.
- Se debe establecer el compromiso proactivo de los padres.
- Compromiso ampliado y continuo de las organizaciones no gubernamentales con NNA una vez que hayan concluido los proyectos.
- Ampliar el rango de oportunidades de asociación para que incluyan actividades deportivas y culturales.

²⁹ "Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) alzando la voz...", *op. cit.*, p. 6.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 16

Distintas dimensiones del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes

Yael S. Bendel ¹

¹ Asesora General Tutelar del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. Fue Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y Presidenta del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires. Autora de diversas publicaciones en materia de niñas, niños y adolescentes.

ARTÍCULO 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

1. Introducción

En este breve comentario resaltaré ciertos aspectos jurídicos particulares del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) en tanto enunciado normativo contenido en un instrumento internacional referido a especiales personas privilegiadas.² Por cierto, esta norma, más allá de encontrar una base constitucional en el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, guarda entera armonía con otras de carácter general, propias del sistema internacional de los derechos humanos.³ Sin embargo, su característica fundamental viene dada por la especial calidad de las personas titulares del derecho allí reconocido. De este modo, el artículo 16, contiene un singular sentido del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) y una específica protección de sus aspectos propios.

Mi trabajo, por diversas razones, solo tomará la forma de trazos o pinceladas sobre puntos relevantes del derecho a la intimidad de NNyA. Eso sí, mediante esa forma trataré de dar cuenta de una característica particular del mentado derecho: su proyección a distintos ámbitos jurídicos o situaciones de la vida de la persona menor de 18 años y, por ende, su contacto con diferentes derechos, ya sea en clave de tensión o como complemento de estos.

Para ello serán tomados como ejemplos las consideraciones realizadas por los máximos órganos judiciales de nuestro sistema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Justicia (en adelante, CSJN y Corte IDH, respectivamente).

2. Definición. Proyecciones

Lo primero que puedo decir con respecto al artículo 16 de la CDN es que su contenido muestra, en sus dos oraciones, una provechosa distinción conceptual. Es que, por un lado, reconoce la intimidad y sus especificaciones ejemplificativas (vida privada, familia, domicilio o correspondencia, y honra y reputación) como atributos jurídicos esenciales y especiales en el caso de NNyA frente al resto de la comunidad –incluidos eventualmente padres y madres– y, por otro, brinda, en

² Artículo 16 CDN: 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

³ Artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos V y IX de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

la forma de garantía o seguridad, la imperiosa protección de ese derecho ante ataques e injerencias.

Como adelanté, la enumeración que el artículo 16 realiza debe entenderse en un sentido ejemplificativo de aspectos integrales del derecho en cuestión, pues en definitiva el objeto de protección resulta indudablemente la *intimidad* de NNyA como personas privilegiadas.⁴

Más allá de ello, a estas alturas existen razones obvias para afirmar el carácter nuclear del derecho a la intimidad de NNyA en el catálogo de derechos previsto en la CDN. La trascendencia de su operatividad para la vida de NNyA puede ser inferida de su vasta proyección. Para decirlo claramente, el derecho a la intimidad y su necesidad de protección surgen en diferentes situaciones de NNyA, y en todas ellas su relación con el cuidado del desarrollo vital de estas personas en crecimiento es evidente. Todo esto pone de relieve no solo su importancia, sino también su carácter multidimensional, aunque no menos fluctuante, móvil o dinámico.⁵

Por cierto, la amplitud de su reconocimiento y los más variados marcos en los que los organismos internacionales se han referido a este derecho también son una muestra del carácter fenomenológico que pretendo demostrar.⁶

Así, al determinar un planteamiento holístico para abordar desde los derechos del niño lo concerniente al tratamiento de NNyA con VIH, vemos que el Comité de Derechos del Niño ha destacado el derecho a la vida privada (artículo 16) como un derecho de máxima pertinencia en este combate.⁷ Similar conexión ha realizado al momento de tratar el ejercicio de los derechos a la salud por parte de personas menores de 18 años y la necesidad de preservar su intimidad.⁸

Existe también un vínculo directo e indisimulable con las cuestiones propias de la justicia juvenil.⁹ El Comité lo reconoció mediante una categórica afirmación del derecho

4 Solari, Néstor E., "La responsabilidad parental y la intimidad del niño aplicada a una causa penal por abuso sexual", en *La Ley*, Vol. 2009-E, p. 264.

5 Bazán, Víctor, "El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina", en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1, 2008, p. 105.

6 En este sentido, el enunciado del artículo 22 de la Ley 26.061, si bien amplió en la formulación del ámbito de operatividad de este derecho, contiene solo un aspecto de su dimensión, aquel relacionado con la publicación o divulgación de datos, informaciones o imágenes. Entiendo que, aun cuando deba ser interpretado de manera complementaria con el artículo 10 de la misma ley, el resultado no dará cuenta acabada de los múltiples aspectos del valor intimidad en el desarrollo de la vida de NNyA.

7 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 3 "El VIH/SIDA y los derechos del niño", CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párrs. 6, 20 y 24.

8 Observación General N° 4 "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párrs. 11 y 33.

9 Observación General N° 10 "Los derechos del niño en la Justicia de Menores", CRC/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 64-67.

de un NNyA a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. Ello abarca lo concerniente a la evitación de información o divulgación pública de los casos que comprometen a NNyA, así como el desarrollo de los juicios a puertas cerradas, o bien la supresión, al alcanzar la mayoría de edad, del registro de antecedentes de personas menores de 18 años. En cuanto a lo segundo, por caso, la Corte IDH también ha destacado la incidencia de la publicidad de los procesos judiciales en este derecho que titularizan NNyA, por los efectos que tiene esa forma procesal sobre las personas en crecimiento en el desarrollo de su vida.¹⁰

Otra relación jurídica de este tipo puede encontrarse en el análisis de la protección de los NNyA contra la violencia en cualquiera de sus formas.¹¹ En particular, el Comité ha destacado la necesidad de que las medidas de prevención que se adopten impliquen la prestación de asistencia a la familia y el pleno ejercicio y disfrute de NNyA de sus derechos en el ámbito privado, absteniéndose de inmiscuirse indebidamente en las relaciones privadas y familiares de estos, en función de las circunstancias.

Aun por fuera de las opiniones de organismos internacionales puede apreciarse la resonancia del derecho a la intimidad de NNyA en el análisis de las más variadas situaciones que ubican a los derechos y garantías, propios y privativos, de las personas menores de 18 años como centro de controversias. La interacción del derecho a la intimidad con otros derechos y su postulación como núcleo jurídico en la resolución de conflictos de la misma naturaleza han sido objeto de estudio por su carácter trascendental y hasta disruptivo respecto de una mirada estrictamente *adulta* de estos temas.

Cabe decir que ya desde hace un tiempo en nuestra doctrina es reconocida la tensión entre el derecho a la intimidad, como un derecho personalísimo que titulariza una persona con estatus jurídico privilegiado, y la libertad de expresar ideas por la prensa, junto con la consecuente postulación de que una de las principales consecuencias derivadas del derecho a la intimidad y al honor de NNyA resulta la

¹⁰ "Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. Al respecto, la Corte Europea ha señalado, aludiendo al artículo 40.2.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que 'a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso'. Asimismo, el Consejo de Europa ordenó a los Estados Partes revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño. En un sentido similar la Regla 8.1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso" (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28 de agosto de 2002, párr. 134).

¹¹ Observación General N° 13 "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 47.

limitación a la difusión pública de su imagen y de los datos personales.¹² Sin embargo, en aquel momento no se avizoraban los peligros y complejidades que las nuevas tecnologías traerían con relación a esta cuestión.¹³ Esto último, por cierto, nos conduce a adoptar formas más estrictas y a la vez sofisticadas de protección que hagan efectiva la prohibición anticipada de publicaciones que puedan representar intromisiones o injerencias a la intimidad.

Esto también nos lleva a ver que la incidencia de este derecho se conecta con la protección de la seguridad personal de NNyA. La exhibición de aspectos propios de su vida, así como la intromisión en sus ámbitos privados, implican evidentemente una posición de extrema vulnerabilidad, tratándose de personas menores de 18 años. Así, las figuras previstas en los artículos 128¹⁴ y 131 del Código Penal¹⁵, son una clara muestra de ello, en atención a su carácter *pluriofensivo* que conecta la protección de diferentes bienes jurídicos relacionados con la persona menor de 18 años con la intimidad de NNyA como sustrato común de todos ellos.¹⁶

Asimismo, el derecho a la intimidad de NNyA se erige como objeto, pero también como límite y medida de la responsabilidad parental.¹⁷ En principio, resulta claro que la tutela de los derechos de NNyA, como el derecho a la intimidad, puede ser entendida como una obligación de padres y madres, incluida en la idea de responsabilidad parental. Ello impone el deber de tomar acciones en su nombre tendientes a lograr la protección, desarrollo y formación integral de su persona

12 Ekmekdjian, Miguel Ángel, "El derecho a la intimidad. La Convención sobre los Derechos del Niño, el orden jerárquico de los derechos y la libertad de prensa", en *La Ley*, Vol. D., 1997, p. 100.

13 Vaninetti, Hugo A., "Facebook y la soberanía jurisdiccional: defensa de los derechos del niño a su imagen, intimidad e integridad", en *La Ley*, Vol. 2019-D, 2019, pp 4-7. El autor comenta un caso en el cual un padre, en representación de sus hijos menores de edad, interpuso una medida autosatisfactiva en contra de la red social Facebook Argentina SRL, a fin de que se proceda a la eliminación de las publicaciones en las que se hace uso de imágenes o del nombre de sus hijos, pues habían sido publicadas sin su consentimiento.

14 Artículo 128: Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.// Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.// Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

15 Artículo 131: Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

16 Por caso, para Buompadre el delito de *grooming*, más allá de representar una conducta que se dirige contra diferentes bienes jurídicos, no es un delito informático, sino que es un delito sexual, que se singulariza y diferencia de otros fenómenos que ponen en peligro o lesionan la intimidad sexual de personas menores de edad, simplemente porque el autor hace uso de un medio informático o telemático para lograr sus objetivos sexuales Buompadre, Jorge, "Grooming", en *Revista Pensamiento Penal*, 1 de diciembre de 2014. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40272.pdf> [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

17 Solari, Néstor E., *op. cit.*, p. 264.

(artículos 638 y 639 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Pero, a la vez, los ataques o injerencias pueden provenir de la propia familia, y en particular, de aquellos que en su rol parental deben brindar protección y contribuir a la formación de sus hijas e hijos.¹⁸ Todo ello representa un cuadro de posibilidades complejo, donde las tensiones y conflictos no deben ocultar el especial estatus jurídico de NNyA y su interés superior (artículo 3, CDN). Al mismo tiempo, en toda definición de este entramado debe haber lugar, cuando corresponda, para el reconocimiento y operatividad de la autonomía progresiva de NNyA en función de su edad y desarrollo psicológico.

Pues bien, este cúmulo de relaciones jurídicas complementarias o contradictorias que protagoniza el derecho a la intimidad de NNyA con otros tantos (libertad de prensa, responsabilidad parental, seguridad, por ejemplo) muestra el punto a partir del cual considero que debe ser pensado este derecho, esto es, como un atributo en cuyo reconocimiento cabal se juega el desarrollo armónico de la vida de estas personas en crecimiento.

Por ello, la propuesta de este trabajo tiene como norte destacar las consideraciones de la Corte IDH y de la CSJN sobre la variedad de supuestos en los que la protección de este derecho se torna fundamental en honor a la especial calidad jurídica de NNyA. Cabe aclarar que no se trata de un análisis exhaustivo de jurisprudencia, ni mucho menos. Razones vinculadas con la extensión del presente texto imponen la selección de solo tres casos relevantes, sin perjuicio de la existencia de otros que también darían cuenta de las múltiples dimensiones del derecho.¹⁹

3. Análisis de casos en los que se encuentra involucrado el derecho a la intimidad de NNyA

3.1. La protección del derecho a la intimidad de NNyA víctima en el marco del proceso penal

La Corte IDH, en el caso "V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua", declaró la responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por la ausencia de respuesta estatal adecuada frente a la denuncia de violación sexual de una niña de 8 años por

¹⁸ *Ibidem*, pp. 264-265.

¹⁹ A modo de ejemplo, podemos mencionar los casos "V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia", 16 de agosto de 2011, Fallos: 334:913, y "Perelmuter, Isacc Gabriel y otro c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.", 17 de noviembre de 2013, Fallos: 326:4638; ambos de la CSJN.

parte de su padre. Encontró vulnerados los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar, y a la protección judicial, entre otros. También responsabilizó al Estado por la violación del debido proceso y por no garantizar, sin discriminación por motivos género y edad, el derecho de acceso a la justicia.

En este caso, la Corte IDH hizo referencia especialmente al derecho a la intimidad en dos oportunidades.²⁰ Por un lado, en relación con la obligación estatal de garantizar el derecho de la niña a ser escuchada y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, señaló que

... [l]as autoridades estatales deberán tomar en cuenta las opiniones de las víctimas, respetando en todo momento su intimidad y la confidencialidad de la información, de ser el caso, evitando en todo momento la participación de estos en una cantidad excesiva de intervenciones o su exposición al público, adoptando las medidas que sean necesarias para evitar su sufrimiento durante el proceso y causarle ulteriores daños.²¹

Por otra parte, la sentencia vinculó el derecho a la intimidad con la obligación de evitar la revictimización en el proceso judicial.²² En este caso, dicha revictimización se produjo, entre otras cuestiones, por la forma en que se llevaron adelante los exámenes médicos sobre la niña víctima de violencia sexual.

Al respecto, del relato de los hechos surge que, a pesar de la existencia de dos revisiones médicas previas efectuadas en ámbitos privados, la niña fue sometida a posteriores exámenes incluso frente a su negativa, que se encontraba fundada en las condiciones vejatorias en que se desarrollaba.²³ Se destacó en la sentencia, a su vez, que en la última oportunidad la revisión se llevó adelante bajo sedación, razón por la cual la Corte IDH entendió que “la utilización de fuerza para proceder al examen ante la negativa de la víctima claramente constituyó un acto de violencia institucional de índole sexual”.²⁴

20 Es importante aclarar que la Corte IDH, al resolver una excepción alegada por el Estado de Nicaragua, aclaró que sin perjuicio de que no posee competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado sobre la base de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, estas resultan relevantes en tanto dotan de contenido el alcance de las medidas especiales de protección previstas en el artículo 19 de la Convención Americana, para cuya interpretación y aplicación sí tiene competencia.

21 Corte IDH, “Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua”, 8 de marzo de 2018, párr. 167.

22 *Ibidem*, párr. 163.

23 *Ibidem*, párr. 173.

24 *Ibidem*, párr. 179.

En relación con la forma en que se llevaron adelante dichas revisiones y la afectación del derecho a la intimidad que ello implicó, la Corte IDH expresó que, por un lado, la presencia de una multiplicidad de personas durante la revisión ginecológica de la niña ha sido contraria a los estándares en la materia. A su vez, agregó que la situación a la que se la expuso por las condiciones en las que fue llevada adelante dicha intervención implicó una intromisión arbitraria en su vida privada e intimidad. A raíz de ello, la Corte IDH afirmó que “este acto, especialmente grave, en contravención de la debida diligencia, expuso a V.R.P. a una situación de reactualización del trauma existente y denota la falta de profesionalización en la materia del forense a cargo de dicha diligencia”.²⁵

En lo que refiere a las condiciones sanitarias, la Corte IDH especificó que

... era de trascendental importancia no sólo que el médico esté capacitado para atender a una niña de nueve años víctima de violación sexual, sino que las salas de entrevistas y, en particular, de revisiones médicas, representen un entorno seguro, adecuado y no intimidatorio, hostil o insensible para la niña. De ahí la importancia de que constituyan ambientes que generen en la niña la confianza y protección necesaria, que proteja su intimidad y privacidad.²⁶

En virtud de la vulneración de derechos que se produjo por la forma en que se llevaron adelante estos exámenes médicos, la Corte IDH incluyó entre las condenas la obligación del Estado de adoptar, implementar, supervisar y fiscalizar protocolos específicos según los estándares establecidos en la sentencia. Entre ellos, en lo que refiere a la atención del servicio de salud, expresó que

... el Estado deberá garantizar al menos lo siguiente: i) deberá evitarse, en la medida de lo posible, más de una evaluación física; ii) debe ser realizado por un profesional con amplio conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual de niñas, niños y adolescentes; iii) la víctima o su representante legal, según el grado de madurez de la niña, niño o adolescente, podrá elegir el sexo del profesional; iv) el examen debe estar a cargo de un profesional de salud especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación específica para realizar los exámenes médicos forenses en casos de abuso y violación sexual; v) deberá llevarse a cabo luego del consentimiento informado de la víctima o de su representante legal, según su grado de madurez, tomando en

²⁵ *Ibidem*, párr. 176.

²⁶ *Ibidem*, párr. 175.

cuenta el derecho de la niña, niño o adolescente a ser oído, y vi) se realizará en un lugar adecuado y se respetará su derecho a la intimidad y privacidad, permitiendo la presencia de un acompañante de confianza de la víctima.²⁷

La trascendencia de esta sentencia es evidente si tenemos en cuenta que la Corte IDH analizó los derechos involucrados tanto desde una perspectiva de género como de infancia, y destacó especialmente la relevancia del estudio del caso desde este enfoque interseccional.

En particular, en lo que refiere al presente análisis, la Corte IDH estableció la importancia de respetar el derecho a la intimidad en casos de violencia sexual. En este sentido, destacó que tanto en la instancia de la declaración en el marco del cumplimiento del derecho a ser escuchados/as y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta como en la intervención vinculada a las medidas de prueba que pueden producirse, el respeto del derecho a la intimidad resulta central, entre otras razones, a los fines de evitar la revictimización que la participación en el proceso penal podría implicar. Respecto de las medidas vinculadas a la exposición física de la víctima de violencia sexual, señaló específicamente los estándares que deben seguir los procedimientos médicos en estos supuestos para que garantizar que el derecho a la intimidad de NNyA no se encuentre vulnerado.

3.2. Libertad de prensa y derecho a la intimidad de NNyA

En el caso “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, la CSJN tuvo oportunidad de expedirse sobre la importancia de respetar el derecho a la intimidad de una niña en un proceso de filiación cuyo demandado era una persona conocida públicamente.²⁸

En el marco de este proceso, el juez de primera instancia, a pedido de la parte actora, dictó una medida que ordenó “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir, medios de prensa en general, que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos...”.²⁹

Esta resolución fue apelada por la agencia Diarios y Noticias SA y, en virtud de ello, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó el alcance de dicha sentencia limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada al nombre

²⁷ *Ibidem*, párr. 383.

²⁸ CSJN, “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, 3 de abril de 2001, Fallos 324:975.

²⁹ *Ibidem*, voto de mayoría, considerando 1.

de las partes o de terceros/as afectados/as. La recurrente alegó la vulneración a la libertad de expresión y a la prohibición de la censura previa que implicaba, a su modo de ver, la resolución cuestionada.

En función de ello, la CSJN analizó la centralidad de la libertad de expresión y la prohibición de censura previa en nuestro sistema democrático y republicano; principios que, según su criterio, debía armonizar con la debida protección del derecho a la intimidad de NNyA, también involucrado en este proceso judicial.³⁰

Como ya expresara, el derecho a la intimidad se encuentra contenido en el artículo 16 de la CDN, entre otras normas internacionales, nacionales y locales. Más específicamente, diversas normas protegen el derecho a que ciertos datos de NNyA se mantengan reservados en los procesos judiciales. En efecto, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece a que “toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Por su parte, el artículo 164 del Código Procesal Civil y Comercial dispone la posibilidad de dar a publicidad las sentencias en cualquier instancia con la excepción de que “por la naturaleza del juicio, razones de decoro aconsejaren su reserva, en cuyo caso así se declarará”. Este artículo establece también que “[s]i afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de las copias para la publicidad”.

En esta línea, y particularmente en lo que se refiere a los derechos de NNyA, la Ley N° 20.056, en su artículo 1, prohíbe

... la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho (18) años de edad incurso en hechos que la ley califica como delitos o contravención o que sean víctimas de ellos, o que se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material, o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado.

En virtud de esta normativa, la CSJN entendió que

... la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite –cuya exhibición se encuentra reservada

³⁰ *Ibidem*, voto de mayoría, considerando 13.

a las partes y directamente interesados (conf. art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional)— reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña. Ello, aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público, pues su reiteración, obviamente, agravaría la violación del bien protegido por las normas constitucionales que tutelan la intimidad de los menores.³¹

En consecuencia, resolvió —por mayoría— ordenar a la Cámara dictar una nueva sentencia que garantizara el derecho a la intimidad de la niña involucrada en el caso. Respecto del alcance de la sentencia a dictarse, aclaró que dicho derecho no impone la prohibición de “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” sino solo aquellas que pudieran conducir a la identificación de la niña.

Motivó dicha resolución, entre otras razones, el hecho de que la tutela judicial preventiva se encontraba justificada, como expresó el Dr. Carlos Fayt en su voto, en tanto “las reparaciones ulteriores que como principio proceden ante el ejercicio inadecuado de la libertad de prensa, resultan, ante un niño vulnerado en el libre desarrollo de su personalidad, irremediamente antifuncionales”.³²

En igual sentido, los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López afirmaron que los jueces y juezas

... no pueden dejar de ponderar —como en el caso— aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva (art. 25 del pacto), atento a la insuficiencia de las “responsabilidades ulteriores” para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de la identidad del menor que reclama por su filiación en juicio.³³

Dada la trascendencia de los derechos involucrados en el caso, es importante citar el voto del Dr. Fayt en tanto afirma:

La sola reserva de aquellos datos que pudieran conducir a la identificación de la menor en nada afecta el pleno debate público en un Estado democrático, a la par que conjura el inconmensurable daño que podría causar a la niña

³¹ *Ibidem*, voto de mayoría, considerando 14.

³² *Ibidem*, voto del Dr. Carlos Fayt, considerando 18.

³³ *Ibidem*, voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López, considerando 24.

la exposición de su padecer. Este simple cotejo demuestra que la extrema rigidez de la posición del recurrente sólo trasunta la aparente preservación de un dogma [...] En suma: la menor tiene derecho a no ser convertida en un objeto mediático.³⁴

De este modo, en el caso en análisis, según la mayoría de la CSJN la protección de los derechos de la niña no implicaba afectación a la libertad de prensa y, por lo tanto, no menoscababa los valores republicanos y democráticos que esta protege. A su vez, dada la centralidad del derecho a la intimidad de NNyA y su afectación en el caso, la CSJN encontró justificada la tutela judicial preventiva. En este sentido, entendió que, de otro modo, la vulneración del derecho tendría graves consecuencias; por lo tanto, las posibles medidas de reparación posteriores resultarían insuficientes e irremediablemente antifuncionales, en los términos expresados por la misma CSJN.

3.3. Reclamo de daños y perjuicios por vulneración del derecho a la intimidad de NNyA

En el caso “Sciammaro, Liliana E. c/ Diario ‘El Sol’ s/ daños y perjuicios”, la CSJN se expidió sobre la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la vulneración del derecho a la intimidad de los niños involucrados en el proceso. Ello, en función de la difusión en un medio de comunicación de situaciones relativas a la vida familiar, sexual y afectiva tanto de la madre actora como de sus hijos/as.³⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires condenó al Diario El Sol SA a indemnizar los daños producidos a la parte actora, sentencia que fue cuestionada por dicha demandada. En su presentación, la recurrente argumentó, entre otras cuestiones, la inconstitucionalidad del artículo 18 del Decreto ley N° 10.067 de la Provincia de Buenos Aires, que prohíbe la difusión de los nombres de NNyA vinculados a causas judiciales, al entender que esta norma vulnera la protección constitucional del derecho a la libertad de prensa y la prohibición de censura previa. A su vez, expresó que la sentencia dictada era contraria a las doctrinas del caso “Campillay”, así como también a la de la “real malicia”.

La CSJN, en relación con la declaración de inconstitucionalidad peticionada, compartió

³⁴ *Ibidem*, voto del Dr. Carlos Fayt, considerando 19.

³⁵ CSJN, “Sciammaro, Liliana E. c/ Diario ‘El Sol’ s/ daños y perjuicios”, 28 de agosto de 2007, Fallos: 330:3685.

los fundamentos esgrimidos por la procuradora fiscal, que al respecto afirmó que

... la cuestión a resolver reside en determinar si la prohibición de censura previa contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional, constituye un principio de alcances absolutos, o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en los que resulta necesario disponer medidas restrictivas o impeditivas con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho a la intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida en preceptos de jerarquía constitucional como la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁶

En este sentido, la procuradora fiscal –dictamen al que adhiere la CSJN– expresó que

... el artículo 18, del decreto ley 10.067, cuando dispone evitar la publicidad del hecho en cuanto concierna a la persona del menor que resulte vinculado a una situación susceptible de determinar la intervención de los Juzgados, y prohíbe la difusión de detalles relativos a la identidad y participación de aquél, no hace sino proteger preventivamente al menor del padecimiento de eventuales daños, por tratarse de personas que están en plena formación, que carecen de discernimiento para disponer de los aspectos íntimos de su personalidad y que merecen la tutela preventiva mayor que los adultos por parte de la ley, protección que encuentra sustento tanto en los tratados internacionales citados, como en la doctrina del Tribunal antes reseñada.³⁷

De este modo, y en virtud de los tratados internacionales que protegen los derechos de NNyA involucrados en el caso, la CSJN –al adherir al dictamen de la procuradora fiscal en este punto– rechazó el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la recurrente. Tampoco hizo lugar a los reclamos vinculados a la aplicación de las doctrinas de “Campillay” y de la “real malicia” que alegó la demandada en su defensa.

Respecto de la primera, la CSJN entendió que

... los lineamientos de la doctrina derivada del caso “Campillay” no son de aplicación cuando media –como el sub examen– una prohibición legal de difusión respecto de la noticia propalada por el medio. En efecto, si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuan-

³⁶ *Ibidem*, considerando 4 del voto de mayoría que remite al apartado IV del dictamen emitido por la procuradora fiscal con fecha 12 de abril de 2005.

³⁷ *Ibidem*.

to concierna a la persona del menor, mal podría soslayarse esta prohibición apelando al uso de un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente de que emana la información, aun cuando ésta provenga de los magistrados que entendieron en la causa judicial que involucra al menor de edad.³⁸

En relación con la doctrina de la real malicia, la CSJN expresó que la información difundida no se refería a funcionarios, figuras públicas o particulares sobre los que recaiga suficiente interés público; por lo tanto, esta doctrina no resultaría aplicable al caso.³⁹

Por su parte, los Dres. Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni afirmaron en su voto que en el presente caso no encontraba en discusión la posible censura previa, sino que constituía un supuesto de reparación de daños posteriores causados por la publicación. Expresaron al respecto que

... es propia a la censura previa –y eso la distingue de la responsabilidad ulterior– su aptitud para interrumpir el proceso comunicativo antes de que éste se haya desarrollado (disidencia del juez Petracchi en Fallos: 324:975), supuesto que no se ha configurado en este caso en el que los actores pretendieron obtener la reparación de los daños ya causados por la divulgación de información lesiva para la intimidad y el honor de una madre y de tres hijos entonces menores de edad.⁴⁰

Agregaron, en relación con la doctrina de la real malicia, que

... [r]esulta irrelevante en autos el debate en torno a la verdad o falsedad de la información difundida pues, si bien ello es de interés cuando el bien que se invoca como lesionado es el honor, no lo es cuando la lesión consiste en la invasión al ámbito reservado de la intimidad, es decir, cuando el bien lesionado en última instancia es la libertad que tiene todo ser humano en el núcleo central de su persona (voto del juez Belluscio en Fallos: 324:2895, considerando 7º).⁴¹

En consecuencia, por las razones expuestas, la CSJN rechazó los planteos efectuados por la demandada y confirmó la condena de reparación de los daños y

³⁸ *Ibidem*, considerando 5 del voto de mayoría.

³⁹ *Ibidem*, considerando 6 del voto de mayoría.

⁴⁰ *Ibidem*, considerando 13 del voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni.

⁴¹ *Ibidem*, considerando 22 del voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni.

perjuicios producidos por vulneración del derecho a la intimidad de los/as niños/as involucrados/as en el caso.

Nuevamente, a partir del análisis de este caso es posible evidenciar la importancia de la protección del derecho a la intimidad de NNyA para evitar consecuencias indeseables en el desarrollo de sus personalidades. A diferencia del antecedente anterior, aquí la discusión no gira –tal como expresan los Dres. Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni en su voto– alrededor de una posible contraposición entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, con la prohibición de censura previa que ella conlleva. Por el contrario, se trata de un supuesto en el que la exposición pública ya había sido efectuada, razón por la cual el único mecanismo disponible consistía en la reparación de los daños y perjuicios que esta ocasionó sobre los/as niños/as involucrados/as. En otras palabras, la obligación de protección que el artículo 16 de la CDN impone al Estado con respecto a la intimidad de NNyA adquiere la forma de una debida reparación integral ante la irreversibilidad de hechos consumados.

4. Conclusiones

En el ámbito de la infancia, es una cuestión obvia la referencia a que NNyA constituyen personas en crecimiento, en pleno desarrollo y formación de sus capacidades físicas, psíquicas y morales. Ello jurídicamente se traduce en un especial estatus de personas vulnerables y, por ese motivo, privilegiadas en el reconocimiento de sus derechos y garantías.

La vida privada, la familia, el domicilio y, en general, la honra e intimidad de estas personas, tal como son enunciadas por el artículo 16 de la CDN, representan de algún modo un pilar a partir del cual se edifica ese desarrollo y formación. He ahí su trascendencia y la necesidad de su intensa tutela jurídica.

Este comentario puso de relieve cómo el derecho a la intimidad de NNyA se manifiesta en múltiples y disímiles situaciones en un papel central, y así muchas veces interacciona y tensiona con otros derechos, y en otras los refuerza en su operatividad. Tal potencia del derecho a la intimidad, como dije, es la prueba de su centralidad jurídica.

La Corte IDH y la CSJN han reconocido en diferentes clases de controversias ese papel protagónico del derecho a la intimidad de NNyA y han marcado de una u otra manera su conexión con la condición jurídica de las personas menores de 18 años.

En definitiva, a partir de todo ello concluyo que el reconocimiento de un especial derecho a la intimidad y su necesaria protección jurídica contra las más variadas formas de ataques e injerencias representan una cuestión de máxima importancia en el desarrollo del ciclo vital que transitan NNyA. En muchos casos, sus propias vidas dependen de que tomemos conciencia de ello.

El acceso a la información pública también es cosa de niños, niñas y adolescentes

Eugenia Braguinsky¹

Inés Selwood²

1 Eugenia Braguinsky es Magíster en Administración y Políticas Públicas de la Universidad de San Andrés y Licenciada en Ciencia Política egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Desde 2003 trabaja como especialista en cuestiones de transparencia a promoción del acceso a la información pública. Actualmente es Directora Nacional de Acceso a la Información Pública en la Agencia de Acceso a la Información Pública el Poder Ejecutivo Nacional. Anteriormente, fue Directora de la Oficina de Acceso a la Información Pública de la UBA, se desempeñó como asesora parlamentaria y coordinó durante más de cinco años el Programa de Justicia y Transparencia del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC).

2 Inés Selwood es Licenciada en Comunicación Social egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Desde 1998 trabaja como especialista en comunicación para el tercer sector y transparencia en la gestión pública. Es Asesora de la Agencia de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional. Fue responsable de la Oficina de Gobierno Abierto del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, donde desarrolló JusBaires Abierto. Previamente, dirigió la Oficina de Acceso a la Información Pública de la UBA. Fue directora de comunicación en Amnistía Internacional Argentina y trabajó en la organización Transparency International en Berlín, Alemania.

ARTÍCULO 17

1. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

1. Introducción

El acceso a la información ha sido reconocido a nivel internacional, en diferentes constituciones nacionales, como un derecho humano: distintos pactos y tratados internacionales –por ejemplo, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–³ así lo establecen.⁴ A 2019, son 119 países en el mundo los que cuentan con normativas que lo regulan.⁵ Sin embargo, el reconocimiento de este derecho tiene larga tradición. Suecia, en 1766, fue el primer país en avanzar en la sanción de una ley que garantice el libre acceso a la información como garantía, al mismo tiempo, de la libertad de expresión.⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) afirma que “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”.⁷ Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, sancionada en 1989, también reconoce el derecho de acceder a información en manos del Estado en sus artículos 12, 13 y 17.

El artículo 13, en particular, establece que

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

³ El Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas declaró que el derecho de acceso a la información está protegido sobre la base del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y además apuntó que “el derecho de buscar información o de tener acceso a la información es uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión” (ver https://www.access-info.org/wp-content/uploads/El_derecho_de_acceso_a_la_informacion_es_un_derecho_fundamental-1.pdf).

⁴ En la actualidad, ya no se discute que el acceso a la información pública forma parte de los derechos humanos esenciales de todas las personas. Sin embargo, durante mucho tiempo se lo consideró parte del derecho a la libertad de expresión y no un derecho en sí mismo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el fallo “Claude Reyes Vs. Chile”, 19 de septiembre de 2006, resolvió esta controversia al interpretar que tanto la Convención Americana como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen al derecho de acceso a la información pública como un derecho positivo.

⁵ Ver www.freedominfo.org

⁶ La Ley de Libertad de Prensa (Tryckfrihetsförordningen, TF) era una norma destinada a que los medios de comunicación accedieran a los documentos públicos del gobierno sueco (ver <http://www.palermo.edu/cele/acceso-a-la-informacion/Paises-acceso/dc/sweden.html>).

⁷ Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, *op. cit.*, párr. 87.

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de derecho de acceso a la información pública?

Es el derecho que tiene cualquier persona, de cualquier nacionalidad, de cualquier edad, de cualquier raza, género, religión o ideología, a solicitar información que produzca, o tenga o guarde el Estado u otra institución si hubiera sido producida con fondos públicos.

Este derecho se deriva de la especificidad de la forma republicana de gobierno –en tanto tiene como principio la publicidad de los actos de gobierno–, y del régimen democrático y representativo, a partir de la obligación de los funcionarios y representantes de dar cuenta de sus actos de gobierno. Es decir que acceder a información permite el control ciudadano de los actos públicos y una correcta rendición de cuentas. El acceso a la información es, por lo tanto, un elemento esencial para el mejor funcionamiento de las instituciones democráticas.

Pero no solo se necesita acceder a información para garantizar instituciones transparentes.

En América Latina, diferentes movimientos sociales han dado impulso a la necesidad de acceder a información pública para exigirle al Estado el cumplimiento de otros derechos.

En primer lugar, el movimiento de organizaciones y activistas ecologistas promovían el derecho a un ambiente adecuado como derecho humano. Para ejercerlo adecuadamente, estas organizaciones y activistas entendían que debía garantizarse una participación activa que permitiera tener un conocimiento de los aspectos ambientales, del deterioro, fragilidad e impacto sobre el entorno a partir de las acciones humanas. Esto implicaba contar con información organizada, actualizada y capaz de ser compartida para detectar potenciales riesgos ambientales y conocer las decisiones adoptadas para poder reducirlos.

En segundo lugar, el impulso que le dio el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, y la Corte IDH) a la búsqueda y el derecho a la verdad a partir de la violación sistemática

a los derechos humanos en la región. Así sostuvo:

En contextos transicionales, los derechos a la libertad de expresión y al acceso a la información adquieren una importancia estructural. En ese sentido, la Comisión ha indicado que los Estados tienen la obligación de garantizar a las víctimas y sus familiares el acceso a la información acerca de las circunstancias que rodearon las violaciones graves de los derechos humanos. Asimismo, tanto la CIDH como la Corte han resaltado que el derecho a ser informado sobre lo sucedido y de acceder a la información también incluye a la sociedad en general en tanto resulta esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos.⁸

La información es también el elemento esencial, entonces, para el ejercicio de derechos sociales, económicos y culturales, y para los derechos civiles, como son la libertad de expresión y la participación en los asuntos públicos. Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación.⁹

En términos de dimensión de la libertad de expresión que establece el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Roberto Saba entiende que

... mientras la libertad de expresión como manifestación de la autonomía no parece prestar atención al derecho a la información, la libertad de expresión como precondition del proceso de toma de decisiones en un sistema democrático la asocia inescindiblemente con la libertad de acceso a la información. Sin libertad de expresión no hay información y sin información no hay democracia, entendida como sistema de autogobierno ciudadano.¹⁰

Es decir, el acceso a la información es la contracara de la libertad de expresión cuando esta se enmarca en un procedimiento de toma de decisiones. Sin datos o fuentes de conocimiento, no podemos tomar decisiones informadas, responsables, tanto para nuestra vida individual, privada como para nuestra vida en comunidad.

⁸ CIDH, *Derecho a la verdad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.2, 13 agosto de 2014, párr. 24.

⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Folleto Informativo N° 33, 2009, p. 3.

¹⁰ Saba, Roberto, *El derecho de la persona a acceder a la Información en Poder del Gobierno*, Mimeo, Buenos Aires, 2002.

3. El reconocimiento del derecho en nuestro país

Con la reforma de la Constitución en 1994 se incorporaron los pactos y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional; entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, en el artículo 75 inciso 22 se reconoce, entre otros, el derecho universal a la libertad de expresión y al acceso a la información.

Sin embargo, este reconocimiento en nuestra Carta Magna no alcanza para garantizar el efectivo ejercicio de estos derechos. Son necesarias –y por eso la gran cantidad de leyes a nivel internacional– normas que lo regulen: que establezcan cómo, dónde, cuándo, qué tipo de información pedir, cuál está exceptuada y cómo reclamar si no es entregada.

La Argentina tardó más de 15 años en sancionar una ley de acceso a la información pública que permitiera establecer procedimientos para el ejercicio de dicho derecho humano. A pesar de que los primeros proyectos parlamentarios se presentaron por los años 2000, fue recién en 2016 cuando nuestra nación salió del reducido grupo de países sin ley: Bolivia, Venezuela y Costa Rica aún no cuentan con regulación en la materia.

De esta manera, se logró saldar una deuda con la ciudadanía en general y con las organizaciones de la sociedad civil, académicos y expertos que promovían la sanción de la ley no solo en la Argentina sino en el resto de América Latina. Esa fue una de las principales paradojas de la época: la necesidad de contar con una norma que regulara el derecho de acceso a la información pública y permitiera su efectivo ejercicio estuvo en la agenda de muchos parlamentarios y organizaciones no gubernamentales de nuestro país antes que en la de países que ya contaban –al momento de sanción de nuestra ley– con una gran tradición en la aplicación de estas normas, como Chile, Uruguay o Perú. Tanto es así que “nuestros expertos” promovían esta agenda en toda la región. Sin embargo, desde 2003 hasta 2016 –año en que se logró la sanción definitiva de la ley– los debates en torno a esta norma fueron fallidos y encontraban oposición en el oficialismo de entonces.

Con la sanción de la Ley nacional N° 27.275 de Acceso a la Información Pública en 2016¹¹ y su entrada en vigencia en septiembre de 2017 se produjo, además, un avance significativo en materia de calidad institucional. La ley delineó también el órgano garante que debe velar por el correcto cumplimiento de la normativa. De

11 Publicada en el Boletín Oficial del 29 de septiembre de 2016.

los diseños institucionales posibles, la Argentina eligió crear una Agencia de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional y otras a su imagen y semejanza para los demás poderes del Estado.

La ley actual, como dijimos, tiene una aplicación en el ámbito nacional, es decir que puede ser aplicada en los organismos de los tres poderes a nivel nacional y que cada provincia es autónoma en la regulación del derecho de acceso a la información pública en su territorio. Si bien la normativa vigente invita a las provincias a adherirse, hasta la fecha ninguna lo ha hecho. Un estudio reciente del Banco Mundial¹² da cuenta de que 19 de las 24 provincias cuentan con algún tipo de norma de acceso a la información. La calidad de dichas leyes varía en cuanto a legitimación activa, pasiva, obligación de establecer motivos para la solicitud de información o existencia de un órgano garante que permita una instancia administrativa de reclamo.

El informe del organismo internacional sostiene que

... en líneas generales existe una gran necesidad de mejora de los marcos legales, ya que el promedio del IAIPP (Índice de Acceso a la Información Pública Provincial) es de 6.4 puntos sobre un total de 13. Asimismo, hay una gran disparidad en la calidad debido a que el Índice oscila entre 11.6 y 3.6 puntos (la Ciudad de Buenos Aires y la provincia de Mendoza se encuentran en percentil 90 mientras que las provincias de Corrientes, Santiago del Estero, Río Negro y Salta se circunscriben en el percentil diez).¹³

Con la reciente norma, entonces, también se instrumenta el derecho consagrado en los artículos 13 y 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño que aquí nos ocupan.

Poder contar con una normativa de acceso a la información de calidad, que responda a los estándares internacionales en la materia, es fundamental para fortalecer el ejercicio democrático de peticionar a las autoridades y, por lo que comentamos en este trabajo, como llave para el efectivo ejercicio de otros derechos, en particular los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El Estado produce y guarda información vital para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes. Tanto para el ejercicio de derechos como para el diseño e implementación de políticas públicas destinadas al colectivo niñez.

¹² Banco Mundial, *Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas: un análisis de la calidad normativa*, Washington DC, 2019.

¹³ *Ibidem*, p. 8.

Generalmente, cuando se habla de participación de la sociedad en democracia se piensa en el derecho al voto. Claro está que los niños, niñas y adolescentes hasta los 16 años no cuentan con este derecho en nuestro país. Sin embargo, ello no quiere decir que no tengan derecho a expresarse, a hacer oír su voz e incluso a requerir información de cualquier índole que esté en manos del Estado o que haya sido producida con fondos públicos. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de la ONU y ratificada por nuestro país en 1990, contempla la participación infantil como uno de los principales derechos en relación con la construcción de la ciudadanía del niño, niña o adolescente con el fin de elevarlo a la categoría de miembro competente en la sociedad democrática.

La Convención, de hecho, establece un nuevo paradigma: la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no como objeto de protección por ser un grupo vulnerable. Y esto es así porque es el Estado quien formula políticas públicas para el colectivo niñez; sin embargo, muchas veces no se diseñan con la participación de ese público objetivo. Y los niños, niñas y adolescentes pueden hacer oír su voz y participar de manera más efectiva si cuentan con información. Para ello, el derecho humano de acceso a la información y la flamante reglamentación argentina les otorga una herramienta poderosa para poder hacer efectivos sus derechos.

4. Recibir información para tomar decisiones informadas

Roger Hart define la participación (de niñas, niños y adolescentes) como “la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia y a la vida de la comunidad en la que uno vive”.¹⁴ Esto es, proporcionar un mecanismo para que los niños, niñas y adolescentes puedan informarse y hacer oír su voz en temas que afecten sus condiciones de vida en lo individual y en lo colectivo.

En sintonía con el artículo 17, entendemos que, si se quiere cumplir con las directrices para que los medios de comunicación velen por el contenido apropiado que llega a los hogares de niños, niñas y adolescentes, antes deben diseñarse estos contenidos y programas teniendo en cuenta a la niñez como un colectivo sujeto de derechos.

¹⁴ Hart, Roger, *La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica*, Ensayos Innocenti, N° 4, UNICEF, 1993.

Los niños, niñas y adolescentes deben poder participar en el diseño de contenidos, por ejemplo, para no ser solo considerados receptores o espectadores sin voz, y para ello deben tener información.

Es por eso que la herramienta que ofrece la Ley N° 27.275 para solicitar información, pero también para que el Estado disponga proactivamente determinada información de interés público, resulta tan importante para este colectivo.

Como dijimos, la nueva ley argentina respeta estándares internacionales en la materia. Entre ellos, los más pertinentes para este trabajo son el principio de no discriminación¹⁵ y el de máxima premura. El primero se refiere a que toda persona, sin importar origen, edad, condición socioeconómica y sin expresar motivos, puede solicitar información en manos del Estado. Esto incluye, por supuesto, a los niños, niñas y adolescentes.

Y el segundo alude a la condición de oportunidad de la entrega de la información, es decir, en tanto la solicitud responde a una necesidad del requirente se deben respetar los tiempos que impone la ley para que la respuesta a la información solicitada se entregue en el período en el que aún conserva valor. La entrega de lo solicitado pierde sentido, entonces, si su demora impide utilizar la información obtenida para el fomento del ejercicio de otros derechos. Un ejemplo de este sentido instrumental de solicitar información es que, si un niño o una niña solicitan las condiciones para poder acceder a un programa de recreación durante el receso invernal en una escuela pública, ello debe ser entregado para que el o la solicitante puedan hacer uso de la información antes de que pierda el valor de obtenerla (cuando terminen las vacaciones).

Víctor Abramovich y Cristian Courtis¹⁶ ya en el año 2000 introdujeron el uso instrumental del derecho de acceso a la información pública en tanto la obtención de la información no resulta un fin en sí mismo –como en el caso del control ciudadano o la rendición de cuentas de los gobernantes–, sino que se convierte en mecanismo para la obtención de otros derechos.

Y volviendo al artículo 17 de referencia, aun cuando el colectivo niñez sea

¹⁵ Ley N° 27.275, Artículo 1°. - Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y se funda en los siguientes principios: (...) No discriminación: se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.

(...) Máxima premura: la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor.

¹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, año 1, Vol. 1, Buenos Aires, Siglo XXI, 2000.

considerado “consumidor” de información a través de los medios de comunicación, no pierde los derechos que igualmente posee como “usuario” y por los que podría hacer uso del derecho de acceso a la información para poder ejercer una libre elección y contratación de bienes y servicios. En este sentido, la Constitución Nacional también reconoce en su artículo 42 a los consumidores y usuarios el derecho a la “información veraz y adecuada” en la relación de consumo, y del mismo modo la Ley de Defensa del Consumidor¹⁷ se refiere en su artículo 4 al derecho a una información “cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente”.

Con esto vemos que tanto desde las políticas que diseña el Estado como desde las empresas o emprendimientos privados de comunicación para la niñez, se debe respetar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una información cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente para que las decisiones puedan ser tomadas de manera reflexiva y razonada.

5. La información permite el diseño de políticas con enfoque en derechos

En materia de niñez, tanto desde la producción de contenidos como en la formulación de programas específicos, los Estados no siempre realizan sus prototipos pasándolos por el tamiz de los estándares mínimos de transparencia de las sociedades modernas. Esto es: acceso a la información que produce y financia el Estado, mecanismos de participación para el público objetivo, rendición de cuentas, accesibilidad y máxima divulgación.

Con el avance normativo y la conciencia cada vez mayor de la importancia de la información como bien público, tanto entre la sociedad civil como en la comunidad político-gubernamental, el Estado comenzó a diseñar políticas públicas basadas en datos.

Un ejemplo claro de una política pública basada en información y tendiente –al mismo tiempo– a brindar información para el ejercicio de otros derechos es la creación del Programa para la implementación de la Ley de Educación Sexual Integral (ESI).¹⁸

¹⁷ Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor. Publicada en el Boletín Oficial del 15 de octubre de 1993.

¹⁸ Ley N° 26.150, Programa Nacional de Educación Sexual Integral. Publicada en el Boletín Oficial del 24 de octubre de 2006.

La ley fue sancionada en 2006 con el objeto de crear el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, en el ámbito del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, para promover los contenidos necesarios para que todos los niños, niñas y adolescentes –como también padres y maestros– cuenten con la información necesaria para la toma de decisiones de forma consciente y crítica en relación con el cuerpo, las relaciones interpersonales y una sexualidad libre y segura.

En este caso, es el Estado el garante de que niños, niñas y adolescentes reciban, tanto en las escuelas como a través de campañas de difusión, la información de manera veraz, completa y oportuna para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Esto es así porque el Estado comienza a comprender a los chicos y jóvenes como sujetos de derechos que deben ser escuchados e incorporados a espacios de participación.

Desde 2016 hasta la fecha, el Ministerio de Educación recibió menos de 10 solicitudes de acceso a la información vinculadas con la implementación de la ESI. Esto se puede deber a que los niños, niñas y adolescentes y los restantes miembros de la comunidad educativa –padres y maestros– no saben que tienen derecho a exigir información al Estado.

Frente a ello, es indispensable que la autoridad de aplicación de la ley de acceso a la información pública –en este caso, la Agencia de Acceso a la Información Pública– promueva la existencia de la norma en la sociedad en general y ante este grupo en particular. Algunas medidas ya se están tomando.

Pero el Estado puede –y debe– proveer información más allá de que existan solicitudes concretas. A medida que las normas fueron implementándose, las organizaciones gubernamentales entendieron que publicar información en la página web de los organismos públicos era una forma más económica y con mayor alcance de brindar información pública.

Es por ello que las nuevas normas, incluida la ley argentina, incorporaron regulaciones tendientes a asegurar la Transparencia Activa.

Esta política concreta dentro de una política general de acceso a la información pública busca que determinada información esté publicada de forma clara y accesible para su consulta en cualquier tiempo y lugar. ¿Qué información? La que sea necesaria para garantizar la participación ciudadana, para el control de los actos públicos y la propia de cada organismo que sirva para el ejercicio de derechos.

El Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación, como autoridad de aplicación de la normativa, dispone información relevante y oportuna del Programa, de modo que permita no solo conocer el alcance de la norma sino también la forma de ejercer correctamente el derecho a una educación sexual integral. Esta publicación del Ministerio es una clara muestra de información pública disponible de manera proactiva.

6. El desarrollo de la niñez y el acceso a la información en la agenda global

Los Estados miembros de las Naciones Unidas adoptaron, en septiembre de 2015, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS),¹⁹ con el propósito de alcanzar un mundo justo, equitativo e inclusivo. Estos objetivos integran todas las dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la ambiental y la social, y se basan en un enfoque de derechos con su carácter de integralidad.

La Argentina, como uno de los países comprometidos con el cumplimiento de los ODS, inició un trabajo de adaptación de dichos objetivos y metas a la realidad nacional. Así, formuló programas específicos para alcanzar su cumplimiento y lleva adelante mediciones e informes periódicos en conjunto con los organismos temáticos involucrados en cada materia.

El acceso a la información, en este sentido, resulta fundamental para poder alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible. Y para ello, los colectivos específicos involucrados en cada política pública deben poder recibir, buscar y difundir información que está en manos del Estado. El OSD 16 (indicador 10, meta 2) se ocupa específicamente de ello.

Así, en atención a este objetivo –que establece la promoción de “sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible”, entre los que se encuentran indicadores de implementación de leyes de acceso a la información pública–, la Argentina sancionó la Ley N° 27.275 y creó la Agencia de Acceso a la Información Pública, como ya dijimos.

Reafirmando la importancia del acceso a la información para la consecución de los

¹⁹ <http://www.odsargentina.gob.ar>

objetivos de desarrollo sostenible, la comisionada del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), Blanca Lilia Ibarra Cadena, sostuvo recientemente en el Foro Político de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en Nueva York:

En la medida en que se garantice un ejercicio pleno del derecho de acceso a la información y se fortalezca la capacidad ciudadana de retroalimentación e intervención en los procesos de toma de decisión, se fortalecerá cualquier sistema de gobierno y se establecerán mejores condiciones para cumplir a cabalidad las metas establecidas en el ODS 16 de construir paz, justicia e instituciones sólidas.²⁰

En relación con la niñez, el ODS 4 establece que los Estados deben “garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad, y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”.²¹ Mientras que el ODS 5 se enfoca en las niñas, comprometiéndose a los Estados parte a “lograr la igualdad de géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas”.²²

Poder alcanzar una educación de calidad para todos los niños, niñas y adolescentes significa incrementar su calidad de vida presente y asegurarle una mejora en el futuro. Asimismo, si se garantiza la igualdad entre los géneros y se facilita a las mujeres y niñas igualdad en el acceso a la educación, atención médica, un trabajo decente y representación en los procesos de adopción de decisiones políticas y económicas, se beneficiará a las sociedades y a la humanidad en su conjunto. Y ello se logra con políticas públicas desde el Estado que vayan en dirección de poder lograr esos objetivos.

UNICEF, agencia que custodia los objetivos relacionados con la niñez, reconoce el compromiso asumido por los Estados firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de la adopción de “las medidas necesarias para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de niños y adolescentes”. En su estudio sobre el “Seguimiento de la Inversión Social en Niñez en Base a los ODS”²³ en la Argentina, UNICEF sostiene que el presupuesto nacional con enfoque en la

²⁰ <http://inicio.ifai.org.mx/Comunicados/Comunicado%20INAI-254-19.pdf>

²¹ <http://www.odsargentina.gob.ar/Los17objetivos>

²² *Ibidem*.

²³ UNICEF y Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, *Seguimiento de la Inversión Social en Niñez en Base a los ODS*, 2018. Disponible en http://www.odsargentina.gob.ar/public/documentos/seccion_publicaciones/otrosdocumentos/seguimiento_unicef.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

niñez y adolescencia “están dirigido en mayor medida (en términos de cantidad de programas) a avanzar en materia de salud (ODS 3) y educación (ODS 4) como objetivos principales”, y que los 17 ODS constituyen un marco referencial y un instrumento para la toma de decisiones de los gobiernos hasta 2030, que “... exigen una adecuación de las estructuras institucionales y de sus diseños programáticos”.

Ahora bien, como dijimos, la mejor implementación de esas políticas públicas se logra involucrando a sus beneficiarios tanto en la formulación como en la aplicación efectiva de planes y proyectos.

El ODS 10 (indicador 2) establece que los Estados deben “potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición”. Quiere decir que la participación en la vida pública de los niños, niñas y adolescentes ya forma parte de las políticas globales de mejora de las sociedades modernas.

Los informes de avance sobre los objetivos referidos a la niñez, adolescencia y juventud arriban a un diagnóstico común: los niños, niñas y adolescentes –como también la juventud– tienen escasa participación en la formulación, discusión y decisión de políticas enfocadas a su grupo. Los expertos sostienen que aún se necesita construir espacios y mecanismos que permitan la participación e involucramiento con las tomas de decisión del Estado sobre los programas destinados al colectivo.

Y los medios de comunicación –vamos a incluir las redes sociales como parte de este grupo–, al ser la fuente principal de consumo cultural de los niños, niñas y adolescentes, cumplen un rol fundamental para instalar temas que luego se pueden transmitir y complementar a través de las redes sociales y amplificar mensajes que ayuden al involucramiento y desarrollo de la niñez.

Un estudio²⁴ sobre el posicionamiento de los ODS en la población joven (15 a 24 años) realizado por el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales reveló que tanto adolescentes como jóvenes se involucran en situaciones y problemas concretos, abrazando diferentes causas, y se manifiestan a través de las redes

24 UNICEF y Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, *Informe de Investigación. Posicionamiento de los Objetivo de Desarrollo Sostenible en la población joven (15 a 24 años)*, 2018. Disponible en http://www.odsargentina.gob.ar/public/documentos/seccion_publicaciones/un_desafio_para_los_jovenes.pdf [fecha de consulta: 15 de agosto de 2019].

personales potenciadas por las redes sociales, que hoy son medios de difusión de alta efectividad para comunicarse con sus pares.

También, las piezas publicitarias sobre diferentes temáticas, que puedan divulgarse por las redes sociales, son otro modo de difusión altamente utilizado por los adolescentes y jóvenes.

Es por ello que el artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño es tan importante para la consecución de objetivos globales de mejora de la vida del colectivo niñez, como también resulta necesario mirar los nuevos formatos digitales de consumo de comunicación e información que los niños, niñas y adolescentes utilizan tan asiduamente para poder adaptar los mensajes a las nuevas tecnologías.

7. A modo de conclusión

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos. Como tales, deben contar con herramientas para poder ejercerlos y el Estado tiene la obligación de garantizar ese ejercicio.

Para ello, a nivel internacional, los países se comprometieron en diferentes momentos a diseñar mecanismos para que ocurra.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue pionera en materia de reconocimiento de derechos. Tanto es así, que garantiza el derecho de acceso a la información y a la libertad de expresión mucho antes que otros tratados internacionales –como por ejemplo los vinculados a la lucha contra la corrupción– y que el reconocimiento constitucional y legal en nuestro país.

La Convención entiende, de este modo, que el ejercicio de derechos por parte de niños, niñas y adolescentes requiere información pública disponible y accesible.

El reconocimiento constitucional y normativo garantiza que las personas puedan pedirle información al Estado y este deba dársela, además de obligar a publicar alguna de ella de manera proactiva. Esto no quiere decir que, sin obligación, los organismos públicos no pusieran a disposición de la ciudadanía la información que estos organismos creyeran que debían entregar.

Con el avance normativo, cambia este paradigma. Ya no depende de lo que el Estado considere, sino que debe brindar lo que se solicite sin necesidad de que quien lo haga explique para qué o por qué lo requiere.

En nuestro país, aún es breve el lapso transcurrido entre la sanción normativa y el diseño y puesta en práctica de la herramienta que permite el ejercicio de derecho; esto es, saber cómo, dónde, cuándo y de qué formas puedo acceder a información en manos del Estado para hacer uso de otros derechos.

Por ello, resulta necesario que se ejercite mucho más el derecho; que la ciudadanía, y sobre todo el colectivo niñez, pueda hacer uso de la herramienta y realizar solicitudes, peticionar, “buscar y recibir” información en manos del Estado –tal como lo sostiene, entre otros tratados, la Convención sobre los Derechos del Niño– para garantizar sus derechos de forma plena.

De ese modo, no solo estarán más fortalecidas nuestra democracia y nuestras instituciones republicanas a partir de una mayor rendición de cuentas, sino que se podrán tomar decisiones, incidir en políticas públicas y mejorar la implementación de programas específicos para los niños, niñas y adolescentes que mejorarán, también, su calidad de vida.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 18

Rol del Estado argentino como garante en el ejercicio efectivo de la coparentalidad

Nadia Anahí Tordi¹

¹ Abogada UNCuyo. Mediadora. Magíster en Magistratura y Gestión Judicial. Docente Universitaria UChampagnat y UNCuyo. Asesora de NNyA y Personas con discapacidad en la Tercera Circunscripción Judicial, provincia de Mendoza.

ARTÍCULO 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

1. Introducción

En homenaje a la celebración del 30º aniversario de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), reconocido instrumento jurídico internacional que ha marcado un antes y un después en la concepción de las infancias y adolescencias, al construir una nueva legalidad e institucionalidad para estas personas a nivel mundial,² asumo el desafío de analizar la vigencia de los principios consagrados del artículo 18 en nuestro ordenamiento normativo.

En la norma que aquí se comentará, se internaliza el derecho de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNYA) a vivir en su familia con el correlativo principio de coparentalidad de los progenitores en su crianza y desarrollo; se marca al interés superior como hilo conductor que transversaliza todos los derechos y se potencia del rol del Estado como garante de las políticas públicas de las infancias.

El derecho de NNYA a vivir en su familia de origen y su correlativo derecho/deber de ejercer la coparentalidad encuentran sustento en varias normas de la CDN; así, en su Preámbulo se reconoce el derecho de todo NNYA a alcanzar un “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores “en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. A su vez, el artículo 7 subraya el derecho del niño “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El artículo 9, en su primer inciso, dispone que

... los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

También en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, artículo 16) se obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

Como es sabido, a nivel nacional la norma que concretó los derechos proclamados por la CDN fue la Ley N° 26.061 de “Protección integral de Derechos de Niños, Niñas

² Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas y Niños y Adolescentes* (Comentada, Anotada y Concordada), Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 14.

y Adolescentes”.³ En ella se remarcó la importancia del derecho del NNyA a vivir y ser criado por sus padres, en varios artículos; así, en el artículo 7 se proclama:

La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

También en el artículo 4 se destaca el rol de las políticas públicas de la niñez y la adolescencia, siendo una de sus premisas el fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de NNyA. El artículo 11 regula que los niños tienen derecho “al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares”, estableciendo que los organismos del Estado deben facilitar el “encuentro o reencuentro familiar”. Es que a los hijos les asiste el derecho de “crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieran separados o divorciados”. El artículo 35 regula lo pertinente a las medidas de protección integral de derechos, que se orientarán a “la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes”. El artículo 65, inciso b, relativo a las obligaciones de las organizaciones no gubernamentales, impone que será su deber “respetar y preservar los vínculos familiares o de crianza de las niñas, niños y adolescentes”.

Se advierte la preocupación por el legislador de reiterar en varias oportunidades que todo NNyA tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia origen; derecho que el Estado, en sus tres poderes, no solo debe respetar, sino también implementar acciones positivas a través de políticas públicas, leyes y sentencias, como asimismo garantizar el efectivo ejercicio de la coparentalidad de los progenitores.

³ Esta ley fue celebrada por la doctrina. Ver: Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, en ADLA, 2005-E-5809 (referencia: AR/DOC/3384/2005); Lucero, María Victoria, *Infancia y Derechos: radiografía crítica de la Ley N° 26061. Escenarios provinciales, normativos, institucionales y jurisprudenciales*, CABA, Fundación Sur Argentina, Eudeba, 1 ed., 2013; García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Fundación Sur Argentina, Editores del Puerto, 2° ed., 2008. También recibió críticas por Belluscio, Augusto C., “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, en La Ley, 2006-B-701; Basset, Úrsula C., “Sobre las medidas de protección en la ley 26.061. Una mirada desde otra perspectiva”, en La Ley, 30 de abril de 2008. Disponible en LL online (referencia: AR/DOC/1026/2008).

En el presente trabajo se analizará, en primer lugar, el rol que cumple el Estado como garante de las políticas públicas que hagan al efectivo derecho de los NNyA a vivir en su familia de origen, y en segundo término, cómo ha sido previsto en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) el ejercicio del derecho a la coparentalidad.

2. El rol Estado como garante de las políticas públicas que aseguren el derecho de los NNyA a vivir en su familia de origen

La CDN y la consiguiente Ley N° 26.061 no solo fueron instrumentos sobre declaraciones de derechos humanos, sino que, además, representaron un cambio de paradigma en el abordaje de las instituciones que trabajan con derechos de las infancias y juventudes. Ambas incitaron a redefinir las responsabilidades y funciones que deben asumir el Estado –en sus tres poderes–, la familia y el derecho en la aplicación de la Doctrina de la Protección Integral.

La propuesta de la Ley N° 26.061 fue dar protagonismo al Poder Ejecutivo y colocar al Poder Judicial en una función subsidiaria, garante de derechos, como es contralor de la legalidad de medidas adoptadas por el órgano administrativo local.⁴ También se estableció como principio que la pobreza no es causa para separar a un NNyA de su familia, sino que el Estado debe planear estrategias de intervención desde lo social y lo económico para apoyar el derecho de los NNyA a vivir en su familia de origen. Se potenció el principio del interés superior del niño y su capacidad progresiva, como también la posibilidad de contar con un abogado.

Con la sanción de la ley se han ido modificando las diferentes estructuras del Poder Ejecutivo a nivel nacional y provincial. Así, en el ámbito nacional ya se encuentran en funcionamiento todos los organismos previstos en la Ley N° 26.061, como la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (COFENAF) y recientemente la Defensoría de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Desde el ámbito provincial, se ha recorrido un arduo camino en el proceso de adecuación legislativa; se han dictado leyes reestructurando los sistemas de intervención estatal sobre protección de derechos de la infancia, siendo Mendoza

⁴ Entiendo que el objetivo de esta función es garantizar que, si un poder del Estado (Ejecutivo) cercena la libertad de una persona, para que no sea una medida ilegal debe pasar el tamiz del respeto de las garantías constitucionales, función desplegada por el Poder Judicial.

una de las últimas provincias en ajustar su normativa, con la sanción de la Ley N° 9.139 (2018) de Protección integral de derechos de NNyA.⁵

En el Poder Judicial, se advierte una modificación sustancial en la interpretación y aplicación del derecho, que fue acompañada con la sanción del CCyC. A modo de ejemplo, recientemente la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata⁶ ordenó en un proceso por adopción el inmediato reintegro de los niños a su progenitora biológica. Sostuvo que, de las pruebas aportadas, surgía que no se había constatado fehacientemente la situación de abandono expuesta por los efectores públicos, como tampoco se valoró la opinión de los niños en función de su edad y grado de madurez, lo que configuró una vulneración a su derecho a vivir en su familia de origen. En el fallo los jueces destacaron que, conforme la Doctrina de la Protección Integral de Derecho, la intervención estatal no debe consistir en una injerencia sustitutiva de la familia de origen, sino en acompañamiento y asistencia a fin de que la familia biológica pueda asumir adecuadamente y en igualdad de condiciones su responsabilidad en el cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Se remarcó que la ausencia de recursos materiales –ya sea circunstancial, transitoria o permanente– no puede constituir causa exclusiva para la separación familiar del niño ni su institucionalización.

Otro caso que merece ser destacado fue resuelto por la Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil de La Plata,⁷ que autorizó a la progenitora biológica –quien tenía una sentencia de restricción a su capacidad jurídica– a comunicarse con sus hijos, cuya sentencia de declaración de situación de adoptabilidad estaba firme y en proceso de guarda preadoptiva e instaba a los equipos a apoyarla a reformular su rol, en beneficio de los niños. Se fundamentó en la CDN y en los lineamientos fijados por la Ley N° 26.061.

Sin embargo, en el último informe de UNICEF *Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina*⁸ se advierte la heterogeneidad en la adopción de

5 Entre las primeras leyes sancionadas se encuentran: la Ley N° 114 CABA (1998); la Ley N° 13.341 Santa Fe (2012); la Ley N° 13.645 Buenos Aires (2007); la Ley N° 9.944 Córdoba (2011); la Ley N° 6.930 Santiago de Estero (2008); la Ley N° 5.288 Jujuy (2001); la Ley N° 8.293 Tucumán (2010); la Ley N° 5.357 Catamarca (2012); la Ley N° 3.820 Misiones (2001); las Leyes N° 7.338 y 7.511 San Juan (2003); las Leyes N° 5.430, 5.400 y 5.573 San Luis (2004); la Ley N° 7.462 La Rioja (2002); la Ley N° 4.109 Río Negro (2006); la Ley N° 521 Tierra del Fuego (2001); la Ley N° 7.172 Chaco (2012); la Ley N° 3.062 Santa Cruz (2009); la Ley N° 9.861 Entre Ríos (2008). Algunas solo adhirieron a la ley nacional y otras organizaron el sistema.

6 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "J. T. M. y J. B. s/ Adopción. Acciones vinculadas. Declaración de adoptabilidad - Expedientillo Art. 250 CPCCBA y acum.", 11 de octubre de 2018. Disponible en LL *online* (referencia: AR/JUR/56882/2018).

7 Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I, "F. J. M. y Otro/a s/ abrigo", 9 de mayo de 2019. Disponible en LL *online* (referencia: AR/JUR/13160/2019).

8 Disponible en <https://www.unicef.org/argentina/informes/estado-de-la-situación-de-la-niñez-y-la-adolescencia-en-argentina> [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

un compromiso legal explícito de protección integral y que hay divergencias en la interpretación de las responsabilidades,⁹ las obligaciones y las atribuciones de los poderes públicos en relación con el tratamiento de la infancia. Allí se concluye que el diferendo entre niveles de gobierno, jueces, legisladores y funcionarios del Ejecutivo y entre sectores de la burocracia hace difícil recoger información confiable sobre la situación de los colectivos más vulnerables, para proyectar políticas de prevención efectivas y adoptar protocolos de intervención adecuados a la CDN.

En suma, en buena hora la CDN y la Ley N° 26.061 cambiaron las reglas del juego.¹⁰ Si bien ya tenemos un camino trazado con una legislación sólida, con instituciones que están funcionando, se debe profundizar el compromiso de los tres poderes del Estado, para lograr que todos los principios y derechos consagrados en las normas y promulgados por la ley se concreten en la efectiva satisfacción del derecho humano de todo NNyA a vivir en su familia de origen.

3. El ejercicio de la coparentalidad y la tarea de protagonizar ambos progenitores como derecho del NNyA

La norma en comentario también marcó una influencia muy sólida en la regulación prevista por el CCyC con relación con la responsabilidad parental, ya que en ella se acentúa que ambos progenitores tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de los hijos. Se estableció el principio de la coparentalidad, protagonizando el derecho humano de NNyA a tener presente en su vida a ambos padres a pesar de que no convivan, y se dejó de lado cualquier preferencia o discriminación relacionada con el sexo o la orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.¹¹

La noción de coparentalidad responde a un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto

⁹ Una política pública que merece ser destacada fue la Asignación Universal por Hijo para la Protección Social (AUH) (Decreto N° 1.602/2009) como un subsistema no contributivo dentro del régimen de las asignaciones familiares, destinada a NNyA con padres desempleados, en la economía informal o sin otros mecanismos de protección social (para ampliar, ver Polakiewicz, Marta, "Derechos económicos, sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes. Políticas públicas. Enfoque de los derechos humanos", en Grosman, Cecilia (dir.) y Videtta, Carolina (coord.), *Los derechos personalismos de niñas, niños y adolescentes. En especial a la salud y al cuidado de su propio cuerpo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1° ed. revisada, 2019, p. 435.

¹⁰ Herrera, Marisa, "¿20 Años no es nada? Algunas reflexiones críticas y necesarias acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño", en La Ley, 20 de noviembre de 2009. Disponible en LL *online* (referencia: AR/DOC/4174/2009).

¹¹ Para ampliar, ver Corte IDH, "Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile", 24 de febrero de 2012.

recíproco.¹² Se ha dicho que las normas que regulan la responsabilidad parental en el CCyC son una de las novedades más importantes, ya que implican un cambio de las reglas de juego cuando los padres no conviven y ponen en valor la responsabilidad de ambos, en la que subyace el deber de orientar al hijo hacia la autonomía.¹³

Importa una dinámica vincular entre los padres y sus hijos que persigue mantener las responsabilidades parentales en cabeza de ambos adultos. Aunque se separen, las funciones que cada uno desempeñaba durante la convivencia deben quedar a resguardo de la crisis. Se trata de que la ruptura de los adultos tenga la menor incidencia posible en la vida de los hijos.¹⁴

Mizrahi sostiene que los padres respecto de los hijos solo tienen deberes (esto es, el ejercicio de una función con responsabilidad), que está a cargo de estos para evitar la formación de seres impersonales y carentes de historia. Subsidiariamente, los deberes son de la sociedad, que debe ejercer un control activo y una actuación inmediata si las circunstancias lo exigen, por estar en juego nada menos que el destino próximo de la humanidad.¹⁵

Con todo, el CCyC define la responsabilidad parental como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado” (artículo 638). Se regulan, expresamente, los principios que van a regir su funcionamiento, asignándoles el valor de pautas interpretativas en caso de duda o conflicto en la aplicación de las normas. Así, en el artículo 639 del CCyC se establece que la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: (a) el interés superior del niño; (b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y (c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.¹⁶

12 Fernández, Silvia, Herrera, Marisa y Molina de Juan, Mariel, “Responsabilidad parental”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, Tomo V-B, p. 374.

13 Molina de Juan, Mariel, “Coparentalidad y cuidado personal compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria”, en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 72, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 109.

14 Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel, “Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir”, en *La Ley*, 9 de octubre de 2015. Disponible en LL *online* (referencia: AR/DOC/2970/2015).

15 Mizrahi, Mauricio Luis, *Responsabilidad parental*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpr., 2016, p. 243.

16 Estos principios mantienen eficacia y, más aún, la refuerzan, cuando se produce la ruptura de la pareja parental, pues este es frecuentemente el escenario donde la individualidad subjetiva del hijo se oscurece ante la imposibilidad de los padres de diseñar pautas de ejercicio que no olviden la

Al seguir los lineamientos de la CDN, el artículo 640 del CCyC incorpora como figuras derivadas de la responsabilidad parental: (a) la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental; (b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; y (c) la guarda otorgada por el juez a un tercero. Cuando se refiere a la titularidad de la responsabilidad parental, es al conjunto de deberes y derechos que la norma coloca en cabeza de los progenitores, ambos, salvo los supuestos de extinción o privación (artículos 699 y 700 CCyC), convivan o no, sean matrimonio o no.¹⁷ Ahora bien, esta titularidad puede estar acompañada o no del ejercicio de la responsabilidad parental, que supone el actuar concretamente, o sea, la puesta en práctica de aquellos deberes y funciones. De ahí se desprende que la titularidad podría presentarse bajo dos modalidades: una es la de estar acompañada del ejercicio actual de la responsabilidad parental y otra, por carecer de este último, ya que solo tendrán facultades potenciales.¹⁸

En tanto, se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores, referidos a la vida cotidiana del hijo. Tanta preocupación se advierte en el legislador en querer cambiar el antiguo sistema que otorgaba a un progenitor “la tenencia y al otro el régimen de visitas”, que estableció como principio que el ejercicio y cuidado personal deben ser asumidos por ambos, como regla general, y solo excepcionalmente por uno de los progenitores, en caso de acuerdo o cuando el interés superior del NNyA lo determine.

Así, el cuidado personal, puede ser unilateral o compartido. El cuidado personal compartido puede implementarse mediante dos modalidades: (i) En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de sus padres, según la organización y posibilidades de la familia. (ii) En el indistinto, reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos asumen en conjunto las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado (artículo 650 CCyC).

Otra pauta que fija el CCyC, en garantía del derecho-deber de ejercer la coparentalidad, es que, en caso de no haber acuerdo, el juez debe decidir priorizando la

condición de sujeto del hijo y su derecho constitucional a mantener trato regular y frecuente con ambos padres. Por eso el CCyC, en una función claramente educativa y asimismo preventiva de eventuales daños (conc. art. 1710), establece la preferencia del cuidado personal compartido (artículos 649, 651), el derecho-deber de comunicación “fluida” y la concreta participación del hijo en el diseño de la conformación familiar futura a partir de la separación y el modo en que se desarrollará la comunicación, a través de lo que el CCyC llama “plan de parentalidad”, que debe tener especialmente en cuenta la opinión del hijo. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación (artículo 655). Ver Fernández, Silvia E., “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial. ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, en *La Ley, Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, 20 de mayo de 2015, p. 181.

17 Ver comentario de los artículos 638 a 704 por Pellegrini, María Victoria, en Herrera, Marisa, Carmelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 483.

18 Mizrahi, Mauricio L., *op. cit.*, p. 369.

modalidad compartida indistinta (artículo 656). Como excepción, puede disponerse el cuidado unilateral del hijo, tanto si el ejercicio es compartido (la regla) como unilateral. También, y apelando a una marcada mirada de género, al momento de decidir el juez ya no puede considerar la derogada preferencia materna, sea cual fuere la edad del NNYA; principio que está establecido expresamente en el artículo 656 del CCyC, que prevé:

Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente, no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.¹⁹

Por lo que el parámetro a valorar es en especial la actitud del progenitor conviviente para mantener y garantizar el contacto, vínculo y comunicación con el otro.

Expresamente, el CCyC regula la figura de las guardas, con lo que se salda una deuda con la realidad de muchos NNYA que, por diversas razones, no podían estar bajo la responsabilidad de sus progenitores y eran cuidados temporalmente por miembros de su familia ampliada o referentes de la comunidad. También ingresó con fuerza el concepto de socioafectividad; ambas figuras encuentran su razón de ser en la existencia de algunas situaciones actuales²⁰ (y otras no tanto) que precisaban una forma de estructurar un sistema o régimen particular para la protección de NNYA que ya venía teniendo recepción pretoriana pero que requería una reformulación más uniforme para todo el país.

Dentro de las figuras legales derivadas de la responsabilidad parental, la guarda otorgada por el juez a un tercero se presenta en dos modalidades: (i) delegación

19 Se advierte que el compromiso del Estado en garantizar el derecho humano a la coparentalidad no se limita al funcionamiento de la responsabilidad parental dentro del sistema judicial, sino que trasciende a otras instituciones. Por ejemplo, en un caso, se hizo lugar a una medida cautelar autosatisfactiva contra GCBA, que había negado la licencia por maternidad a una madre no gestante. En la resolución se dijo que la licencia por maternidad no tiene en miras si la mujer a la cual se le otorga resulta ser la madre gestante o no, sino el interés superior del niño o niña y su derecho a poder disfrutar de la familia los primeros meses de vida, sin importar si los une o no un vínculo biológico. La licencia por maternidad no se vincula solamente a la gestación, y –además– debe ser interpretada armónicamente con los nuevos derechos de parentalidad, que no distinguen el género ya que el matrimonio igualitario fue reconocido por la Ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618 y por el artículo 402 del CCyC (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “N., G. N. c. GCBA s/ Medida cautelar autónoma”, 1 de octubre de 2018).

20 Antes de la entrada en vigor del CCyC se hablaba de las “guardas propias del acogimiento familiar” o “complementarias”, que se utilizaban para resguardar los derechos de los niños al incorporarlos transitoriamente a una familia diferente de la de origen, pero funcionaba complementando y sustituyendo temporariamente a esta; no entrañaba la representación legal de la persona sujeta a ella, se integraba en esta institución la variante de la guarda denominada de tránsito, que también incorporaba los niños por un tiempo determinado en una familia distinta de la original, más no para complementar la sino como una antesala de la guarda pre adoptiva (ver Carranza Casares, Carlos A., “La guarda como institución civil con soporte constitucional”, en *La Ley*, 2003 - F, 106).

del ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 643 del CCyC) y (ii) guarda a un pariente (art. 657 del CCyC).

3.1. Guarda por delegación de la responsabilidad parental

El artículo 643 del CCyC, que establece la posibilidad de que los progenitores deleguen el ejercicio de su responsabilidad parental, dispone:

En interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo necesariamente oírse al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que tiene un solo vínculo filial establecido.

Hemos analizado esta figura en profundidad en otros trabajos y concluimos que se trata de un proceso de naturaleza voluntaria en el que el juez no ejerce función jurisdiccional, ya que se limita a constatar una situación y declara su existencia. Se prevé expresamente que el ejercicio de la responsabilidad parental solo puede ser delegado a un pariente,²¹ y que para su procedencia es ineludible oír al niño, independientemente de su edad; su palabra resulta de vital importancia para comprender la necesidad y viabilidad de la delegación. Se establece que debe ser por un plazo de un año, pudiendo renovarse por igual período, con intervención de las partes, y para ello se deberá ordenar la celebración de una nueva audiencia a fin de analizar los motivos que impiden a los progenitores asumir el ejercicio de su responsabilidad parental. La guarda al progenitor afín (artículo 674 CCyC) es

²¹ La ley no contempla la posibilidad de que la delegación sea en un tercero no pariente vinculado a los padres y al niño en una relación afectiva, como puede ser la madrina, padrino, amigos de la familia, etc. Esta restricción no estaba contemplada en el proyecto de reforma originario, que sí preveía la delegación a un tercero; sin embargo, cuando se compatibilizó la norma con la prohibición de entrega directa para la adopción del artículo 611 del CCyC, se limitó esa posibilidad para evitar la posterior invocación de situaciones de hecho consolidadas. Sin embargo, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil fue debatido en forma sistémica el escenario legal de los artículos 643 y 657, en concordancia con el artículo 611 del CCyC, y se concluyó por unanimidad de *lege lata* que "se debe entender que los arts. 643 y 657 no se circunscriben a los parientes sino también a terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad". En tanto, de *lege ferenda* se postuló que "se debe modificar los arts. 643 y 657 a los fines de extender los supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a los terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad" (para ampliar, ver Tordi, Nadia A., Díaz, Rodolfo G. y Neirotti, Carlos E., "Figuras derivadas de la responsabilidad parental: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero", en *La Ley*. Disponible en LL *online* (referencia: AP/DOC/248/2017).

una subespecie dentro de esta figura con matices propios cuyo análisis excede el marco de este trabajo.

3.2. Guarda por decisión judicial

El artículo 657 del CCyC prevé la guarda otorgada por el juez a un tercero, en estos términos:

En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

La norma funciona como conexión entre el sistema de protección de derechos y el ordenamiento "civil" de las relaciones familiares, ya que, frente a los supuestos de vulneración o amenaza de derechos por dificultades que los progenitores demuestren para desenvolver un eficaz ejercicio de la responsabilidad parental, corresponde la intervención de los servicios administrativos de protección de derechos.

Por ello, el artículo 657 del CCyC se aplica en consonancia con la Ley N° 26.061 y así surge de los fundamentos del Anteproyecto, pues se está frente al caso de una medida excepcional como la mencionada en el artículo 39 de dicha ley. En virtud de la medida, el NNyA deja de convivir con su grupo familiar primario, debiendo aplicarse, en principio, los lineamientos de los artículos 33 a 38, que prevén la adopción de medidas de protección por parte de los órganos administrativos, sin que ello obste a que esta guarda judicial sea solicitada directamente al juez por un pariente o por el Ministerio Público.

Por lo que dicha guarda puede:

- ser el resultado de una medida excepcional en la que el órgano encargado del sistema de protección de derechos considera que es mejor para el NNyA, luego del respectivo abordaje, no convivir temporariamente con sus padres y sí con un pariente (guarda como medida excepcional);

- presentarse como una alternativa frente al cese de medida excepcional, por la que el niño deja de vivir en un hogar o institución de protección de derechos para insertarse en un grupo familiar que no es su grupo primario, pero forma parte de su red familiar o comunitaria (guarda por cese de medida excepcional);
- ser una guarda otorgada judicialmente como consecuencia de un trámite contencioso en la que un tercero –pariente– y/o Ministerio Público accionan ante el juez solicitando el cuidado personal del niño, por considerar que sus progenitores no están en condiciones de desplegar las acciones en beneficio de sus necesidades.

Con la regulación de las guardas y la consagración del principio de coparentalidad en las normas relacionadas con la responsabilidad parental, se advierte que el CCyC ha concretado el cambio de paradigma abriéndose un abanico de opciones, para brindar soluciones a numerosas situaciones, siempre teniendo como norte el derecho humano del NNyA a vivir en su familia de origen.

4. Conclusiones

La CDN y la Ley N° 26.061 implicaron una necesaria reestructuración de las instituciones sociales, familiares y estatales; como se dijo, cambiaron las reglas del juego, marcaron un camino sobre la base de la Doctrina de los Derechos Humanos y de la concepción de los NNyA como sujetos de derechos. Ambas influyeron en la regulación de la responsabilidad parental y sus figuras derivadas en el CCyC.

Hoy celebramos 30 de una nueva institucionalidad; sin embargo, falta un camino por recorrer, en el que se debe profundizar el compromiso de los tres poderes del Estado para lograr que todos los principios y derechos consagrados en las normas y promulgados por la ley se concreten en la efectiva satisfacción del derecho humano de todo NNyA a vivir en su familia de origen y de tener presente en su vida a sus progenitores.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 19

Protección contra el maltrato y abuso

Norberto Garrote¹

¹ Médico Neurólogo y Psiquiatra Infantojuvenil. Ex Jefe de la Unidad de Violencia Familiar del Hospital General de Niños Dr. Pedro de Elizalde. Ex Director del Hospital General de Niños Dr. Pedro de Elizalde.

ARTÍCULO 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Celebrar los 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño invita a realizar un repaso reflexivo de la situación de la niñez en el siglo XX y los acontecimientos en nuestro medio vinculados con la necesidad de contemplar sus derechos en ese lapso y hasta nuestros días.

Pero antes de entrar en ese camino, se hace necesario tener presente, como manifiesta L. Demause, que

... la historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar hace muy poco. Cuanto más se retrocede en el pasado, más bajo es el nivel de la puericultura y más expuestos están los niños a la muerte violenta, el abandono, los golpes, el terror y los abusos sexuales.²

Recién en el siglo XVIII, J. Rousseau marca un hito en relación con el concepto y la trascendencia del niño, cuando en *Emilio, o De la educación* dice:

Buscan al hombre en el niño, prescindiendo de lo que es antes de llegar a ser un hombre. La naturaleza quiere que el niño sea niño antes de ser hombre. Si queremos desvirtuar ese orden produciremos frutos prematuros, sin madurez, sin sabor y pronto decaerán ciertamente. La infancia es una manera sustantiva y peculiar de ser, de percibir y pensar.³

Concomitantemente, la revolución industrial representa un cambio con respecto a los derechos del hombre, vinculados por el valor de la mano de obra en el engraje productivo, más que por el que merecía como sujeto biopsicosocial.

Luego, por añadidura, aparece la figura del niño y su potencial desarrollo futuro a la hora de su protección y cuidado.

No obstante, en el devenir histórico el niño ha sido funcional a los avatares sociopolíticos y económicos que le fueron otorgando un lugar y valor en la sociedad.

A poco de iniciarse el siglo XX, y luego de la finalización de la Primera Guerra Mundial, los aliados mantuvieron el bloqueo de los derrotados con la finalidad de lograr la firma de un tratado de paz. Lamentablemente, las consecuencias de esa determinación colocaron a la población infantil en situación crítica por el hambre y la falta de recursos básicos.

² Demause, Lloyd, "The evolution of childhood" (Chapter 1), en *History of Childhood Quarterly: The Journal of Psychohistory*, Nueva York, The Psychohistory Press, 1974. Disponible en www.psychohistory.com [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2019].

³ Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio, o De la educación*, Libro II, Buenos Aires, Edaf, 1985.

Es así como, en abril de 1919, Eglantyne Jebb crea Save the Children para cubrir, por medio de la solidaridad, el aporte de leche a los niños de Viena afectados por la guerra, que luego se extendería a la población infantil de otras ciudades europeas.

Con ese mismo espíritu solidario y, atendiendo a los derechos de la niñez, Jebb participa de manera activa en la confección de lo que luego se denominará la Declaración de Ginebra, firmada el 28 de febrero de 1924 por la Sociedad de Naciones. En dicho documento se pone el acento en los derechos atinentes a la niñez consagrados a principio del siglo XX.

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.

1. El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida, y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado en el sentimiento de que tendrá que poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos.⁴

Al mismo tiempo, a principios del siglo XX, se producía un movimiento migratorio importante proveniente de Europa, protagonizado por individuos que pretendían tomar distancia de la guerra, intentando encontrar un lugar seguro y promisorio en estas tierras de América. El puerto de Buenos Aires era un destino muy buscado y la ciudad comenzó a crecer como consecuencia de ese fenómeno y de manera desorganizada. Así es que había familias con pocos recursos que no enviaban a sus hijos a recibir la educación formal, y en algunos casos, los niños y adolescentes permanecían en las calles de la ciudad, fuera del sistema educativo, vendiendo diarios o desempeñándose como lustrabotas para obtener el recurso dinerario;

⁴ Bofill, April y Cots, Jordi, "La Declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia", Comissió de la Infància de Justícia i Pau, Barcelona, 1999.

otros en calidad de vagabundos, y todos considerados por la sociedad como potencialmente peligrosos, ya que concomitantemente se registraba un incremento de la delincuencia.

Así surge la Ley N° 10.903, presentada por el diputado Agote, en la que el Estado asume el Patronato de los niños involucrados, disponiendo de estos como objeto de protección e institucionalizándolos para ofrecerles educación. Mary Bellof supo decir:

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención [sobre los Derechos del Niño] en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como “modelo tutelar” “filantrópico”, de la “situación irregular” o “asistencialista”, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas en cubiertas.⁵

Volviendo al contexto internacional, y superada la Segunda Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

Es menester reconocer que esta declaración era superadora en relación con los puntos contemplados en la Declaración de Ginebra, por lo que se trabajó en un nuevo documento que jerarquizara lo que importa a los niños en particular, concretándose el 20 de noviembre de 1959 la aprobación de la Declaración de los Derechos del Niño en la Asamblea General de las Naciones Unidas y firmada por los 78 países miembros.

Esta consideraba 10 principios:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuados.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.

⁵ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2006, p. 4; citado en Brocca, Marcelo, J. M., *Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, Comentarios a la Ley 13.634*, Buenos Aires, Ediciones Verzetti, 2011, p. 23.

6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Cabe señalar que en la Argentina, luego del advenimiento de la democracia, a partir de 1983 se profundizó el estudio vinculado a los malos tratos recibidos por los niños, en su gran mayoría en el contexto familiar.

Fue la Dra. Diana Goldberg quien, luego de haber hecho estudios vinculados con esta temática en el Hospital Gutiérrez, llegó al Hospital Elizalde (ex Casa Cuna) y propició la conformación de un Comité del Niño Maltratado. Constituido este, comenzó a establecer gestiones puntuales para dar lugar a la aprobación de un Programa de Asistencia Integral a la Infancia y Adolescencia Maltratada. Así es como, en 1988, se crea la Unidad de Violencia Familiar en el Hospital Elizalde, aprobada por la Secretaría de Salud de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, para dar respuesta al programa de referencia.

Inicialmente, la problemática de la violencia familiar, y en particular del maltrato infantil, no estaba difundida en la sociedad, como tampoco en la comunidad médica. El Comité primero y luego la Unidad asistencial se ocuparon de concientizar a los pediatras sobre la necesidad de conceptualizar el maltrato y abuso infantil, y las distintas formas en que pueden presentarse, para luego establecer su detección en los diferentes efectores de salud.

De manera lenta y paulatina se comenzó a trabajar informando a los médicos sobre cuáles eran las características primordiales que tienen los chicos que pasan por estas situaciones particulares y, en la medida en que se fue detectando la posible existencia del maltrato infantil, las derivaciones a la Unidad permitieron un abordaje interdisciplinario.

Con la participación del médico pediatra, psiquiatra, psicólogo, trabajador social y abogado, en un trabajo en equipo, se confirmaba o no la existencia del maltrato y se establecía una propuesta terapéutica.

Lógicamente, confirmar la existencia de un modelo de crianza abusivo y determinar el riesgo en el que se encontraba el niño afectado obligaba al personal de salud a denunciar ante el defensor de menores del Ministerio Público esa situación irregular, a los fines de sostener la protección del sujeto niño.

Es así como, a propósito de la presentación de la situación planteada al defensor de menores, era necesario ilustrarlo sobre las características del maltrato sufrido por el niño en el ámbito de su familia, así como de la necesidad del resguardo que merecía.

Entonces, como todavía hoy, cuesta admitir que la familia no siempre sea el medio contenedor y protector que necesitan los niños para crecer y desarrollarse sanos.

A propósito, decía Cecilia Grosman:

Debemos admitir que, así como la familia es el agente socializador básico, al mismo tiempo y en muchos casos constituye una escuela de la violencia, donde el niño pequeño aprende que las conductas agresivas representan un método eficaz para controlar a las demás personas y para realizar sus propios deseos. Aun cuando la persuasión y la negociación podrían producir iguales o mejores resultados, éste no es el código que muchas familias legan a sus hijos. Así, la transmisión generacional se erige en germen de la violencia en el conjunto social.⁶

Por tal motivo, la responsabilidad de los profesionales de la salud estaba centrada en ofrecer los fundamentos científicos que avalaban la presencia de factores de riesgo en los adultos responsables del niño afectado, que permitieran entender la ocurrencia de conductas abusivas.

En todos los casos, la propuesta que se acercaba desde el servicio asistencial a la justicia se centraba en definir con precisión la situación puntual en la que se encontraba el niño víctima, el cuidado y los tratamientos necesarios para establecer una reparación integral. Asimismo, las características de la familia que produjo los malos tratos, el riesgo existente en ese medio familiar y las medidas de protección y resguardo necesarias para preservar al niño afectado.

Ese intercambio fluido permitió que se actuara en ese momento con los instrumentos legales existentes, solicitando desde los efectores de salud al defensor de menores del Ministerio Público la protección de persona.

⁶ Grosman, Cecilia y Mesterman, Silvia, *Maltrato al Menor*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2° ed., 1998, pp. 24-25.

La ley de Patronato de Menores 10.903 establece que los jueces de la jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital y de la República y los de las provincias o territorios nacionales ante quienes comparezca un menor de dieciocho años, víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de dicho menor si se encuentra material o moralmente abandonado; esta disposición podrá ser por tiempo indeterminado. También puede quedar la víctima con sus padres, tutores o guardadores, bajo la vigilancia del órgano de protección de la minoridad (art. 14 y 15 Ley N° 10.903).⁷

De tal manera, dejábamos en manos del defensor y del Juzgado de Familia que intervinieran, la potestad de tipificar desde el punto de vista legal el hecho denunciado y habilitar o no la participación del juez de menores en el caso.

En medio de ese trabajo interinstitucional de salud con justicia, surge la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989.

Es importante manifestar que los diez principios consagrados en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 no tenían carácter obligatorio para todos los países. Por tal motivo, a partir de 1978, se trabajó en la ONU durante diez años en una propuesta de Polonia sobre una Convención sobre los Derechos del Niño, que se logra aprobar –con un texto consensuado final– el 20 de noviembre de 1989, en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Ha sido firmado por 195 países, excepto EE.UU., que hasta la fecha no lo ha hecho. Todos los gobiernos firmantes deben cumplir obligatoriamente con los 54 artículos del cuerpo normativo y, asimismo, rendir cuenta al Comité de Derechos del Niño.

La Convención contempla al niño como sujeto de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, y pone el acento en las obligaciones y responsabilidades que no solo involucran a los Estados, sino también a los padres, docentes, profesionales de la salud, investigadores, como también a los propios niños.

La Argentina, luego de firmarla, la convierte en Ley N° 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y que en su Preámbulo explicita:

Convencidos 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 la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

⁷ *Ibidem*, p. 121.

Asimismo, agrega: “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Y luego, en el artículo 19, sostiene que

... los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

De este modo, estábamos tratando de contemplar los postulados de la Convención, a través del acercamiento que habíamos comenzado con los referentes de la Justicia de Familia y del Ministerio Público de la Defensa, intentando unificar los criterios respecto del maltrato infantil, su definición, formas de presentación, características familiares, factores de riesgo y necesidad de tratamientos.

Mientras tanto, se avanzaba en el Congreso de la Nación en dar forma a una Ley que permitiera proteger a las víctimas más vulnerables de la violencia familiar. Se concreta, así, el dictado de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, para aplicar en la Capital Federal y territorios federales, promulgada el 28 de diciembre de 1994. Se invita a las provincias a dictar normas de igual naturaleza. La Ley N° 24.417 fue reglamentada por medio del Decreto N° 295/96 del 7 de marzo de 1996.

Dicha Ley establece en su artículo 2:

Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público.

Se consolidaban, de ese modo, las acciones que desarrollábamos en los hospitales públicos y las denuncias que realizábamos en el ámbito de la justicia.

Asimismo, el artículo 3 explicita:

El juez requerirá un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplinas para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia. Las partes podrán solicitar otros informes técnicos.

En el articulado se daba lugar a que el juez de familia adopte medidas cautelares luego de tomar conocimiento de los hechos acaecidos, que podían circunscribirse en:

- a) Ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) Prohibir el acceso del autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio;
- c) Ordenar el reintegro al domicilio, a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor;
- d) Decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos.

El juez establecerá la duración de las medidas dispuestas de acuerdo a los antecedentes de la causa.

El artículo 6 explicita que “la reglamentación de esta ley preverá las medidas conducentes a fin de brindar al imputado y su grupo familiar asistencia médica psicológica gratuita”.

Por tal motivo, Cecilia Grosman sostiene:

La normativa se inscribe en una filosofía de reconocimiento y protección de los derechos humanos de los componentes de la familia y cumple cuatro finalidades esenciales: 1) abre un nuevo camino judicial para que se conozcan los hechos de violencia, es decir, posibilita que los episodios mantenidos en el secreto de lo privado se trasladen al ámbito público; 2) incorpora con mayor fuerza la idea de maltrato familiar como un comportamiento de reprobación social autónoma, al margen de su posibilidad de constituirse en delito; 3) otorga a los afectados el derecho a obtener medidas protectoras destinadas a garantizar derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad psicofísica, y 4) crea un espacio judicial dirigido a impulsar el cambio en la dinámica familiar mediante la asistencia del ofensor o su

familia a programas terapéuticos y educativos.⁸

En ese camino, vinculado a la detección y asistencia de las diferentes modalidades de maltrato infantil, los servicios de salud de los hospitales de niños fueron incrementando la demanda ante las sospechas de los familiares de niños presuntamente afectados.

Asimismo, la justicia, por medio de los juzgados civiles o de los defensores del Ministerio Público, solicitaba respuestas a la hora de realizar diagnósticos relacionados con el maltrato y abuso sexual infantil de niños.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se sanciona en 1996 e incorpora en su estatuto organizativo los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ese marco de referencia es el que habilita a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires a sancionar, en diciembre de 1998, la Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En esta Ley se pone el acento en el interés superior: “Se entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérseles”.

También enfatiza el derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos.

Asimismo,

... créase en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como organismo especializado que tiene a su cargo las funciones que le incumben a la Ciudad en materia de promoción y protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por medio de esta Ley, la Ciudad de Buenos Aires se propone prevenir y detectar tempranamente las situaciones que amenacen o violen los derechos y garantías consagradas en dicho marco normativo.

Lamentablemente, la realidad nos siguió enfrentando con la reiteración de los tratos inapropiados que muchas familias dispensan a sus hijos en el proceso de crianza, ejerciendo violencia en su actuar de formas diversas, inscribiendo experiencias traumáticas que los condicionan a futuro.

⁸ *Ibidem*, p. 143.

Las situaciones abusivas sufridas por niños no solo se desarrollan en familias de bajos recursos, sino también en aquellas más acomodadas desde su ubicación económica y social. Así, se fueron transparentando y saliendo a la luz las conductas abusivas que involucraban, como presuntos victimarios, a personajes con recursos, debido a las derivaciones que realizaba la justicia o por las consultas que se recibían en los servicios públicos destinados al diagnóstico y asistencia del maltrato infantil.

La reacción no tardó en llegar por parte de aquellos que estaban sospechados de ejercer modalidades abusivas con sus hijos y, en septiembre de 2000, llama la atención un artículo publicado en *La Ley*, cuyo título rezaba “El abuso de las denuncias de abuso”.⁹

Era el puntapié inicial para poner en tela de juicio el trabajo que se llevaba adelante en el servicio público de salud, a la hora de realizar diagnósticos vinculados con el abuso sexual infantil. No solo se desacreditaba a los profesionales y los procedimientos diagnósticos, sino que se dejaba en situación de vulnerabilidad y riesgo a los niños víctimas del abuso sexual.

El Estado avanzaba en los derechos atinentes a la infancia por medio de la legislación que los acreditaba y debía garantizar, considerando el interés superior del niño. Por otro lado, el contragolpe o “backlash”, entendido como una reacción violenta de muchas personas frente a un evento, movimiento de manera opuesta al efecto deseado (*Learners Dictionary*), pretendía priorizar los derechos y garantías vinculados con los adultos sospechados de abuso infantil.

Como consecuencia de esta situación, se planteaba

... la necesidad de elaborar un modelo de intervención respetuoso y que no lastime a las víctimas. Uno que tenga en cuenta las principales características y consecuencias del fenómeno, así como la legislación protectora vigente donde la criatura abusada no sea una foja más de un expediente sino el centro y sentido mismo de esas actuaciones. Donde los profesionales de las disciplinas no jurídicas que igualmente les toca intervenir, sean escuchados con atención y respetados en los estrados judiciales.¹⁰

Se imponía que siguieran vigentes las medidas de protección y asistencia que merecen los niños por su condición y el trato apropiado, en las diferentes etapas

9 Cárdenas, Eduardo, “El abuso de las denuncias de abuso”, en *La Ley*, Vol. 2000-D, 15 de septiembre de 2000, p. 1043.

10 Rozanski, Carlos, *Abuso sexual infantil, ¿denunciar o silenciar?*, Buenos Aires, Ediciones B, 2003, pp. 242-243.

del proceso de validación, sin dejar de lado el derecho a la defensa, pero evitando cualquier tipo de revictimización en la intervención.

En ese contexto surge la Ley Nº 25.852 el 4 de diciembre de 2003, promulgada el 6 de marzo de 2004, que establece una modificación al Código Procesal Penal de la Nación al incorporar el artículo 250 bis. Este dice:

Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes;
- b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor;
- c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba;
- d) A pedido de parte, o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente.

En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

De tal manera, se evitaba que el niño afectado fuera interrogado por los hechos que lo tuvieran por víctima en diferentes efectores, ponderándose los dichos y evaluaciones realizadas en la Cámara Gesell dispuesta para tal fin, en las intervenciones judiciales abiertas en cada caso.

Esta modificación resultó sustancial a la hora del resguardo que requiere todo sujeto niño en el proceso diagnóstico, evitando la posibilidad de exponerlo a diversas evaluaciones que resultan revictimizantes por la connotación que tienen para su integridad, requiriéndole referirse una y otra vez a hechos traumáticos y revivirlos, sumado al mensaje de incredulidad que esto conlleva.

De manera lenta y paulatina se iban jalando hitos que les otorgaban a los niños y adolescentes aquellos derechos que ya estaban consagrados en la Convención y que, por diferentes motivaciones, quedaban postergados en virtud de lo que esgrimían los adultos.

En esas condiciones llegamos tres años después, en 2005, a la sanción y promulgación de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo

objeto es la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Se pone el acento en el interés superior, "entendiéndose como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

Se debe respetar

... su condición de sujeto de derecho; a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.

(...) Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

(...) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Establece que las Medidas Excepcionales

... se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

(...) Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

(...) Se deroga por medio de esta Ley la Ley 10.903.

Como podemos apreciar, se fueron consolidando en la normativa vigente los derechos consagrados en la Convención, más todos los contemplados en los Tratados Internacionales ratificados por la Nación argentina y en las leyes que en consecuencia se dicten.

En relación con el artículo 19 de la Convención para el que fui invitado a participar, solo me queda agregar que la Nación ha ido aportando el marco legal para que los niños, niñas y adolescentes gocen de los derechos y garantías vinculados al resguardo y protección de los malos tratos y abusos desplegados en su entorno familiar. No obstante aún, lamentablemente vemos cómo a diario se vulneran esos derechos y en los servicios asistenciales de la salud se presentan niñas, niños y adolescentes víctimas de las acciones u omisiones que comprometen su desarrollo integral.

La deuda pendiente con la infancia debe saldarse con educación y prevención por medio de políticas públicas destinadas a tal fin.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 20 Y 21

Cuidados alternativos y adopción

Alejandro Javier Siderio¹

¹ Juez Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las Personas. Abogado Especialista en Administración de Justicia (UBA/SEJUS). Profesor Adjunto Regular en Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

ARTÍCULO 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

ARTÍCULO 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

1. Introducción

La separación de un niño, niña o adolescente (en adelante, NNA) de su familia es siempre una medida excepcional, que debe ser tomada por el plazo más breve posible si no existe otra alternativa para restablecer sus derechos cuando estos se encuentran vulnerados.

Esta excepcionalidad debe ser evaluada dentro de un plazo razonable y, en caso de no existir la posibilidad de revertir las causas que dieron origen a esta decisión, deberá analizarse buscar distintas alternativas para que el NNA pueda seguir creciendo en otro medio familiar si ello se identifica con su interés superior.

Nos avocaremos a analizar los dos artículos precedentes pero solo con mayor profundidad el inciso a) del art. 21, en virtud de que los incisos siguientes no resultan de aplicación para la República Argentina, conforme la reserva formulada al momento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención), remitiéndonos solo a algunas consideraciones con respecto a la razonabilidad y a la vigencia de los argumentos para mantener dicha posición.

El Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) ha logrado compatibilizar la institución de la adopción en forma coherente con los lineamientos de la Convención.²

En efecto, de la lectura integrada de la Convención surge que la adopción es una institución para *restituir derechos* de NNA; es *supletoria e instrumenta*, para hacer efectivos los derechos del niño, especialmente el de *identidad, centro de vida, salud, educación, desarrollo social, preparación para la vida adulta*; siempre bajo la órbita y *garantías de debido proceso judicial* y repudiando cualquier intento de *contractualismo nacional o internacional*.

Debemos ser cuidadosos al momento de interpretar el alcance de la institución "Adopción", pues no se trata solo de una categoría jurídica; por lo tanto, su oportunidad, conveniencia y alcance desbordan el campo del derecho y convocan al trabajo interdisciplinario para desentrañar el contenido específico de su principio

² La define como "una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" (art. 594). Garantiza que solo es otorgada por sentencia judicial e impone legalmente los principios generales que tanto las autoridades administrativas, judiciales y del Ministerio Público deben contemplar: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años (art. 595).

básico: “interés superior del niño”.

Las intervenciones, disposiciones y jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos pueden resultar ilustrativas y orientadoras para la labor nacional, ya que sus contenidos indican cuáles son los estándares a los que se encuentran sometidos los Estados en virtud de los compromisos internacionales asumidos y la responsabilidad que su incumplimiento o cumplimiento defectuoso conlleva.³

Los límites de una obra colectiva impiden realizar un desarrollo exhaustivo de todas las implicancias que aborda la institución, lo que demandaría seguramente varios tomos. Sí creemos importante remarcar algunas ideas fundamentales.

1.1. La adopción es un derecho de NNA, no de los adultos

El derecho a formar una familia no es igual al derecho del niño a tener una familia. Mientras que para los adultos el deber del Estado es no interferir en el plan de vida y obstaculizar la posibilidad de formar una familia, lo que demanda una actividad positiva del Estado, en virtud del compromiso internacional asumido, es buscar una familia para un niño privado de cuidados parentales; ningún instrumento obliga al Estado a buscar o facilitar hijos para los adultos que no puedan concebirlos.

Ello es importante destacarlo, pues el niño no es un objeto susceptible de producción o apropiación por quienes tienen una “demanda incontenible de dar afecto” –revelador tal vez incluso de la propia falta de idoneidad para entender y acceder a una adopción en condiciones adecuadas–;⁴ de allí que no pueda demandarse la obligación del Estado a facilitar la “producción” o “adquisición contractual” de un hijo.

Destacado ello, sí puede concebirse como un espacio de encuentro donde convergen necesidades distintas.

El Estado debe estar presente como garante del escenario de compatibilidad de

3 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al mencionar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, sostiene que ha sido establecido por voluntad expresa del constituyente: “en las condiciones de su vigencia”; “... esto es tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (...) “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH” (CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación –causa N°32/93”, 7 de abril de 1995, Fallos: 318:514); Gil Domínguez, Andrés; *En Busca de una Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1997 p. 182; Albanese, Susana, “La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014”, en *Revista de Pensamiento Penal*, 9 de enero de 2015.

4 Giberti, Eva, “Tengo mucho amor para dar...” (cap. 1), *Adopción siglo XXI. Leyes y Deseos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010.

ese encuentro, que no puede estar supeditado a las leyes de oferta y demanda de un mercado neoliberal que facilita obtener de cualquier modo y a cualquier precio un hijo como objeto de sutura del narcisismo herido ante la imposibilidad de concebir.

Por el contrario, el Estado debe:

- garantizar que el niño pueda permanecer con su familia;
- remover los obstáculos sociales, materiales, económicos que impiden el desarrollo adecuado del rol primario de la familia nuclear;
- en caso de ser la familia la que vulnera los derechos del niño, trabajar con ella para el cese de la vulneración y la recomposición del sano lazo familiar;
- en caso de que la familia nuclear, a pesar de la ayuda recibida, no pueda transformar el escenario y revertir la vulneración de derechos del niño, buscar como alternativa su alojamiento con otros miembros de la familia ampliada. Ello implica evaluar a familiares cercanos o buscar a aquellos más distantes o que no se encuentren presentes pero tengan vocación para alojar y contribuir al desarrollo de los niños.

Solo ante la imposibilidad de la familia, luego de una acción sostenida, positiva y probada del Estado para revertir la vulneración de derechos, podrá pensarse en la adopción como herramienta de restitución de derechos.

A partir de ello y entonces, centrados en el derecho del niño a vivir en una familia alternativa, el Estado debe garantizar que esta familia sea una propuesta que se convierta en la herramienta para superar los eventuales efectos traumáticos que pudo implicar la convivencia en un núcleo que vulneró sus derechos.

1.2. La familia adoptiva como herramienta de restitución de derechos: resiliencia, amor y después

Es, pues, responsabilidad del Estado la búsqueda, evaluación y selección de familias sustitutas que, a través de la adopción, puedan convertirse en el medio adecuado para que el NNA que no pudo crecer con su familia pueda desarrollarse sanamente y en forma integral. Por ello, esta familia debe estar preparada para acompañar el proceso de reparación de los daños que la experiencia primaria y las posteriores pudieron imprimir en sus vidas.

Los adoptantes deben comprender que su rol en la historia de esos niños es primero ser tutores de resiliencia⁵ y luego, tal vez, algún día ser llamados “papá” o “mamá”.

Es función indelegable del Estado la evaluación y selección de postulantes para recibir un niño en adopción, pues las características del vínculo adoptivo requieren condiciones particulares para acceder a este tipo de filiación. No basta con querer ser padres adoptivos, se necesita una especial preparación y evaluación para garantizar que la incorporación del niño a esta nueva familia sea una instancia superadora de los daños que ha sufrido y no lo exponga a nuevos sufrimientos.⁶

Por eso la evaluación de postulantes y su inscripción en un Registro⁷ no son una mera formalidad que solo tiene fundamento en la no menos importante razón del tránsito por la ciudadanía, la legalidad y la prevención del tráfico de niños e influencias, sino que importan la posibilidad de garantizar la idoneidad psíquica y social para formar parte del crecimiento saludable de niños vulnerables.

La familia adoptiva es un medio para alcanzar el desarrollo de todos los derechos inherentes al NNA; no es un fin en sí mismo pues, si el costo de ser integrado a una familia es el maltrato o el sufrimiento, deberá evaluarse cuidadosamente si es la solución adecuada para restituir derechos.

2. La adopción es una institución supletoria

Solo se puede recurrir a la integración de un NNA a otra familia cuando se hayan agotado las posibilidades de que se desarrolle en forma saludable en su familia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)⁸ reiteradamente ha señalado respecto de la vida familiar que

... las niñas y los niños tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas

5 Cyrulnik, Boris, *El amor que nos cura*, Barcelona, Gedisa, 2005.

6 Ventura, Ana y Siderio, Alejandro, “Tiempos legales, tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 71, Buenos Aires, Abeledo Perrot, septiembre de 2015; Di Renzi, Cristian, *Adoptar Hoy*, Buenos Aires, Paidós, 1994; Lipski, Graciela, “La necesidad de la interdisciplina”, en Giberti, Eva, *El poder, el no poder y la adopción*, Buenos Aires, Lugar, 1996.

7 Siderio, Alejandro, “Una excepción que... ¿confirma o hace peligrar la regla?”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009-II, pp. 41-51.

8 Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, 9 de marzo de 2018, párr. 151.

(...) el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia. En este sentido, las niñas y los niños deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Este derecho no se limita a la familia nuclear, sino que se extiende también a la familia ampliada. En efecto, se ha destacado⁹ que

... la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos. Esta familia debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado (...) no existe una definición única de familia, así que, la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales.

Es obligación del Estado proceder a la búsqueda de los familiares de los niños que se encuentren en situación de vulnerabilidad.¹⁰

2.1. Declaración judicial de situación de adoptabilidad

La declaración de la situación de adoptabilidad es una decisión judicial que conlleva un análisis acabado de las razones que motivan la separación de los niños de su familia de origen, el agotamiento de la actividad positiva del Estado para intentar mitigar las carencias del grupo familiar y así restituir los derechos vulnerados de los NNA permitiendo reintegrarse a la familia nuclear o ampliada.

La intervención judicial surge como garantía constitucional explícita conforme al art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

⁹ Corte IDH, "Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala", *op. cit.*, párr. 163.

¹⁰ "En casos que involucran la custodia de niñas y niños esta Corte ha señalado que a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos. Adicionalmente se ha establecido que el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano" ("Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala", *op. cit.*, párr. 164).

José)¹¹ al establecer que

... toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la *determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

Esta declaración puede ser solicitada por la autoridad de aplicación de la Ley N° 26.061, que en el proceso judicial es parte. Las Defensorías zonales o los servicios locales no representan a los NNA, quienes son representados por sus padres o, en su defecto, por tutores oficiales, Ministerio Público y/o asistidos por abogados del niño.

La fundamentación debe ser rigurosa, acudiendo a evaluaciones interdisciplinarias independientes y realizando un análisis específico de las razones que motivaron la separación, las actividades puntuales que se desarrollaron para remover los obstáculos que motivaron la vulneración de derechos, no solo señalando los recursos puestos a disposición, sino también valorando los indicadores puntuales, específicos, que dan origen a la conclusión particular de imposibilidad de restituir derechos en el grupo familiar.

No basta con enunciaciones generales ni fórmulas abstractas, sino que debe realizarse un análisis del caso particular. De lo contrario, la resolución puede ser pasible de impugnación por carecer de motivación y fundamento suficiente.

La Corte IDH, al condenar a Guatemala en el caso “Ramírez Escobar”, indicó el estándar del principio de motivación suficiente de las resoluciones en materia de adopción al señalar que

... la mera descripción de las actividades o diligencias realizadas, junto a la enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas sancionadas, no satisface los requisitos de una adecuada motivación. Asimismo, la decisión tampoco refleja que se hayan considerado seriamente otras posibilidades distintas a la declaración de abandono. En este sentido, la Corte advierte que la excepcionalidad de la separación familiar implica que se debe analizar si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se les podían razonablemente exigir, para que los niños pudieran llevar una vida familiar normal en el seno de

11 San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Aprobada por la Ley N° 23.054 sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984 e incorporada al bloque de constitucionalidad federal en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reformada en 1994.

su propia familia antes de la separación familiar. Lo anterior implica que las separaciones familiares deben ser, en lo posible, temporales, por lo cual el Estado debe tomar medidas en pro de la reunificación familiar, incluyendo el brindar apoyo a la familia de los niños para evitar la separación o la perpetuación de esta, así como la posibilidad de visitas u otras formas de mantener el contacto o las relaciones personales entre padres e hijos. En el presente caso, la decisión judicial, mediante la cual se declaró a los niños en situación de abandono (...), no refleja que se haya siquiera contemplado permitir una futura posibilidad de reagrupación familiar, luego de la separación inicial, de manera que esta fuese temporal, o la posibilidad de adoptar otras medidas positivas para brindar apoyo a la familia a efecto de que fuera reunificada.¹²

De acuerdo con el sistema legal argentino, no basta con la intervención de la autoridad administrativa de aplicación de La ley integral N° 26.061, sino que se requiere la actividad jurisdiccional, propia e independiente del Poder Judicial y del Ministerio Público, para garantizar la legalidad del proceso que dio origen a la separación de la familia y que puede desembocar en una adopción.

Los tiempos legales para definir la situación de adoptabilidad tienen como función la actividad positiva y real del Estado para establecer en plazo razonable el futuro del niño, a fin de evitar que la indefinición traiga aparejados daños evitables.¹³

Estos plazos son en función del interés superior del niño, no de las personas que aguardan recibir un niño en adopción.

Es por ello que, si bien la actividad del Estado debe ser concreta y rápida, no puede transformarse en una carrera para concretar una respuesta que no goce de los recaudos necesarios para dar estabilidad a la resolución.

Si se viola el derecho del NNA y de la familia de origen, nuclear o extensa, no se respeta el interés superior del niño, sino que se responde a la presión de los sectores que demandan niños para evacuar sus necesidades de paternidad. También hemos registrado que, en ocasiones, la motivación para acelerar inadecuadamente la declaración es liberar las escasas vacantes de los dispositivos de alojamiento de NNA, en virtud de la demanda de ingreso de nuevos niños.

¹² Corte IDH, "Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala", *op. cit.*, párr. 189.

¹³ La prolongada institucionalización de niños puede producir efectos disvaliosos en su desarrollo, que van desde las dificultades de apego, socialización, confianza en sí mismos y en el mundo adulto hasta trastornos graves en el caso de recién nacidos, como puede suceder en los casos de depresión anaclítica (Spitz, René, *El primer año de vida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 15° reimpr., 2013, p. 197 y ss.)

2.1.a. Niños sin filiación reconocida

El art. 607 del CCyC establece que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si

... a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada.

Nos complace sobremanera la cuidada redacción del supuesto de desconocimiento de filiación de origen, pues muchas veces, en un incorrecto uso del lenguaje, se concibe como causal el “abandono”; incluso en algunos supuestos se han asimilado erradamente todas las causales de adopción como abandono.

Cuando el adoptado acceda a su expediente, su lectura podrá tener diferente impacto, que podrá estar influido por las palabras que se utilicen en la descripción de los antecedentes. Leerse “abandonado” puede remitir a su cosificación, como aquello que es dejado a su suerte sin miramientos, contemplación ni consecuencias emocionales para quien lo hace; remite tal vez a sentirse desvalorizado, despreciado, desechado.

Una mujer que deja a su hijo en la maternidad u hospital donde dio a luz, que se aleja y no vuelve, sabiendo que el niño se encuentra cuidado y a salvo no debería homologarse a quien lo deja sin cuidados y lo hace correr peligro de muerte.¹⁴

El término “abandono” solamente podría describir una única escena en la que, a sabiendas, el nacido es dejado por quienes son sus responsables en un lugar donde peligra su vida.

Aun así, debería utilizarse con sumo cuidado, pues la realidad nos impone que muchas veces las mujeres pueden ser víctimas de opresiones que las privan de sus propios cuerpos, vidas y hasta de sus hijos. ¿O es que alguien puede asegurar que el bebé encontrado en un tacho de basura ha sido depositado allí por su madre? Esta escena que resulta intolerable y que impulsa al repudio social de la mujer silencia otra realidad de nuestro país, también intolerable desde los discursos éticos pero sostenida desde algunas prácticas sociales, que es la cosificación de la mujer y su victimización a través de redes de trata. Ante el hallazgo de un bebé en esas condiciones también cabría preguntarse: ¿sabrá la mujer que lo parió que

¹⁴ Giberti, Eva, “¿Madre abandonante. Revisión del concepto de abandono aplicado en adopción”, en *Topía*, agosto de 2010; y *Adopción siglo XXI*, op. cit.

nació con vida?, ¿habrá querido desprenderse de su hijo?, ¿contaría con la libertad, medios y acompañamiento del Estado para hacerlo?

Una mujer que, conociendo sus dificultades, opta por ceder los cuidados de su hijo, declarándolo en la maternidad y/o ante las autoridades competentes, no comete abandono.

Quien cede a su hijo en un circuito ilegal, a cambio de dinero, enseres o contraprestaciones, no abandona sino que también es víctima de la ilegalidad de un sistema, donde las bandas que trafican bebés llegan antes que el Estado.¹⁵

2.1.b. Decisión voluntaria de los progenitores

El inc. b del art. 607 del CCyC autoriza la declaración de situación de adoptabilidad cuando “los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento”.

En este supuesto, los recaudos que deben tomarse para brindar seguridad al proceso legal son identificar, en primer lugar, que ambos padres son libres, es decir, no se encuentran coaccionados para tomar la decisión; que han sido asesorados y se les han puesto a su alcance herramientas sociales y económicas para conservar a su hijo, descartando que la decisión se base en la pobreza o imposibilidad material para conservar unido el grupo familiar.

En algunos casos solo es la mujer, abandonada por el hombre con quien engendró a su hijo, quien se presenta en sede judicial para ceder los cuidados de su hijo en una adopción. En estas situaciones debe instarse a la mujer a informar la identidad del hombre para que este pueda ejercer el derecho de crianza de su hijo, aun fuera del proyecto de pareja. Si la mujer considerase que este hombre no asegura el bienestar de la criatura, será una decisión de la autoridad judicial, pero de ninguna manera puede soslayarse la obligación del Estado de convocar, buscar y eventualmente evaluar a todos los miembros de la familia que pudieran tener derecho a la crianza del niño. Al respecto, nos remitimos a la condena que ha sufrido la República Argentina en el caso Fornerón,¹⁶ a quien siendo padre biológico –acreditado mediante examen de ADN– se le impidió ejercer sus derechos de

¹⁵ Ventura, Ana y Siderio, Alejandro, “Tiempos legales, tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad”, *op. cit.*

¹⁶ Corte IDH, “Caso Fornerón e hija Vs. Argentina”, 27 de abril de 2012.

padre, al convalidar la entrega directa que realizó la madre a una pareja, no solo sin su consentimiento, sino con la expresa oposición formulada.

La norma señala un plazo mínimo de 45 días para la ratificación de la decisión, en virtud de que se considera que, antes de ese plazo, la voluntad de la mujer puede encontrarse viciada por los efectos propios del puerperio.

En este sentido, debe desalentarse la posibilidad de legislar una adopción prenatal que vulnere derechos, sin perjuicio de que la prudencia judicial, en casos excepcionales, podría instrumentar soluciones que contemplen equitativamente todos los derechos involucrados.

Las excepciones no deben legislarse porque, a través de ellas, se utiliza la letra de la ley forzándola a circunstancias que desvirtúan la naturaleza de la institución. Es siempre y solo la potestad judicial el camino para compatibilizar soluciones que se enmarquen y funden en la compatibilidad de derechos emergentes de las leyes con principios superiores.

Una situación particular es la que se suscita cuando la progenitora o los progenitores son menores de edad o adolescentes. En estos casos, es necesario tomar todos los recaudos para evaluar el impacto familiar que puede ocasionar un embarazo no buscado, o incluso cuando este es producto de un abuso sexual intra o extra familiar. Es indispensable que exista una cuidadosa valoración del contexto familiar, los recursos sociales y psicológicos de cada integrante y que se posibilite la búsqueda de diferentes alternativas. Puede suceder que exista coincidencia entre lo deseado y expresado por la joven madre, y lo deseado y lo expresado por sus padres (representantes legales). Pero también puede suceder que los deseos y las expresiones no sean coincidentes o que no exista convergencia entre el deseo de la madre adolescente y el de sus padres. Bajo el ropaje de "la decisión familiar", puede esconderse un conflicto de intereses –tal vez no revelado– que es menester dilucidar.

El Estado debe estar presente y acompañar con todos los recursos posibles en el caso de que la adolescente desee conservar y criar a su hijo aun en contra del mandato y la "decisión familiar", por eso debe disponerse de instituciones que puedan acompañar a la joven con todos los recursos que sean necesarios para la sana crianza y desarrollo de ambos sujetos protegidos por la Convención.

Más dificultoso resulta cuando la expresión de la joven es resultado de la presión familiar y, en virtud de su dependencia emocional, no logra en el momento oportuno dar curso a su propio deseo. Ello es especialmente abstruso, pues se demanda

que alguien que está en plena formación, en evolución de su propia subjetividad y personalidad, y está atravesada por un evento disruptivo —embarazo no deseado—, exprese un deseo de maternidad o adopción, cuando ambas decisiones en sí mismas pueden resultar complejas aun para mujeres adultas.

En estos casos debe asegurarse un dispositivo que, pese a exceder el tiempo indicado por la norma,¹⁷ prevea la posibilidad de que la joven reciba tratamiento terapéutico particular, acompañamiento social y asesoramiento jurídico independiente del de sus padres, para que verdaderamente se conforme un consentimiento informado.

Si bien siempre es aconsejable que por seguridad jurídica los progenitores tengan acceso a patrocinio jurídico al momento de ceder a sus hijos en adopción, en el caso particular de niñas y adolescentes se requiere un mayor recaudo, asegurando un dispositivo especializado interdisciplinario (social, psicológico y jurídico) e independiente como garantía del debido proceso legal/judicial.

En un caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN)¹⁸ ha estimado, junto con la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, SCJBA), que resultaba suficiente la entrevista con el juez y la participación del Ministerio Público. Sin embargo, los planteos recursivos y el debate acerca de la legalidad del proceso se extendieron por más de ocho años, siendo a todas luces un agravio a la garantía convencional de obtener un pronunciamiento en plazo razonable, que bien pudo evitarse de implementarse adecuadamente los recaudos y garantías antes señaladas de conformidad con el art. 21 inc. a *in fine* de la Convención. Por otro lado, deben contemplarse las distintas causas de múltiples vulnerabilidades que pueden atravesar estas jóvenes: menores de edad, mujeres, víctimas de violencia y sin recursos para autovalerse.¹⁹

17 Si bien la Corte IDH refiere que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales con respecto a la custodia de niños son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño (ver "Caso Fornerón e hija Vs. Argentina", *op. cit.*, párr. 105), el mismo organismo internacional de derechos humanos sostiene que debe cuidarse que la simplificación del procedimiento no llegue al extremo de permitir una cosificación de la niña o niño y abrir el espacio para la trata de personas (Corte IDH, "Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala", *op. cit.*, párr. 244)

18 CSJN, "S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N.", 27 de noviembre de 2018, Fallos: 341:1733.

19 Moreno, Gustavo, "La prescripción adoptiva", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, agosto de 2019.

2.1.c. Fracaso de las medidas excepcionales

El inc. c del art. 607 del CCyC autoriza a declarar la situación de adoptabilidad cuando

... c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

Asimismo, prevé que “la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste”.

En este supuesto, no estamos en presencia de una abdicación voluntaria a la parentalidad, o ausencia de familiares, sino que es el accionar del Estado, a través de la autoridad administrativa de aplicación de la Ley N° 26.061, quien para restituir derechos vulnerados separó en forma provisoria al NNA de su familia de origen.

Dentro de los 180 días, la autoridad de aplicación debe desarrollar toda la actividad positiva, efectiva y probada para evaluar si ha de ser posible revertir la vulneración de los derechos del NNA restituyéndolo a su familia nuclear/ampliada, o si la herramienta para permitirle gozar integralmente de sus derechos ha de ser incorporándolo a otra familia mediante la adopción u otro dispositivo comunitario que lo habilite a desarrollarse en forma plena.

La separación de la familia de origen ha de ser siempre excepcional y por el menor tiempo posible, y ha de requerir que las razones que motivan esa estrategia de la autoridad administrativa sean evaluadas en sede judicial, mediante un debido proceso legal²⁰ que permita a la familia nuclear y ampliada conocer las razones de la separación, ejercer su derecho de defensa y producir prueba, que deberá ser constituida a través de organismos especializados e independientes, incluso de la propia autoridad administrativa que tomó la medida inicial.

²⁰ “En el caso *Fornérón e hija vs. Argentina* [el destacado obra en el original], la Corte estableció que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales respecto a la custodia de niños son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño” (Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, *op. cit.*, párr. 167).

Es preciso destacar que las razones que ameriten la separación familiar deben ser graves, comprobables y atribuibles a la propia familia, siendo insuficientes causas de pobreza –aun estructurales– o estereotipos culturales o sociales, en tanto y en cuanto no pongan en riesgo la integridad física, social y psíquica de los NNA.

Hemos sostenido²¹ que

... la vulnerabilidad en niños, niñas y adolescentes (NNyA) puede deberse a diferentes causas y presentarse con distintos niveles de gravedad y urgencia. Las problemáticas que atraviesan tienen origen en factores: sociales, económicos; relacionados con su salud, con la salud de quienes se encuentran a su cuidado, negligencia o malos tratos proferidos por sus cuidadores, falta de continencia familiar nuclear y ampliada, entre otros.

De acuerdo a la edad y características de estos NNyA algunos de ellos podrán encontrar la restitución de sus derechos merced al trabajo de acompañamiento y producción de cambios en la familia de origen, otros al no ser esto posible, podrán encontrar una alternativa en una familia sustituta a través de la adopción. Otro grupo de niños al no ser viable su adopción por la edad y perfil, deberán transitar caminos que permitan su autovalimiento y la generación de un proyecto autónomo.

Se ha desarrollado el concepto de “competencias parentales”²² como una forma semántica de referirse a las capacidades prácticas de los padres para cuidar y educar a sus hijos y asegurarles un desarrollo sano. Las competencias parentales son parte de lo que se denomina “parentalidad social” para diferenciarla de la “parentalidad biológica”, es decir, la capacidad de procrear o dar la vida a una cría. La mayoría de los padres pueden asumir la parentalidad social como una continuidad de la biológica, de tal manera que los hijos son cuidados por las mismas personas que lo han procreado. Para un grupo de niños, esto no es posible. Sus padres tuvieron la capacidad biológica para copular, engendrarlos y –en el caso de la madre– parirlos, pero no poseen las competencias para ejercer una práctica parental mínimamente adecuada. En la mayoría de los casos, estos progenitores han sufrido ellos mismos en sus infancias historias de malos tratos, medidas de protección inadecuadas, institucionalización masiva, pérdidas y rupturas, antecedentes de enfermedad mental

21 Ventura, Ana y Siderio, Alejandro, “Algunas apreciaciones sobre la intervención actual en la población infantil vulnerable y los tiempos propuestos por el proyecto de reforma del Código Civil”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 56, Buenos Aires, Abeledo Perrot, septiembre de 2012.

22 Barudy, Jorge y Dantagnan, Maryorie, *Los buenos tratos en la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*, Barcelona, Gedisa, 4° ed., 2008.

en uno o ambos padres, pobreza y exclusión social. Al observar las causas de estas incompetencias, puede existir la tentación de identificarse con el sufrimiento de estos padres en desmedro de las necesidades y derechos de sus hijos²³ y confundir –a nuestro juicio– el análisis, inclinándose por una reivindicación de los genitores víctimas –focalizando su eventual derecho en la biología– en lugar de centrarse sobre los NNA y sus impostergables necesidades.

La familia tanto puede ser una unidad social que posibilita crecer a sus miembros y desarrollar sus capacidades, su potencial y habilidades necesarias para lograr su autonomía, como también un lugar de sufrimiento, arbitrariedad, injusticia, opresión, pena, amenaza, violencia y abusos sexuales.²⁴

Sin pretender agotar el análisis señalamos, por ejemplo, los siguientes factores que condicionan el ejercicio saludable de la parentalidad:²⁵

- Enfermedad mental del padre/madre (irreversibilidad o no del cuadro), adherencia al tratamiento. Pronóstico de la patología. Incidencia en el desarrollo de la función parental.²⁶
- Adicción a sustancias psicoactivas, incluido el alcoholismo; adherencia al tratamiento. Pronóstico.
- Historia de malos tratos físicos y emocionales en los progenitores. Aspectos culturales y antecedentes de su propia crianza que condicionan el ejercicio de la parentalidad.²⁷
- Violencia en la pareja parental.
- Maltrato prenatal.
- Inducción a la mendicidad/delinuencia/prostitución y desatención psíquica y física de los hijos.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Perrone, Reynaldo y Nannini, Martine, *Violencia y abusos sexuales en la familia*, Buenos Aires, Paidós Terapia Familiar, 1997.

²⁵ Algunos de estos indicadores fueron enunciados por Burundarena, Ángeles, en su exposición en el III Encuentro Nacional de Registros (Buenos Aires, 5 y 6 de mayo de 2011), organizado por la Dirección del Registro Único de Aspirantes a Guarda con miras a Adopción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

²⁶ Recordamos un caso en el que la progenitora presentaba Corea de Huntington, enfermedad neurológica degenerativa que afecta a determinadas zonas del cerebro, donde las neuronas van degenerándose y finalmente mueren; se caracteriza por movimientos involuntarios incontrolados, desarreglos psíquicos pérdida de las funciones intelectuales (demencia), lo que definía la imposibilidad de permanecer al cuidado de su hija, ante la falta de acompañamiento familiar subsidiario o de apoyo.

²⁷ En ocasiones, en la historia de vida de los progenitores se detecta que han sufrido prácticas de incesto, toleradas culturalmente en su medio de origen y que llevan a naturalizar y reproducir en distintas generaciones el abuso sexual.

- Dificultad para responder a las necesidades específicas de los niños (edad, si presentan alguna patología que requiera cuidados especiales). Capacidad de empatía y *reverie*.
- Inmigración, pautas culturales y sociales diferentes de las de su país de origen.

Resulta necesario cruzar la investigación de estas variables, ya que la existencia de un solo indicador no implica en sí mismo la necesidad de tomar una medida extrema. La evaluación, asimismo, incluye los factores protectores²⁸ que pueda tener o no una familia: inclusión en la red comunitaria y social, acceso y utilización de recursos asistenciales, aceptación o actitud frente a la ayuda (accionar) profesional, reconocimiento de las dificultades y actitud positiva frente al cambio.

Dos de los factores más claramente determinantes del éxito en las intervenciones con familias maltratantes son la motivación de los padres para el cambio y su conciencia del problema, que deberán traducirse en el cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos en cuanto a la asistencia a tratamientos y cambios concretos de conductas y condiciones de vida.

No todas las familias tienen recursos como para llegar a funcionar en forma protectora y segura. Los NNA tienen períodos críticos y limitados de crecimiento y desarrollo que no siempre coinciden con el tiempo que un adulto necesita para modificar conductas y actitudes.²⁹

En particular, al momento de la toma de decisión deberán evaluarse las capacidades parentales fundamentales: capacidad de apego de los padres a los hijos, empatía, modelos de crianza, capacidad de participar de redes sociales y utilizar los recursos comunitarios.³⁰

Coincidimos con M. Lourdes Molina y Alejandra Barbich cuando afirman que

... toda acción protectora debe suponer una alternativa mejor a la ausencia de protección. De lo contrario es mejor no intervenir. Los NNyA que han sido separados de sus padres para protegerlos tienen derecho a una calidad de

28 Entornos o condiciones capaces de favorecer el desarrollo de individuos o grupos, y que pueden –en consecuencia– reducir los efectos de circunstancias desfavorables. Funcionan como defensas de los efectos negativos de los factores de riesgo (Molina, María Lourdes y Barbich, Alejandra, *Maltrato Infanto-Juvenil: Evaluación y toma de decisiones*, Buenos Aires, Dunken, 2012).

29 Ganduglia, Alicia, "Revinculación: una nueva oportunidad... ¿para quién?", en Volnovich, Jorge (comp.), *Abuso Sexual en la Infancia*, Buenos Aires, Lumen-Humanitas, 2002.

30 Barudy, Jorge, *op. cit.*

vida y a una educación mejores que las que tenían en su propia casa.³¹

La Corte IDH ha señalado:

Las niñas y los niños son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19. Esta disposición irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad, en virtud de su condición como tal. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Las niñas y los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, la Convención dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o los niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos. Las medidas de protección que deben adoptarse en virtud del artículo 19 de la Convención deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.³²

Nuevamente debe subrayarse la importancia de la interdisciplina para decidir cuándo, de qué forma y bajo qué modalidad debe considerarse la mejor alternativa para el desarrollo del NNA.

La evaluación de las competencias parentales y de las condiciones que determinan la declaración de situación de adoptabilidad debe ser especializada e independiente. Debe recurrirse a una prueba acabada producida por un efector diferente que el que ha intervenido inicialmente y que no tenga un interés particular en la prosecución del procedimiento.³³ En ese sentido, por elementales razones de imparcialidad, derecho de defensa y debido proceso legal, las pericias, evaluaciones interdisciplinarias y demás diligencias deben ser efectuadas por peritos judiciales y no por equipos de los mismos órganos administrativos que tomaron las medidas de urgencia iniciales que dieran motivo a la separación provisoria de los NNA de su familia de origen.

³¹ Molina, María Lourdes y Barbich, Alejandra, *op. cit.*

³² "Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala", *op. cit.*, párr. 150.

³³ *Ibidem*, párrs. 179, 181, 182, 184, 185, 186 y concord.

La Corte IDH³⁴ sostuvo que

... en casos específicos relacionados con niñas y niños, las decisiones deben mostrar “que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que: “A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado”.

3. La adopción es instrumental

El objetivo de la Convención es asegurar un desarrollo integral de los NNA, para lo cual se brindan una serie de pautas que los Estados deben atender.

La adopción puede ser una modalidad de crecer en familia, pero ello no agota las alternativas o posibilidades para que el NNA se desarrolle de otras maneras o bajo otras conformaciones familiares.

Es posible que, de acuerdo con sus particularidades, el NNA pueda desarrollarse en un medio familiar bajo la forma de tutela o guarda, si garantiza otras continuidades psico-sociales y emocionales más saludables para el niño, por preservar, por ejemplo, su historia, linaje, filiación (nombres, reciprocidad de vínculos), nacionalidad, cultura, arraigo.

En otras oportunidades, el NNA podrá considerar otras alternativas de integración, sin que ello demande la modificación de su estatus familiar, y reconocer a otras personas funciones o atribuciones, aun sin ser familiares. Ello puede darse en el caso de niños mayores o adolescentes que tal vez no hayan podido ser adoptados

³⁴ *Ibidem*, párr. 188.

o no lo hayan querido, y que pueda otorgarse funciones de guardadores o tutores a referentes afectivos desinteresados en la apropiación de la historia, el nombre y el linaje del protagonista.

Debe asumirse que la adopción no siempre es posible ni es la mejor opción para los NNA privados de cuidados parentales; por ello deben diseñarse políticas y recursos adecuados para acompañar el crecimiento, desde otras plataformas y dispositivos, que contribuyan a su desarrollo e independencia.

La adopción no puede convertirse por decreto jurídico en la única respuesta de la comunidad a un NNA privado de cuidados parentales.

Por ello, ante una eventual reforma legislativa debería contemplarse la modificación del término “situación de adoptabilidad” por el de “situación de cobijo”. De tal forma que si el cobijo no es posible a través de la adopción, pueda desarrollarse en un medio institucional o comunitario alternativo, sin impregnar la historia de ese NNA con el rótulo de “inadoptable”, que remite a que nadie lo quiere ni puede ser adoptado.

El NNA, además del derecho a vivir en familia, tiene derecho a: *salud* (física, psicológica, emocional), a la *identidad* (reconociendo tanto los componentes estáticos como dinámicos), a la *verdad* (de conocer su propia historia social, la de su familia y las razones por las cuales no ha podido crecer con ella), a la *justicia* (que el Estado haya tenido políticas activas para remover la imposibilidad de la familia de origen en su crianza y haya restituido sus derechos vulnerados), a la *nacionalidad* (luego desarrollaremos la razón por la cual la República Argentina no adhiere a la adopción internacional como herramienta de restitución de derechos), al respeto por su *centro de vida* (que no es solo, pero que también es el territorio donde se ha criado, la región, el barrio; debiendo ser descartadas aquellas medidas que, al resultar incompatibles con este derecho, lo alejen o trasladen o lo desplacen territorialmente); a la *cultura* (idioma, música, costumbres, religión, ritos, pasatiempos, deportes que pudieron ser parte de la historia inicial y deben ser respetados porque también forman parte de los derechos convencionales) y a la *educación* (regular, especial, formal o informal).

Si bajo la institución de la adopción se vulneran los demás derechos del NNA, el Estado no solo incumple su deber jurídico, sino que es responsable, incluso en forma internacional, de los daños ocasionados.

Es por eso que, incluso luego de sentenciada la situación de adoptabilidad, el Estado

debe asegurar el proceso de evaluación, selección, vinculación y seguimiento de los postulantes en el proceso de adopción. Incluso el seguimiento en garantía del NNA debería continuar aun luego de dictada la sentencia de adopción, de forma tal que exista una referencia institucional por parte del Estado, donde el niño pueda acudir en caso de que, en etapas posteriores, el desarrollo del proceso adoptivo pudiera revelar incompatibilidades con el conjunto de los derechos que se ha pretendido proteger.

3.1. Estado de adoptabilidad

Luego de verificar que las condiciones fácticas, jurídicas y procesales hayan concluido que no existe posibilidad de que el NNA retorne con su familia o se integre a su familia ampliada, y esta declaración de *situación* de adoptabilidad (o, como proponemos, cobijo), se encuentre firme, hay que verificar las condiciones emocionales, sociales y psíquicas en las que se encuentra el NNA para evaluar si tiene *disponibilidad adoptiva actual*, es decir, si se halla en *estado* de adoptabilidad.

Ello conlleva que el NNA haya tenido acceso a los procesos terapéuticos y de salud integral para reparar los daños físicos y emocionales causados en el grupo familiar de origen. De acuerdo con la edad y las circunstancias, será necesario que pueda elaborar su lugar existencial y contextual, en el que tal vez es necesario separarlo de otros familiares, incluso hermanos, para permitir otro tipo de vinculación.

Si bien la adopción pretende mantener los lazos fraternos, no siempre esto es posible o adecuado según la cantidad y edades de los hermanos o el tipo de vínculo fraterno. Ello demanda adaptar la institución a las posibilidades reales de concreción, recreando incluso los vínculos y formas de la adopción.

Sin este paso previo, los NNA pueden continuar ligados a experiencias que, aun siendo traumáticas, siguen siendo añoradas por ser las únicas imaginadas, vividas o deseadas. Muchos NNA naturalizan el maltrato y los cuidados negligentes anhelando volver con la familia de origen, pues no han podido experimentar otro tipo de cuidados y aspirar a un tipo de vínculo diferente, reparador, acogedor, amoroso.

Los adoptantes también deben atravesar por esta preparación especial, que no es solo el cumplimiento de requisitos formales (lo que llamaremos "situación" de adoptantes), sino también transitar delicados e intensos procesos internos (psicológicos, sociales y emocionales) para poder acoger a niños con una historia

particular y con requerimientos especiales, que tal vez no coincidan con la idealización y las expectativas iniciales. De lo contrario, esta experiencia puede transformarse en una nueva frustración³⁵ y en un escenario de posible maltrato. Este punto de llegada lo llamaremos “estado” de adoptantes.

Luego de haber establecido que tanto los NNA como los adoptantes se encuentran en situación y estado de adoptabilidad, debe darse comienzo a un delicado proceso de vinculación y acompañamiento que estará a cargo de equipos especializados. Estos deben conocer a los NNA, sus historias y evoluciones, como así también a los adoptantes, para que en campo puedan observar, acompañar, resignificar situaciones emergentes, prevenir situaciones y acompañar con estrategias adecuadas, en función de evitar minimizar o magnificar posibles emergentes en esta etapa que, de no ser evaluados y contenidos adecuadamente, pueden llevar a otorgar la adopción de manera precipitada o generar una desvinculación apresurada.

4. El Estado como garante del proceso. Incompatibilidad entre la adopción como institución de protección y el contractualismo

Cuando Vélez Sarsfield desestimó la incorporación de la adopción en el Código Civil, la impronta de la institución en aquellos tiempos difería de la actual naturaleza asistencial. El derecho francés napoleónico recogía la tradición romana; en ella la adopción era un contrato por el cual se adquiría ante el notario, y a cambio de dinero, la libertad de un *alieni juri* para ser incorporado a la familia del *Pater*, con diversos objetivos: comerciales, religiosos, sucesorios, etc. En esa clase de adopción, el adoptado era un objeto de comercio y de contrato entre personas adultas.

Tal como hemos referido, en la actualidad la adopción es una institución de protección de la niñez, siendo el Estado garante de la historia, la identidad, la verdad y la justicia.

Tras la pretensión de ubicar la adopción como facultad dentro de la autonomía de la voluntad, se esconde o disimula –en la mayoría de los casos en los que hemos intervenido desde hace más de 25 años en la función judicial– que existen aprovechamientos económicos, explotación de vulnerabilidades sociales, extorsiones, compra y venta, tráfico de influencias y corrupción.

³⁵ En caso de no haberse tramitado en espacio terapéutico la imposibilidad de hijo propio.

Expresamente, la República Argentina fue condenada por la Corte IDH en cuanto a su obligación de penalizar el tráfico de niños para adopción.³⁶

Hemos sostenido que para que exista autonomía de la voluntad debe haber libertad, y no cuenta con libertad quien padece sufrimiento económico, asilamiento social y se encuentra excluido del auxilio del Estado. Mucho menos quienes, pese a las fantásticas historias que tejen, pretenden justificar el “conocimiento” de pretensos adoptantes que viven a kilómetros de distancia de la genitora o se han vinculado merced a relaciones de trabajo desiguales.

Aun así, la autonomía de la voluntad no rige en materia de adopción, pues los adultos no disponen de un derecho propio sino del derecho de NNA; es decir, disponen de un derecho ajeno. En el orden público argentino, los derechos de NNA se encuentran resguardados por el Ministerio Público. Por otro lado, la filiación –por naturaleza, por adopción o técnicas de reproducción asistida– es materia de orden público pues conlleva a la organización de la sociedad. En consecuencia, no se trata de un derecho privado disponible por los adultos, regido por la autonomía de la voluntad, sino que se trata de un derecho indisponible doblemente resguardado por afectar al orden público al ser inherente a la organización de la sociedad y a la protección de la niñez vulnerable.

Con las guardas puestas³⁷ se soslaya conocer la realidad de la situación social e histórica originaria, además de los antecedentes médicos familiares que pudieran ser relevantes para la vida de la criatura. Se impide que el Estado garantice la posibilidad de permanencia en la familia de origen o ampliada, que se agoten las instancias para evitar el desprendimiento de un NNA de su familia.³⁸ Pero también se sustrae a esos NNA de la posibilidad de ser criados por personas idóneas debidamente evaluadas.

36 En el párrafo 177 de la sentencia en el “Caso Fornerón e hija Vs. Argentina”, *op. cit.*, la Corte IDH señaló: “En consecuencia, de acuerdo a la obligación emanada del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento, el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la ‘venta’ de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una remuneración o cualquier otra retribución, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en la presente Sentencia...”

37 Carminati, Adriana y Ventura, Ana, en “Guardas puestas: cuando se convalida algo más que una entrega”, inédito, 2003, las definían como todas aquellas situaciones en que un matrimonio se presenta en sede judicial solicitando la guarda con miras a adopción de una criatura que les ha sido entregada directamente por la progenitora, distorsionando ese acto de entrega como libre, válido y justo, cuando en realidad se trata de la captación de mujeres gestantes en condiciones de miseria social, a quienes se les ofrece paliar de alguna manera su precaria situación, mediante alguna especie de contraprestación económica (citado en Giberti, Eva, “Las guardas puestas y el tráfico con niños” (capítulo 9), *Adopción siglo XXI*, *op. cit.*

38 Benítez, Maximiliano, “Guardas Puestas”, en *Análisis de las Prácticas Actuales en la Adopción*, Buenos Aires, DNRUA-INFOJUS, 2012.

Las guardas puestas demandan esfuerzos por blanquear o reformatear la realidad, para que pueda ser presentada en términos tolerables y aceptables. Nadie reconoce pagar por un hijo, presionar, extorsionar, amenazar o simplemente aprovecharse de las necesidades, ejerciendo poder social o económico.

Sostener la distorsión de la realidad y la mentira llega a extremos que han sido ya analizados por la clínica. Lacan, en 1953, indica la devastación que causa en un sujeto la falsificación de su filiación, aún más cuando el medio que lo rodea decide sostener la mentira. El mismo autor, en 1975, hablando de la función paterna, hace mención a los serios efectos que la filiación de un padre genera sobre un sujeto, cuando el padre no se somete a la ley simbólica sino que se transforma él mismo en el que profiere la ley.³⁹

Calificados psicólogos especializados han sostenido: "Sabemos efectivamente qué estrago, que llega hasta la disociación de la personalidad del sujeto, puede ejercer una filiación falsificada cuando la coacción del medio se empeña en sostener la mentira".⁴⁰

No es entonces por tradición doctrinal, evolución legislativa o ritualismos formales por los cuales debe rechazarse el contractualismo en la adopción, sino porque, sin transparencia, verdad y justicia, una adecuada herramienta para restituir derechos se convierte en el arma que detona contra la niñez vulnerable.

5. El contractualismo internacional. La reserva argentina. El rechazo a la adopción internacional⁴¹

Tras el velo de la cooperación internacional se esconde un mecanismo de transferencia, como si se tratara de mercadería, entre países periféricos y países centrales. Los NNA, al igual que los recursos naturales primarios, sufren las mismas reglas del mercado en el concierto de relaciones internacionales desiguales.

Tal como ocurre con la distribución internacional de recursos y posibilidades de desarrollo, mientras que existen países centrales, ricos, existen otros subdesarro-

39 Lacan, Jacques, *El Seminario*, Libro 27, Barcelona, Paidós; Lacan, Jacques, "Función y campo de la palabra y del lenguaje en psicoanálisis", en *Escritos I*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1988, textos citados por Mascó, María Inés, "Filiación como Construcción", en Lo Giudice, Alicia (comp.), *Psicoanálisis: Restitución, apropiación, filiación*, Buenos Aires, Centro de Atención por el Derecho a la Identidad, 2005.

40 Riquelme, Daniel, "Filiación Falsificada y Estrago", en Lo Giudice, Alicia (comp.), *op. cit.*

41 Recomendamos la atenta lectura del capítulo 8: "Adopción internacional: países proveedores y países receptores", en Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI*, *op. cit.*

llados, pobres, periféricos. La verdadera cooperación internacional sería dotar a los países emergentes proveedores de niños “pobres” a los países ricos, de los recursos necesarios para que no haya NNA en situación de pobreza, alejados de sus familias.

Tras la adopción internacional se encuentra un perverso mecanismo de intercambio, donde operan agencias internacionales que lucran con el sufrimiento y la necesidad de las personas.

He tenido la oportunidad de participar como representante de la Alianza Latinoamericana y del Caribe de Asociaciones Cristianas de Jóvenes (órgano regional de la YMCA)⁴² en el II Simposium Eurolatinoamericano sobre Cooperación al Desarrollo, organizado por Youth Forum, el Buro Europeo de Cooperación (BEC), el Comité Europeo de Consejos Nacionales de Juventud (CENYC, por su sigla en inglés) y el Consejo de la Juventud de España (CJE).⁴³ El principal debate ético sobre la cooperación internacional es el respeto entre los países y el trabajo conjunto en formación de agenda, selección conjunta de prioridades, formas de intercambio, evaluación y diseño de programas de desarrollo sustentables. Se condenan, por lo tanto, aquellas relaciones de poder, donde se imponen criterios, se transfieren recursos y no existe posibilidad de modificar las razones por las cuales ha sido necesaria la cooperación internacional, perpetuando una relación asimétrica de asistencia y dependencia.

Los países centrales –responsables, en parte, de la distribución de recursos y por lo tanto del subdesarrollo de otros países– se aprovechan de las situaciones estructurales de los países periféricos para extraer ya no solo los recursos naturales sino también a NNA.

Recientemente, la Corte IDH condenó a Guatemala⁴⁴ al verificar que existía una red internacional que operaba facilitada por la debilidad del sistema legal del país, detectando NNA en situación de vulnerabilidad, falsificando diagnósticos, impidiendo el ejercicio legal de derechos a la familia de origen, utilizando un siste-

42 La Asociación Cristiana de Jóvenes se considera el movimiento civil no gubernamental más grande del mundo. Se extiende en 130 países y cuenta con 45 millones de miembros. Su labor ha comprendido el trabajo ecuménico, el desarrollo, la acción comunitaria, la defensa de los derechos humanos, la promoción social, el trabajo con refugiados, la educación formal e informal, la amplia inserción en el deporte –creadora del básquetbol y voleibol–; co-fundadora del movimiento internacional de Scouts, de la Cruz Roja Internacional y otras instituciones internacionales. Es consultora permanente de varios organismos del sistema de Naciones Unidas, y trabaja con diferentes gobiernos y otros organismos no gubernamentales en la cooperación internacional. Ha recibido distinciones internacionales en reconocimiento a la labor desarrollada; entre ellas, el premio Nobel de la Paz, como consecuencia de su labor con víctimas de las Guerras Mundiales.

43 Celebrado en Málaga, España, entre el 22 y el 27 de febrero de 1993.

44 Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, *op. cit.*

ma notarial de adopción internacional, separando incluso hermanos, para llevarlos a vivir a países con idioma, costumbres e idiosincrasia completamente distintas.

Argentina, al mantener la reserva en la Convención, evita que sus NNA sean exportados cual mercancías al exterior y obliga a redoblar los esfuerzos para que el conjunto de la Nación ampare a sus compatriotas en las mejores condiciones posibles de dignidad, en caso de no ser adoptados por nacionales, en dispositivos que permitan, aun así, desarrollar todas sus capacidades en su centro de vida, respetando su nacionalidad, su cultura, su religión, considerándolos sujeto de derechos y no objeto de exportación.

En momentos de crisis económicas y endeudamiento externo, debemos ser especialmente cuidadosos en los discursos y la implementación de políticas económicas y sociales.

Hemos señalado en otra oportunidad que

... el Estado es, en definitiva, la materialización del vínculo de solidaridad existente entre los miembros de una Nación. Es quien debe encarnar la solidaridad que une a la población, pues es la nota característica, fundante, que convierte a un grupo aislado de hombres y mujeres, en País, en Nación.⁴⁵

El cobijo y mantenimiento de nuestros niños –aun los que no pueden vivir con sus familias– es una obligación soberana del Estado, que no puede ser condicionada por ningún organismo internacional. Los hogares convivenciales u otros dispositivos de cuidados para NNA que no pueden vivir con sus familias y no hayan podido ser adoptados en nuestro país, constituyen una obligación del Estado en su deber de mantener el lazo de solidaridad de los integrantes de la Nación.

Por lo tanto, no es gasto público susceptible de ser reducido por mandatos de los organismos internacionales que exigen modificaciones internas por los “préstamos” formulados.

La adopción internacional es una intolerable abdicación de la soberanía nacional, que conlleva la entrega de las principales bases éticas de la Nación, pues a través de ella se renuncia a la solidaridad, descartando a los más débiles –a quienes quieren hacernos creer que sobran en nuestra patria– y desconociendo que justamente esa solidaridad es la base fundamental de la convergencia de un pueblo para constituirse en Nación.

⁴⁵ Callegari, Mariana y Siderio, Alejandro (dirs.), *Alimentos*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2017.

5.1. Los niños importados

El art. 2.637 del CCyC establece

... que una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República Argentina cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptado cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado. A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

El orden público argentino se encuentra determinado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre los cuales la Convención impone que toda resolución administrativa o judicial sea atendida de acuerdo con el interés superior del niño.

En virtud de ello, en el procedimiento de exequatur –reconocimiento de la sentencia extranjera– no solo debe intervenir el Ministerio Público, sino que puede y debe verificarse que no se lesione con dicha convalidación el interés superior del niño. En virtud de lo cual, pueden verificarse las condiciones en las que se encuentra, la calidad del vínculo existente y señalar aquellas medidas, procedimientos o tratamientos que resulten necesarios para evitar o reducir posibles daños en la criatura.

Si bien el país de origen pudo haber evaluado la conveniencia de la adopción y la elección de postulantes, por el principio de actualidad del orden público corresponde que, al solicitarse la convalidación de aquella sentencia, se verifiquen las condiciones actuales de ese NNA.

Si en toda adopción existen discontinuidades,⁴⁶ con más razón en aquellas circunstancias donde existen desplazamientos internacionales, cambios culturales, idiomáticos, étnicos, debe atenderse a sus posibles consecuencias,⁴⁷ dado que el derecho tiene entre sus responsabilidades evitar los daños.

El art. 1.710 del CCyC impone el deber jurídico de evitar daños no justificados y adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud.

⁴⁶ Janin, Beatriz, "Adopciones tardías", en *Revista Desvalimiento Psicosocial*, N° 4, UCES, 18 de octubre de 2017.

⁴⁷ Giberti, Eva: "El sujeto psíquico se consagra en la transmisión de su historia", en "Adopción Internacional..." (capítulo 8), *Adopción siglo XXI*, op. cit.

La oposición a la adopción internacional no debe recaer solo en los recelos que puedan existir respecto de la trata y el tráfico de niños con el objeto de adopción,⁴⁸ sino en entender que el interés superior del niño tiene una dimensión interdisciplinaria, es decir, no es únicamente la subsistencia económica o el estándar de vida material lo que debe sopesarse en la adopción internacional, sino tener en cuenta las consecuencias psíquicas y sociales que conlleva el desarraigo y la integración forzada a otra cultura, que muchas veces incluso rechaza y criminaliza al extranjero.

La Corte IDH establece que la adopción internacional es la última ratio, pues aún resulta preferible la digna institucionalización en el país de origen que el destierro.

En el párrafo 226 de la condena a Guatemala se señala que

... la determinación del interés superior del niño, cuando la adopción internacional es una posibilidad, es un ejercicio complejo, pues *se debe evaluar en qué medida la adopción en el extranjero sería compatible con otros derechos del niño* (tales como, el derecho a crecer hasta donde sea posible bajo el cuidado de sus padres o el derecho a no ser privado arbitrariamente e ilegalmente de ninguno de los elementos de su identidad), así como la situación familiar del niño (incluyendo las relaciones con hermanos) y tratar de predecir el potencial del niño para adaptarse a los nuevos arreglos de cuidado en un nuevo ambiente.

El Comité de Derechos del Niño ha establecido que, al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los siguientes pasos:

- a) determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás, con la particularidad de que en la adopción debe ser el factor determinante, y
- b) seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación

48 La Corte IDH, en el párrafo 314 de su condena a Guatemala ("Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala", *op. cit.*), indicó: "Por otra parte, la adopción ilegal ha sido considerada una forma de explotación, de forma tal que la trata de personas con fines de adopción no requeriría para su configuración una explotación posterior del niño o niña, distinta a la propia adopción. Al respecto, el perito Nigel Cantwell resaltó que la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la trata de niños "para cualquier fin o en cualquier forma" y que "la noción amplia de 'explotación' es un componente integral de la mayoría de los actos ilícitos que dan lugar a la adopción ilegal". La Relatoría Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha indicado que la adopción internacional es una causa de la trata y se ha referido a las adopciones ilegales como unos de las "otras formas de explotación" a los que se destina la venta y trata de niños. Además, la Relatora especial sobre la trata de personas ha resaltado que "son [...] muy numerosas las víctimas de la trata que se destinan [...], en el caso de los niños, a la adopción internacional". Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha destacado que las adopciones fraudulentas son una modalidad de trata de personas. Asimismo, la Organización Internacional para las Migraciones ha señalado que un indicador de la trata de personas es que las víctimas "son adoptados(as) con el uso de trámites fraudulentos (adopción irregular)". La Corte también observa que varios países de la región han incluido el delito de trata de personas con fines de adopción en su legislación nacional.

adecuada del derecho.

Asimismo, indicó que

... el principio de subsidiaridad significa que la adopción internacional solo debe considerarse si no se ha podido encontrar otra solución adecuada de cuidado alternativo en el país de origen de la niña o niño. El “principio de subsidiariedad” sirve como una base para decidir si la adopción internacional es necesaria y en el mejor interés de una niña o niño, contrario a cualquier solución apropiada dentro de su país que pueda estar disponible. En virtud de dicho principio, la adopción internacional debe ser aprobada únicamente cuando la niña o niño “no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”.⁴⁹

Y que

... el Comité de los Derechos del Niño, en similitud a lo alegado por la Comisión y los representantes, ha indicado que la adopción internacional debería considerarse como último recurso. El perito Nigel Cantwell explicó que, si bien no resulta adecuado hablar de “último recurso”, “es claro que la Convención [sobre] los Derechos del Niño especifica el requisito de examinar todas las opciones domésticas potencialmente adecuadas antes de considerar las posibilidades y la conveniencia de una adopción internacional”, lo cual se basa tanto en el artículo 21.b de la Convención sobre los Derechos del Niño como en el artículo 20.3 del mismo instrumento, que establece que al examinar las soluciones se tendrá debidamente en cuenta el trasfondo de la educación del niño y del origen étnico, religioso, cultural y lingüístico del niño.⁵⁰

Facilitar la adopción internacional contribuye a exonerar de culpa y responsabilidad a los países proveedores de redistribuir sus recursos internos en forma equitativa para ofrecer una alternativa a los más vulnerables en sus propios territorios.

Sería preferible que las agencias internacionales que se benefician económicamente con el dolor y las necesidades ajenas, “preocupadas por el sufrimiento de niños en países pobres”, colaboren para que esos países salgan adelante o puedan conservar a sus niños con dignidad en los lugares de origen; sin aprovecharse

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 231.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 232.

de la desigualdad, la pobreza y la injusticia, lucrando con sentimientos y personas como si fueran objetos intercambiables en plataformas comerciales digitales.

Atilio Álvarez señaló:

La analogía entre esclavitud y tráfico de niños es cada vez más evidente, pues ambas realidades se basan en la cosificación de la persona humana. De allí que suelen coincidir en los mismos sectores ideológicos el apoyo al contractualismo en adopción, la justificación del tráfico de niños como mal tolerable, el desdén por los vínculos de origen y las propuestas de desplazamiento internacional de niños, verdadero cuarteto de lacras que infectan la noble institución de la adopción en nuestro tiempo.⁵¹

⁵¹ Álvarez, Atilio, "Adopción y vínculos fraternos", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, abril de 2011, p 34.

Niños con necesidades de protección internacional

María Soledad Figueroa¹

Luciana Luaces Bossini²

¹ Abogada. Asesora Legal de la Dirección General de Derechos Humanos y Temas de Género del Ministerio de Relaciones, Comercio Internacional y Culto. Miembro de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) de 2010 a 2018. Docente de Derecho Internacional de Refugiados en la Universidad de Buenos Aires.

² Abogada. Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Integrante del Programa de Asesoramiento y Representación Legal para personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiada de la Defensoría General de la Nación. Oficial de Elegibilidad de la Secretaría Ejecutiva de la CONARE entre 2011 y 2013.

ARTÍCULO 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

1. El artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del niño y los estándares de protección en la República Argentina

El artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la República Argentina el 4 de diciembre de 1990, dispone lo siguiente:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Por su parte, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados es el principal instrumento legal sobre la materia. Este instrumento internacional, ratificado por 145 países, define el término “refugiado” y establece los derechos de las personas refugiadas, así como las obligaciones de los Estados para su protección.

En nuestro país se encuentra vigente desde el año 2006 la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado –Ley N° 26.165–, que recoge textualmente la definición de la citada Convención, a la vez que incorpora la denominada “definición ampliada” de refugiado establecida por la Declaración de Cartagena sobre los refugiados.

El artículo 4 de la Ley dispone que

... el término refugiado se aplicará a toda persona que: a) Debido a fundados

temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él; b) ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

El pilar fundamental sobre el cual se basa el esquema de protección de refugiados y solicitantes en Argentina se encuentra en el artículo 1 de la Ley, que señala:

La protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina³, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo...

Teniendo en cuenta la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos establecida en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esta norma implica que son los tratados y la interpretación que de ellos hacen los órganos de control de estos instrumentos internacionales los que fijan los estándares que deben regir en materia de determinación de la condición de refugiado.

Los principios que rigen la protección de los refugiados en nuestro país están expresados en el artículo 2 de la Ley N° 26.165, a saber: principios de no devolución –incluyendo la prohibición de rechazo en frontera–, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine. Receptando el carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la condición de refugiado, el citado artículo establece que los principios “se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento”.

³ A la fecha, la Argentina ha ratificado la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos celebrados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, con excepción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual será ratificado en los más breves plazos, encontrándose en su etapa final los trámites necesarios a tal efecto.

2. No devolución

Es internacionalmente reconocido que el principio de no devolución constituye la piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados. Este principio está consagrado en el artículo 7 de la Ley, que establece que ningún refugiado –entendiéndose como incluido en este término al solicitante de asilo cuyo procedimiento de determinación de la condición de refugiado esté todavía pendiente de resolución firme– podrá ser expulsado, devuelto o extraditado a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En lo que se refiere a niñas y niños, el Comité de Derechos del Niño ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para el niño o la niña de daño irreparable a sus derechos contenidos en los artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”, “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”, agregando que “el retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunde en el interés superior”, por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”.⁴

3. Unidad de la familia

La unidad de la familia es un derecho consagrado, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que afirman que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Tal como señala el *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado del Alto Comisionado*

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 21 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014, párr. 231.

de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR),⁵ el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención de 1951 recomendó a los gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección de la familia del refugiado y especialmente para asegurar que esta se mantenga, sobre todo en los casos en que el jefe de familia reúna las condiciones para ser admitido en un país; asimismo, asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a las jóvenes, principalmente en cuanto a la tutela y la adopción.

El citado principio se encuentra recogido en los artículos 5 y 6 de Ley N° 26.165.

Hay muchas razones por las cuales un niño o niña pueden quedar separados de su familia en las emergencias. La separación ocurre de manera accidental –cuando se huye del peligro o durante una evacuación– o deliberadamente, cuando los niños y las niñas son abandonados o entregados al cuidado de otro individuo o a un hogar de protección de niños y niñas, tal vez en la creencia de que tendrá más oportunidades de supervivencia o acceso a los servicios. Es posible evitar que los niños y las niñas queden separados de sus familias, aun en emergencias extremas.

Se puede trabajar con las autoridades pertinentes y otras agencias para reducir el riesgo de separación.⁶

4. Procedimiento de determinación de la condición de refugiado

La finalidad del procedimiento de determinación de la condición de refugiado es esencialmente humanitaria. Este concepto está incorporado en la Ley N° 26.165 que, en su artículo 49, expresa que la decisión sobre la condición de refugiado es un acto “declarativo humanitario e imparcial”.

Las reglas mínimas del debido proceso derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto del sistema universal como de los sistemas regionales, incluyen el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un órgano competente e imparcial; a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete; a la comunicación previa y detallada de sus derechos y obligaciones, y a la concesión al solicitante del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa o presentación de su caso. También comprenden

⁵ Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf> [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Directrices Generales Inter-Agenciales sobre NIÑAS Y NIÑOS NO ACOMPAÑADOS Y SEPARADOS”, enero de 2004, p. 14.

el derecho del solicitante a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor; y el derecho a recurrir la decisión ante juez o tribunal superior. Por su parte, las garantías del debido proceso establecen la necesidad de que las decisiones que se adopten sean fundadas, evitando así una posible arbitrariedad y la posibilidad de presentar un recurso efectivo que habilite al interesado a solicitar la revisión de una decisión denegatoria.

En efecto, el artículo 32 de la Ley N° 26.265 establece claramente que el procedimiento para determinar la condición de refugiado se llevará a cabo con arreglo a los principios de confidencialidad y de debido proceso legal. En especial, se reconoce al solicitante de estatuto de refugiado el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete calificado si no comprende o no habla el idioma nacional; debe concedérsele el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de sus intereses y tendrá derecho a ser asistido por un defensor en todas las instancias del procedimiento. La Comisión Nacional para los Refugiados (en adelante, CONARE) deberá coordinar las acciones necesarias para la accesibilidad de servicios jurídicos gratuitos e idóneos para los solicitantes de asilo.

En Argentina, la mayoría de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado se inician ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE con sede en la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, nada obsta a que la solicitud sea presentada ante cualquier autoridad, ya sea central, regional o municipal, de policía, fronteras, migración judicial o cualquier otro funcionario habilitado que tuviera conocimiento de la aspiración de un extranjero de acceder al procedimiento. En línea con lo señalado por el artículo 39 de la Ley, cualquiera de estas autoridades es responsable de garantizar el respeto al principio de no devolución y notificar dicha solicitud inmediatamente ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE.

5. Niños no acompañados o separados de sus familiares

Se define “niños separados” a aquellos separados de ambos padres o de su anterior tutor legal o la persona que acostumbra cuidarlos, pero no necesariamente de otros parientes. Esta categoría incluye a niños o niñas acompañados por otros adultos de su familia.

En cambio, se entiende por “niños no acompañados” a aquellos que han quedado separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto que, por ley o por costumbre, es responsable de hacerlo.

Desde la adopción de la Convención de 1951 hasta la fecha, se han desarrollado avances importantes en materia de protección a niños y niñas solicitantes y refugiados, sobre todo vinculados a las garantías procesales que deben observarse en todo proceso administrativo y judicial en que se considere la necesidad de protección internacional de niños, niñas y adolescentes, ya sea que se encuentren en el contexto de un grupo familiar o que estén no acompañados o separados de sus familias.

En este contexto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha brindado importantes herramientas para interpretar el contenido del derecho de asilo consagrado en el artículo 22.7 de la Convención Americana y, en particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), a partir de su Opinión Consultiva N° 21, ha indicado que

... las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo y pueden consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición de refugiado una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género. Por otra parte, junto con las referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a las niñas y niños, a desplazarse forzosamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales. Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda petitionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros

miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar. Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen.⁷

6. El procedimiento para solicitudes presentadas por niños, niñas o adolescentes en la República Argentina

La obligación recogida en el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño de adoptar “medidas adecuadas” para que el niño –acompañado o no acompañado, que trate de obtener el asilo– reciba la protección adecuada, lleva consigo la obligación de establecer un sistema operante en materia de asilo, así como de promulgar legislación en la que se refleje el trato especial de los menores no acompañados y separados, y crear las capacidades necesarias para poner en práctica este trato de acuerdo con los derechos pertinentes recogidos en la Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, o referidos a la protección de los refugiados o al derecho humanitario en que el Estado sea parte. Se anima vivamente a los Estados, cuyos recursos para iniciar la labor de creación de capacidad sean insuficientes, a que recaben asistencia internacional, en particular, de ACNUR.⁸

En nuestro país, un grupo de trabajo coordinado por el ACNUR e integrado por la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), la Defensoría General de la Nación (DGN), la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), y organizaciones internacionales y no gubernamentales afines, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Fundación Comisión Católica para las Migraciones (FCCAM), Migrantes y Refugiados Argentina (MyRAR), elaboró un “Protocolo para la Protección, Asistencia y Búsqueda de Soluciones Duraderas para los Niños no Acompañados o Separados de sus Familias en Búsqueda de Asilo”.

El Protocolo tiene por objetivo el establecimiento de un mecanismo coordinado de intervención y respuesta para satisfacer las necesidades de protección y cuidado

⁷ Opinión Consultiva N° 21, *op. cit.*, párrs. 80-81.

⁸ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 6 “Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 64.

de los niños y niñas no acompañados o separados de sus familias que buscan protección internacional en el país, que defina claramente los roles y las responsabilidades de los distintos actores involucrados en su atención, desde el momento de su identificación hasta encontrar una solución duradera a su situación.

Asimismo, el Protocolo procura lograr un mayor entendimiento de las necesidades de protección y asistencia de dichos niños y niñas, así como contribuir a una mayor comprensión de los roles y responsabilidades de las distintas instancias involucradas en su atención.

La Parte Preliminar del Protocolo se refiere a los alcances, régimen legal, principios y criterios aplicables a aquel, así como al mandato, misión o competencia de los actores responsables de su implementación.

Luego, la Primera Parte está vinculada a las medidas iniciales de protección y cuidado, así como a la implementación de un procedimiento especial para la determinación de sus necesidades de protección internacional.

La Segunda Parte incluye cuestiones relacionadas con la implementación de un procedimiento formal para la determinación del interés superior de los niños y niñas no acompañados o separados de sus familias, cuyas necesidades de protección internacional hayan sido establecidas. Además, se refiere a la búsqueda e implementación de soluciones duraderas para su situación.

La última parte del Protocolo aborda aspectos referidos a la elaboración de una estrategia de implementación de este; en particular, la capacitación, concientización y sensibilización de los distintos actores vinculados al trabajo de asistencia, protección y búsqueda de soluciones duraderas para los niños y niñas no acompañados o separados; la actualización de diagnósticos participativos sobre su situación en el país, y el planeamiento participativo para el diseño de la estrategia y proyectos de protección que puedan cubrir las brechas o vacíos existentes.

7. Tutela y representación legal a niños y niñas no acompañados

Entre las garantías del debido proceso legal con las que debe contar toda persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado está la de ser asistida por un representante legal desde el inicio mismo del procedimiento y en todas y cada una de sus etapas. La Corte IDH ha señalado que

... se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial (...) por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto el estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real.⁹

Particularmente, el Comité de Derechos del Niño ha sostenido que

... los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición del menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. (...) El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas¹⁰, dicha obligación está establecida también para los casos en que el menor solicite asilo, requiriéndose a su vez de representación jurídica gratuita.¹¹

El término “tutela” en esencia se refiere a la asignación de responsabilidad a un adulto u organización para que garantice que el interés superior del niño o niña sea respetado completamente; asegura que el niño o niña esté representado apropiadamente, que sus puntos de vista sean expresados y que las decisiones tomadas sean en el mejor de sus intereses, de conformidad con los artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹²

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, consideran que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad –entre los que se encuentran los niños y niñas, más aún cuando no están acompañados–, con el fin que los Estados no solo reconozcan los derechos, sino que también garanticen que

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 18 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, párr. 126.

¹⁰ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 6, *op. cit.*, párr. 33

¹¹ *Ibidem*, párrs. 36 y 69.

¹² Comité Internacional de la Cruz Roja, *op. cit.*, p. 27.

su titular pueda acceder a la justicia para que ese derecho sea tutelado.

Específicamente, estas señalan que, en razón de la edad, una persona puede encontrarse en situación de vulnerabilidad, y que todos los niños, niñas y adolescentes deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia. Además, indica que “el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad” y reconoce una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo.¹³

Las Reglas de Brasilia destacan la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: a) en el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad y b) en el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales.¹⁴

Frente a la realidad de que los niños y niñas no acompañados que abandonaron su país de origen se encuentran entre los grupos más vulnerables, y con el objeto de lograr el efectivo cumplimiento de las obligaciones legales y garantizar los derechos universalmente reconocidos, procurando aplicar las normas que mejor satisfagan sus derechos fundamentales y el acceso a la justicia reconocidos tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Ley N° 26.165, en 2007 se creó en el ámbito de la Defensoría General de la Nación el Programa para la Asistencia y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio, con el objeto de otorgarles una asistencia integral y ejercer la representación legal tanto en el ámbito jurídico como en el administrativo. Dicho Programa posteriormente extendió sus funciones para adultos y en la actualidad se denomina Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación.

En el contexto de las actividades del citado Programa, ante la identificación de un niño o niña no acompañado se da comunicación inmediata al defensor de menores e incapaces que se encuentre de turno, quien solicitará la adopción de medidas de

13 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, reglas 3, 5 y 13.

14 *Ibidem*, regla 28.

protección y cuidado que fueren necesarias de acuerdo con el interés superior del niño o niña, y designará judicialmente un tutor. Suele ocurrir que el niño o niña se encuentre solo, o bien que, estando con su familia, no cuente con documentación que formalmente compruebe el vínculo. Las medidas de protección y cuidado que se adopten dependen de cada caso concreto. Conjuntamente, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio interviene desde el inicio del proceso prestando colaboración y representación legal, procurando que se respeten todos sus derechos y garantías en el marco del procedimiento, incluyendo su derecho a ser oído en atención a su edad y grado de madurez, así como la consideración de su interés superior y el reconocimiento de su condición de refugiado.

En efecto, a raíz de un Acuerdo Marco de Cooperación suscrito en 2012 entre el Ministerio Público de la Defensa, la CONARE y ACNUR, la Comisión para la Asistencia y Protección al Refugiado brinda asesoramiento y representación legal en el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado a toda persona refugiada o solicitante de asilo que así lo requiera.

Esta práctica de servicio gratuito y especializado de defensa pública ha sido reconocida por ACNUR y varios países de la región como una buena práctica que refleja los altos estándares de protección vigentes en nuestro país.

Desde su creación, la Comisión ha asistido a más de 5.000 personas solicitantes de asilo y refugiadas de diversas nacionalidades, y aproximadamente son 160 los niños y niñas no acompañados. Dicha cifra ha aumentado en estos últimos años debido al arribo de las familias provenientes de Venezuela, donde los niños no poseen documentación que acredite el vínculo con sus padres.

7. Consideraciones finales

Las estadísticas son alarmantes. Según el informe de ACNUR sobre “Tendencias Globales de Desplazamiento Forzado en 2018”,¹⁵ son 70,8 millones las personas desplazadas forzosamente en el mundo. Según este informe, los menores de 18 años constituyen la mitad de la población refugiada en 2018, más que el 41% de 2009, pero una tasa similar a la de los años previos.

Los niños y niñas se hallan entre las personas más vulnerables del mundo. Y en

¹⁵ Disponible en <https://www.acnur.org/5d09c37c4.pdf> [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2019].

un contexto de desplazamiento, su vulnerabilidad, si cabe, es mayor. Se exponen a sufrir las peores formas de abusos y privaciones, durante el viaje y también en los países a los que llegan. Son detenidos y agredidos; son forzados a trabajar o a realizar favores sexuales; son rechazados y discriminados por su nacionalidad, origen étnico, género, religión y estatus migratorio. Los niños y niñas se encuentran en mayor riesgo que los demás. Sus padres o cuidadores puede que aún se encuentren en el país de origen o incluso en un tercer país. Además, han perdido la protección de su propio gobierno.¹⁶

La normativa y práctica de la República Argentina sobre protección internacional de niños, niñas y adolescentes se ajusta a los estándares internacionales establecidos en los principales instrumentos internacionales sobre la materia, tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En efecto, en nuestro país se ha avanzado significativamente en los últimos años, en particular en lo que se refiere a las garantías procesales y a la búsqueda de medidas de protección adecuadas, respetándose principios fundamentales como la unidad familiar.

Por su parte, a raíz de la cantidad actual de niños y niñas desplazados en el mundo, la temática de la niñez en el contexto de desplazamiento ha adquirido de a poco mayor importancia y visibilidad, procurando hacer frente a los desafíos que implica atender este fenómeno.

De conformidad con los estándares internacionales aplicables, en los procedimientos en materia de asilo que involucran a niños y niñas deberá primar el interés superior de estos para asegurar el respeto, la protección y garantía de sus derechos, más aún cuando se encuentran no acompañados o separados de sus familias.

Sin embargo, consideramos que los derechos y garantías específicos de niños y niñas mencionados a lo largo del presente artículo constituyen un piso mínimo inviolable que los Estados deben garantizar tanto en su legislación como en la práctica.

El desafío está en mantener los altos estándares en materia de protección de niños y niñas refugiados, en un mundo con políticas migratorias cada vez más restrictivas que contrastan con cifras de personas desplazadas forzosamente equiparables a las que se registraron a raíz de la Segunda Guerra Mundial.

¹⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, *op. cit.*, p. 34.

La protección especial de niños, niñas y adolescentes con discapacidad

Cecilia Bertolé¹

¹ Abogada. Especialista en Magistratura Judicial (UNSM). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UNM). Maestranda en Estudios Sociales y Culturales (UNLPam). Secretaria Académica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Coordinadora de la Diplomatura en Derechos de la Niñez (FCEyJ-UNLPam). Titular de la asignatura Derecho Internacional Público (FCEyJ-UNLPam). Docente de Posgrados (FCEyJ-UNLPam). Secretaria del Observatorio de Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam). Coordinadora de la Comisión de Niñez de dicho Observatorio. Coordinadora del Área de Derecho Público de la FCEyJ (UNLPam, hasta 2016). Secretaria Letrada de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Provincia de La Pampa (2005-2016).

ARTÍCULO 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN, la Convención o el instrumento internacional) es un instrumento internacional con alcance casi universal² que establece un importante cambio en la mirada cultural en relación con este colectivo.³

Este cambio señala que los niños y las niñas son sujetos de derechos y, por lo tanto, cuentan con el reconocimiento de todos los derechos que posee el adulto más un plus de protección que les debe brindar el Estado en función de su condición de persona menor de edad.

En el caso de los niños y las niñas con discapacidad, este plus de protección debe tener una mirada aún más particular: poseen los mismos derechos que cualquier otro niño o niña pero, en la práctica, el ejercicio y el acceso se tornan especialmente difíciles.

Las dificultades a las cuales se enfrentan poseen su anclaje en la discriminación y se traducen en diferentes grados de exclusión, intensificando los factores de vulnerabilidad. Estos niños y niñas suelen sufrir privaciones en su infancia que se corresponden con menos oportunidades de acceso. Los Estados deben generar condiciones de igualdad que permitan que las niñas y los niños con discapacidad puedan participar de la vida en comunidad y contribuir con ella.⁴

La visualización de las particularidades de este colectivo permite superar las barreras impuestas socialmente y derribar los obstáculos físicos, políticos y las actitudes sociales negativas en pos de la igualdad.

2. La Convención sobre los Derechos del Niño

Como lo sostiene el Comité de Derechos del Niño (en adelante, el Comité),⁵ la CDN "... fue el primer tratado de derechos humanos que contenía una referencia específica a la discapacidad, en el artículo 2 sobre la no discriminación y un artículo

² EE.UU. es el único Estado que no ha ratificado el instrumento internacional.

³ Beloff, M., "Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, noviembre de 1999, p. 1. Disponible en https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf [fecha de consulta: 14 de julio de 2019].

⁴ UNICEF, informe *Estado Mundial de la Infancia 2013: Niñas y niños con discapacidad*, mayo de 2013.

⁵ El Comité de Derechos del Niño es el órgano de monitoreo de la Convención, creado por el mismo tratado en el artículo 43.

separado, el 23...".⁶ Ningún Estado parte en la Convención ha formulado reservas en relación con este último artículo.

El instrumento incorporó una disposición específica relativa a los niños y las niñas con discapacidad, que señala las obligaciones del Estado. El artículo 23 contiene, en este sentido, cuatro párrafos vinculados.

El primero hace referencia al derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad y la realización de su autonomía.

El segundo se refiere a los cuidados especiales que se suelen requerir, señalando que los Estados deben asegurarlos con sujeción a los recursos disponibles.

El párrafo tercero postula que las necesidades especiales que requieran serán gratuitas y estarán destinadas a que los niños y las niñas con discapacidad puedan acceder en igualdad de condiciones a la educación, servicios de rehabilitación, sanitarios, con la finalidad de que logren la máxima integración a la vida social y cultural.

El último párrafo alude a la obligación del Estado en relación con la promoción del intercambio de información sanitaria, preventiva y de tratamiento médico.⁷

Por otra parte, para efectuar un análisis adecuado de la temática, es necesario mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento que se aprueba en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos en diciembre de 2006 y establece un profundo cambio de paradigma.

Este instrumento internacional instaura el modelo social, que

... es aquel que considera que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son en gran medida sociales. Desde esta

⁶ Observación General N° 9 "Los derechos de los niños con discapacidad", CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párr. 2.

⁷ Artículo 23: 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

filosofía se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de las personas – sin discapacidad, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia.⁸

La visión que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –instrumento que tuvo gran participación del colectivo– encuentra su base en el respeto a los derechos humanos y en la diversidad. Entiende que la discapacidad es parte de la condición humana y se posiciona en valorar a las personas desde aquello que poseen y no desde lo que carecen.

Por lo tanto, para un adecuado abordaje de temáticas vinculadas a niños y niñas con discapacidad podrá utilizarse un enfoque combinado en ambos instrumentos internacionales, buscando siempre la norma más amplia y más protectora en virtud de las circunstancias particulares.⁹

3. Observación General N° 9 “Los derechos de los niños con discapacidad”

A los efectos de analizar específicamente la cuestión de los niños y las niñas con discapacidad, se seguirá el desarrollo realizado por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 9, de 2007, destinada específicamente a este colectivo.

Dentro de los fundamentos que resalta en relación con la necesidad de dictar la observación, encontramos que es esencial que los Estados lleven a la práctica un compromiso en la toma de medidas con carácter singular para este grupo de personas, destacando la influencia positiva de la aparición de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el mayor interés de los Estados de prestar atención a niños y niñas.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante visualizar que los cambios legislativos no se traducen necesariamente en modificaciones en términos reales; el cambio debe darse en diferentes niveles, comprendiendo esto la generación de políticas públicas adecuadas, acompañadas de presupuesto y trabajo serio a nivel social

⁸ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección Cermi, Madrid, Cinca, 2008, p. 26. Disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf> [fecha de consulta: 14 de julio de 2019].

⁹ Salvioi, F., “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles* (Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos), Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 2.

que deben realizar los Estados como parte de su compromiso internacional al momento de ratificar un tratado de derechos humanos.

El ejercicio de los derechos se hace particularmente difícil para niños y niñas con discapacidad, ya que van sumando factores de vulneración que pueden generar discriminaciones múltiples; es por eso que el Comité sostiene que ha sido fundamental mencionar explícitamente la discapacidad en el artículo 2 de la CDN como una forma específica de discriminación.¹⁰

4. Obligaciones de los Estados

El Comité se expresa en relación con las medidas que deben tomar los Estados para impedir y eliminar la discriminación a niños y niñas con discapacidad, entre las que podemos resaltar: incluir la discriminación por discapacidad en sus disposiciones legislativas, prever recursos adecuados en relación con el facilitamiento del acceso de niños y niñas en caso de que existan violaciones a sus derechos y organizar campañas de concientización social.

El Comité reconoce el párrafo 1 del artículo 23 como rector en la materia, siendo fundamental garantizar el disfrute de una vida digna, decente y plena que le permitan el desarrollo de su propia autonomía, teniendo como norte la inclusión social.¹¹

En este mismo sentido, el Comité insta a los Estados a desarrollar políticas públicas inclusivas que tengan por objeto no solo garantizar el pleno disfrute de los derechos que señala la Convención, sino abordar los cuidados y la asistencia con la que debe contar el contexto familiar, a los efectos de afrontar adecuadamente las diferentes etapas de crecimiento del niño o la niña.

Ha mencionado también que, si bien la atención y la asistencia especial deben depender de los recursos disponibles del Estado, este debe analizar esta cuestión como prioritaria y asignar el máximo de aquellos posibles.¹²

Las responsabilidades asumidas por el Estado al momento de adoptar el instrumento internacional deben traducirse en medidas de acción positiva, ya que la

¹⁰ "El estigma social, los temores, la sobreprotección, las actitudes negativas, las ideas equivocadas y los prejuicios imperantes contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a la marginación y alienación de los niños con discapacidad..." (Observación General N° 9, *op. cit.*, párr. 8).

¹¹ *Ibidem*, párr. 11.

¹² *Ibidem*, párr. 14 b).

reproducción de meras enunciaciones de derechos no cumple con las exigencias que caen en cabeza del Estado. Con esa finalidad, debe desarrollar políticas públicas adecuadas y planes de acción que tengan una mirada singular con respecto a niños y niñas con discapacidad. A su vez, estas políticas deben ser acompañadas de recursos adecuados para que no sean simples expresiones de deseos. Es necesario, además, que los Estados cuenten con estadísticas que reflejen la situación real de este colectivo para lograr diseños que sean completos e inclusivos.

Los Estados deben contar con mecanismos adecuados de coordinación entre los diferentes servicios que asisten a los niños y las niñas con discapacidad, a los efectos de no realizar abordajes fragmentados que no se aproximen a los niños o a las niñas como una unidad y, en definitiva, dificulten el acceso al ejercicio de sus derechos.

El Comité también resalta la función de las organizaciones no gubernamentales, alentando a los Estados a apoyar estas instituciones que, muchas veces, coadyuvan en el ejercicio del derecho de las familias cuando presentan reclamos para la solicitud de alguna prestación o servicio específico.¹³

Asimismo, encomienda al Estado la difusión de los instrumentos de protección de derechos humanos de personas con discapacidad y la utilización de diseños universales.

5. Niños y niñas con discapacidad: algunos derechos en particular

El Comité hace referencia en el punto IV de la Observación General a algunos de los derechos de los niños y las niñas con discapacidad, en particular menciona el “interés superior del niño”, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el respeto de la opinión del niño.

El interés superior del niño¹⁴ ha sido definido por el mismo Comité como un concepto trino,¹⁵ que debe estar presente en cualquier medida que atañe a cualquier niño o niña. En particular, sostiene que debe ser la base para elaborar cualquier programa, política o servicio prestado a los niños y a las niñas con discapacidad.

¹³ En el caso particular del colectivo de las personas con discapacidad, la participación de las organizaciones no gubernamentales ha sido determinante para el reconocimiento de sus derechos.

¹⁴ Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¹⁵ Observación General N° 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 6.

Si bien este concepto ha sido fuertemente criticado por la doctrina en relación con la indeterminación de su contenido,¹⁶ aun con posterioridad a la Observación General del Comité que viene a darle forma, la construcción del interés superior en el caso de los niños y niñas con discapacidad debe tener una visión más particular, ya que debe identificarse con las necesidades reales –no adultas– que ese niño o niña posee y con su particular mirada del mundo.

Para realizar este análisis, es fundamental que el adulto tome como punto de partida las capacidades de este niño o niña y no las barreras que le imponen el entorno y la sociedad.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo es uno de los derechos que se ve más afectado en el caso de niños y niñas con discapacidad. En este sentido, en general los costos de vida son más altos y las familias deben afrontar situaciones excepcionales en la crianza que los colocan en mayores condiciones de vulnerabilidad. El Estado debe tener especialmente en cuenta esta cuestión, facilitando servicios de cuidado y acompañamiento del grupo familiar que beneficien el desarrollo de la niña o niño.

Sobre el respeto a la opinión del niño, el Comité también hace una referencia particular al derecho a ser escuchado y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta. Se encuentra comprendido en el artículo 12 de la Convención¹⁷ y es –en ocasiones– difícil de llevar a la práctica en el caso de niños y niñas con discapacidad. Es fundamental el involucramiento del colectivo en todas las decisiones inherentes a los diferentes aspectos de su vida, que contemple una mirada especial en cuanto a sus deseos e intereses.

En muchas ocasiones, cuando las dificultades en cuanto a la comunicación verbal representan un obstáculo para los niños y niñas con discapacidad, es esencial que se realicen todos los esfuerzos para que su voz sea escuchada en igualdad de condiciones. Los diseños de acceso universales pueden colaborar con la participación activa, contemplando las distintas circunstancias que pueden plantearse al efecto.

¹⁶ Beloff, M., *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

5.1. Derechos y libertades civiles

El punto V de la Observación hace referencia a los derechos y libertades civiles. El Comité señala que debe prestarse especial atención a los ámbitos en donde es más probable que se vulneren derechos de los niños y niñas con discapacidad y que requieran programas especiales para su protección.

En este sentido, detecta posibles deficiencias en la inscripción de los nacimientos,¹⁸ que puede derivar en una vulneración a sus derechos de acceso a los servicios de salud, educación y sociales. También resalta el acceso a la información y a los medios de comunicación, que permiten una forma de vida más autónoma. Asimismo, el acceso a la información les posibilita tomar decisiones en mejores condiciones y los habilita a mejorar cuestiones vinculadas con el lenguaje.

5.2. La importancia del entorno familiar

El punto VI de la Observación hace referencia a la importancia del entorno familiar, entendiendo que el centro de vida es la mejor opción para el desarrollo de los niños y las niñas con discapacidad. El Comité reconoce que las familias afrontan situaciones particulares a lo largo de la vida del niño o la niña, y asumen mayores necesidades de diferentes tipos vinculadas al cuidado, rehabilitación, educación, etc. Es necesario que el Estado apoye los entornos familiares y brinde las herramientas para una adecuada contención.

Se ha reconocido que este colectivo es más vulnerable a los abusos, sean físicos o mentales,¹⁹ por lo que los Estados han asumido el compromiso de hacer frente a la violencia y deben laborar ampliamente en la prevención.²⁰

¹⁸ Observación General N° 9, *op. cit.*, párr. 34.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 42.

²⁰ En la misma Observación, se insta a los Estados Partes a que, al hacer frente a la cuestión de la violencia y los abusos, adopten todas las medidas necesarias para la prevención del abuso y de la violencia contra los niños con discapacidad, tales como: a) Formar y educar a los padres u otras personas que cuidan al niño para que comprendan los riesgos y detecten las señales de abuso en el niño; b) Asegurar que los padres se muestren vigilantes al elegir a las personas encargadas de los cuidados y las instalaciones para sus niños y mejorar su capacidad para detectar el abuso; c) Proporcionar y alentar los grupos de apoyo a los padres, los hermanos y otras personas que se ocupan del niño para ayudarles a atender a sus niños y a hacer frente a su discapacidad; d) Asegurar que los niños y los que les prestan cuidados saben que el niño tiene derecho a ser tratado con dignidad y respeto y que ellos tienen el derecho de quejarse a las autoridades competentes si hay infracciones de esos derechos; e) Asegurarse de que las escuelas adoptan todas las medidas para luchar contra el hostigamiento en la escuela y prestan especial atención a los niños con discapacidad ofreciéndoles la protección necesaria, al mantener al mismo tiempo su inclusión en el sistema educativo general; f) Asegurar que las instituciones que ofrecen cuidados a los niños con discapacidad están dotadas de personal especialmente capacitado, que se atiene a las normas apropiadas, está supervisado y evaluado periódicamente y tiene mecanismos de queja accesibles y receptivos; g) Establecer un mecanismo accesible de queja favorable a los niños y un sistema operativo de supervisión basado en los Principios de París (ver el párrafo 24 supra); h) Adoptar todas las medidas legislativas necesarias para castigar y alejar a los autores

En muchas oportunidades, los niños y niñas con discapacidad son trasladados a hogares de cuidados, ante la imposibilidad o el abandono de sus familias, que deben ser apoyadas por el Estado para brindar calidad en los cuidados especiales que se requieran.

Surge en cabeza del Comité una preocupación –manifiesta en la Observación que se comenta– en cuanto a la cantidad de niños y niñas con discapacidad que son ubicados en instituciones, indicando que muchas veces la calidad del cuidado es inferior a las necesidades y niveles que se requieren, debiendo las autoridades realizar revisiones periódicas y extremar los controles.

5.3. Derecho a la salud

El derecho a la salud suele ser prioritario en relación con los niños y las niñas con discapacidad. El comité señala con preocupación la falta de programas de atención adecuados, específicos y la inclusión en dichos programas de atención temprana, insumos, prótesis y tratamientos.

La asistencia en materia de salud debe ser abordada por los mismos servicios que atienden a todos los niños y las niñas, debiendo el Estado trabajar fuertemente en la prevención de factores tales como la desnutrición, las enfermedades contagiosas, los matrimonios consanguíneos, conflictos armados, entre otros.

La detección precoz de una discapacidad permite acceder a mejores tratamientos y abordajes en cuanto a la rehabilitación y suele ser más eficaz; las intervenciones tempranas posibilitan –muchas veces– una mejor evolución.

5.4. Acceso a la educación

Los niños y las niñas con discapacidad tienen los mismos derechos a la educación que los demás, debiendo los Estados garantizar su acceso. Es fundamental, en este sentido, el trabajo con los cuerpos docentes en el desarrollo de aptitudes que favorezcan la enseñanza en la diversidad.

La inclusión posee importantes beneficios para el niño o la niña con discapacidad,

de los delitos del hogar, garantizando que no se priva al niño de su familia y que continúa viviendo en un entorno seguro y saludable; i) Garantizar el tratamiento y la reintegración de las víctimas del abuso y de la violencia, centrándose especialmente en los programas generales de recuperación (párr. 43).

fortaleciendo su autoestima al encontrarse inserto en una determinada comunidad de estudiantes y pares.

La educación inclusiva²¹ debe tener en miras el desarrollo particular del niño o la niña con programas propios de inclusión que consideren sus particulares necesidades en el proceso de enseñanza-aprendizaje. El Comité ha caracterizado la educación inclusiva en el punto VIII.d, señalando que es

... conjunto de valores, principios y prácticas que tratan de lograr una educación cabal, eficaz y de calidad para todos los alumnos, que hace justicia a la diversidad de condiciones de aprendizaje y a las necesidades no solamente de los niños con discapacidad, sino de todos los alumnos.

A estos fines, se hace esencial contar con toda la colaboración de la comunidad académica y modificar los programas de formación de los y las docentes en perspectiva de derechos humanos y tomando como base la diversidad.

El derecho al juego y al esparcimiento –que, según el Comité, constituye una de las mejores formas de aprendizaje– muchas veces se ve limitado en el caso de los niños y niñas con discapacidad, no solo en cuanto al acceso sino en función de los tratamientos permanentes. Por ello, es fundamental que se cuente con diseños de actividades recreativas acordes, en pos de desarrollar aptitudes para el juego.

5.5. Medidas especiales de protección

En relación con las medidas especiales de protección que deben recibir los niños y las niñas con discapacidad en función de las obligaciones asumidas por el Estado en el artículo 2 de la Convención, el Comité efectúa interpretaciones en relación con el sistema de justicia de menores, brindando recomendaciones específicas en el caso de niños y niñas con discapacidad,²² explotación económica, niños y niñas

21 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Directrices sobre políticas de inclusión en la educación*, ED-2009/WS/31, 2009.

22 En cuanto a los derechos consagrados en el artículo 23 y dado el alto grado de vulnerabilidad de los niños con discapacidad, el Comité recomienda –además de la recomendación general formulada en el párrafo 73– que se tengan en cuenta los siguientes elementos del trato de los niños con discapacidad que (presuntamente) han infringido la ley: a) Un niño con discapacidad que haya infringido la ley debe ser entrevistado utilizando los lenguajes adecuados y tratado en general por profesionales, tales como los agentes de orden público, los abogados, los trabajadores sociales, los fiscales y/o jueces, que hayan recibido una formación apropiada al respecto. b) Los gobiernos deben desarrollar y aplicar medidas sustitutivas con una variedad y flexibilidad que permita ajustar la medida a la capacidad y las aptitudes individuales del niño para evitar la utilización de las actuaciones judiciales. Los niños con discapacidad que hayan infringido la ley deben ser tratados, en la medida de lo posible, sin recurrir a procedimientos jurídicos habituales. Tales procedimientos sólo deben considerarse cuando resulten necesarios en interés del orden público. En esos casos hay que desplegar esfuerzos especiales para informar al niño del procedimiento de la justicia de niños,

en situación de calle, explotación sexual, niños en conflictos armados y niños y niñas refugiados e internamente desplazados, pertenecientes a minorías y niños indígenas, señalando la vulnerabilidad especial a la cual se ven expuestos.

6. A modo de conclusión

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene entre sus disposiciones una mención específica a la discapacidad en su artículo 2, cuando hace referencia al principio de no discriminación, y en su artículo 23. Con relación a este último, el Comité de Derechos del Niño ha dictado la Observación General N° 9, en la que interpreta y define los alcances de esta disposición. Es fundamental que los Estados tengan especialmente en cuenta a los niños y niñas con discapacidad y utilicen un enfoque combinado con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece el modelo social.

Los niños y las niñas con discapacidad poseen los mismos derechos que el resto, pero el ejercicio y goce de estos derechos puede presentar más dificultades en función de la sumatoria de los factores de discriminación.

El rol del Estado en la planificación de políticas públicas que contemplen especialmente a los niños y niñas con discapacidad, y que incluyan adecuadas rehabilitaciones, abordajes integrales en materia de salud, educación y contención de los grupos familiares, es fundamental para que este colectivo pueda acceder a sus derechos en igualdad de condiciones.

Por otra parte, se hace esencial que los Estados eduquen a las sociedades al respecto, tratando de generar espacios inclusivos que permitan el desarrollo de las potencialidades particulares que posee cualquier persona.

La discapacidad debe ser contemplada como parte de la vida humana, entendiendo que los diseños universales benefician a todas las personas, en particular a los niños y a las niñas.

La inclusión permite reconocer a cada niño y a cada niña con discapacidad como

niñas y adolescentes y de sus derechos de acuerdo con éste. c) Los niños con discapacidad que hayan infringido la ley no deben colocarse en un centro de detención general para niños, niñas y adolescentes, ya sea como detención preventiva o como sanción. La privación de libertad debe aplicarse únicamente si es necesaria para ofrecer al niño un tratamiento adecuado y ocuparse de sus problemas que hayan conducido a la comisión del delito, y el niño debe ser colocado en una institución dotada de personal especialmente formado y otros centros que ofrezcan tratamiento específico. Al adoptar decisiones de esta índole la autoridad competente debe asegurarse de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías jurídicas (Observación General N° 9, *op. cit.*, párr. 74).

miembros plenos de la comunidad, facilitando el acceso a los derechos en condiciones de igualdad y promoviendo los valores adecuados para que sean considerados verdaderos sujetos de derechos.

Bibliografía

- Beloff, M., "Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, noviembre de 1999. Disponible en https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf [fecha de consulta: 14 de julio de 2019].
- Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 9 "Los derechos de los niños con discapacidad", CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.
- Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.
- Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989.
- Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Directrices sobre políticas de inclusión en la educación*, ED-2009/WS/31, 2009.
- Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección Cermi, Madrid, Cinca, 2008, p. 26. Disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf> [fecha de consulta: 14 de julio de 2019]. -
- Salvioli, F., "Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles* (Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos), Buenos Aires, Ediar, 2003.
- UNICEF, informe *Estado Mundial de la Infancia 2013: Niñas y niños con discapacidad*, mayo de 2013.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 24 Y 25

Los niños y la salud

Dra. Silvia Pujol¹

¹ Médica Psiquiátrica. Directora General de Salud Mental, Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires. Docente Universitaria.

ARTÍCULO 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
 - d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
 - e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
 - f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.
4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

ARTÍCULO 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

“El inicio de cada enfermedad me iba enseñando una y otra vez con qué seguro tacto, con qué cuidado y habilidad se presentaba siempre el infortunio. Pero no pretendía el llamar la atención. Todo empezaba con unas manchas en la piel, como con un ligero malestar. Era como si aquella enfermedad estuviera más que acostumbrada a esperar con paciencia a que el médico le diera alojamiento”.

Walter Benjamin, “La fiebre”, *Infancia en Berlín* hacia 1900

1. Introducción

Durante gran parte del siglo XX se produjo un proceso paulatino de reconocimiento de los derechos de los niños y niñas a partir de la internacionalización de las políticas de protección a la infancia.²

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es una clara muestra de ello. El contenido de dicha Convención puede dividirse en cuatro grupos de derechos: la satisfacción de las necesidades básicas de la infancia en relación con salud, seguridad social, nivel de vida, educación y desarrollo; la garantía de los derechos civiles y políticos; la colaboración con la familia respetando sus derechos y obligaciones; y la protección y atención a los niños y niñas en situaciones vulnerables y contra toda forma de explotación y violencia.

Los artículos 24 y 25 de la Convención se refieren al reconocimiento del derecho del niño a disponer del más alto nivel de salud; al acceso oportuno a los servicios de salud de calidad; a la promoción, prevención, asistencia y rehabilitación de la salud, siendo los Estados partes los que deberán asegurar el cumplimiento de esos derechos.³

Hablar sobre los niños implica contextualizar y desarrollar las distintas representaciones de la infancia a lo largo de la historia de Occidente.

Hablar de salud, de enfermedad, y de la protección y atención de la salud, implica también rever conceptos, definiciones y posiciones en torno a ellos, para poder

² Dávila Balsera, Pauli y Naya Garmendia, Luis María, “La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional”, en *Encounters on Education*, vol. 7, Madrid, 2006, pp. 71-93. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188> [fecha de consulta: 18 de junio de 2019].

³ UNICEF Comité español, *Convención sobre los derechos del niño*, 2006.

comprender “las relaciones de poder que pesan en el gobierno de la vida y de la enfermedad”.⁴

2. La infancia

Sabemos, a partir de los escritos de Philippe Ariès, que hasta aproximadamente el siglo XII no había espacio para la infancia.⁵

Atrás habían quedado las manifestaciones del arte griego y romano que representaban al niño lleno de gracia y candor.

En la Edad Media, el niño era visto como un adulto en miniatura. La infancia era el período de mayor fragilidad, en el que el niño no podía valerse por sí mismo, y cuando lograba cierta autonomía física y se producía el destete, comenzaba rápidamente a compartir el espacio de trabajo y de juego de los adultos.

Al separar rápidamente al niño de sus padres, la transmisión de valores y conocimientos era dada por los adultos con los que el niño o el joven convivía. No había escuela que se ocupara de su educación.

Siendo una época en la que la mortalidad infantil era muy alta debido a los accidentes y la falta de cuidados, la presencia del niño en la familia era tan breve que no existía un sentimiento especial o de gran apego hacia ellos. Solamente en los primeros años existía un sentimiento de “mimoseo”, que Ariès llamó *mignotage*, en el que los adultos demostraban su interés y diversión. Por este motivo se trataba de una etapa de transición, con un pasaje rápido a la edad adulta.

A pesar de que las condiciones sociodemográficas no se habían modificado y las tasas de mortalidad infantil todavía continuaban en un nivel elevado, comienza a producirse lentamente, entre los siglos XIII y XVII, un interés particular hacia los niños, debido a la influencia del cristianismo. Recién un siglo después se modifican las condiciones demográficas a partir de los avances de la medicina y de la implementación de nuevas pautas de conducta con respecto a la higiene.

El arte de la época comienza a representar escenas de ángeles adolescentes –

⁴ Fassin, Didier, “Entre las políticas de lo viviente y las políticas de la vida. Hacia una antropología de la salud”, en *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 40, 2004, pp.283-318. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0486-65252004000100010 [fecha de consulta: 17 de junio de 2019].

⁵ Ariès, Philippe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Madrid, Taurus, 1° ed. castellana, 1973, p. 187.

como se observa en las pinturas de Fra Angélico o Botticelli—, al niño Jesús en brazos de su madre y a niños en situaciones ingenuas de juegos o de la vida cotidiana. Posteriormente, esos componentes religiosos dejan de aparecer en las pinturas y frescos de la época para pasar a mostrar escenas graciosas infantiles. El retrato de los niños ocupaba un lugar preponderante en las representaciones familiares.

Recién en el siglo XVIII se produce el descubrimiento de la infancia. La familia deja de ser una institución de derecho privado que transmite la vida, los bienes y los apellidos, y comienza a ocuparse con verdadero interés de todo lo que les acontece a los niños.

A nivel educativo, al reconocer que ellos no están preparados para afrontar las circunstancias de su corta vida, se comienza a pensar en una intensa preparación moral, espiritual y física que va a estar a cargo de las familias y de la escuela.

Este nuevo interés hacia los niños es el origen del sentimiento moderno de la familia que se reorganiza en torno a ellos, con un cuidado obsesivo por su educación y por las buenas costumbres, apartándolos del mundo de los adultos.

Otro autor que ha escrito sobre la infancia es Lloyd deMause, quien en su obra da cuenta de las relaciones que entablan los adultos con los niños a lo largo de la historia.

Dichas relaciones se producen en función de tres tipos de reacciones: reacciones proyectivas de hostilidad, al representar al niño como un ser demoníaco; reacciones de inversión, donde el niño queda supeditado a las exigencias de sus padres; y reacciones empáticas, que reconocen las necesidades del niño a fin de satisfacerlas.

Este autor establece seis grandes períodos con respecto a las formas de relación paterno-filiales.

El primer período, denominado infanticidio, abarca desde la antigüedad hasta el siglo IV. En este período, los padres eran los que tenían el poder de disponer de la vida del niño, siendo una práctica habitual el producirle la muerte como una manera de resolver los conflictos que este pudiera ocasionarles.

El segundo período, denominado abandono, abarca los siglos IV a XVIII. El niño estaba sometido a situaciones de falta de cuidados y desprotección que podían llevarlo a la muerte.

El tercer período, denominado ambivalencia, abarca desde el siglo XIV hasta el XVII. El niño, al no tener un lugar específico de acuerdo con los parámetros de

crecimiento y maduración, participaba de la vida cotidiana de los adultos como uno más de ellos. Aunque en ese momento la educación era un tema de suma importancia, al considerarlo un ser impuro, había que corregirlo por medio de castigos.

El cuarto período de intrusión engloba todo el siglo XVIII. Aquí aparece el sentimiento moderno de la infancia, con una visión del niño más empática, pero de alguna manera perfectible, que encuentra, tanto en los padres como en los principios científicos de la pediatría, el cuidado integral de los niños.

El quinto período de socialización, que comprende los siglos XIX y mediados del siglo XX, pone de relieve que el cuidado, la formación y, sobre todo, la protección de los niños tienen un papel preponderante en la sociedad, pero apoyado en una mirada deficitaria de la niñez.

El sexto período de ayuda abarca a partir de la segunda mitad del siglo XX. Es aquí donde se manifiesta una relación empática hacia los niños. Los aportes teóricos provenientes de la pedagogía, la psicología, el psicoanálisis y la medicina van a enriquecer las prácticas de cuidado y crianza de los niños, promoviendo el respeto y el desarrollo de sus necesidades y habilidades.

Estos cambios en relación con la mirada y la representación de la infancia se fueron acompañando con declaraciones a nivel mundial. En un primer momento, con la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924; luego, con la Declaración de los Derechos del Hombre en 1948; en 1959 con la Declaración de los Derechos del Niño, en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce la protección y el cuidado especial de los niños; hasta llegar en 1989 a la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce al niño como sujeto de derecho.

Los aportes de Ariès y de Mause con respecto a la historia de la infancia nos permiten entender las diferentes prácticas de cuidado y de crianza de los niños que se sucedieron, y también coexistieron, a lo largo de la historia.

Más cercano en el tiempo, los siglos XX y XXI trajeron una crisis generalizada que afectó los niveles políticos, económicos, sociales, morales e institucionales, modificando radicalmente los principios que regían el mundo hasta entonces. La caída de esos principios rectores abrió paso al reinado de la política de mercado, el desarrollo de la sociedad de consumo, el derrumbe del Estado de bienestar y el progreso ilimitado, provocando un aumento del desempleo, la desigualdad y la violencia generalizada, y la irrupción de nuevos malestares en la convivencia colectiva.

En casi todos los países de Latinoamérica, a raíz de esta nueva configuración social se observan situaciones de vulnerabilidad extrema, de fragilización y ruptura de los lazos históricos y sociales y de precarización de la vida, que de alguna manera provocan también una fragmentación del universo infantil; por lo que cada niño transitará su infancia de diferentes modos o, por el contrario, este tránsito se verá impedido.

Por otro lado, en la actualidad, los avances tecnocientíficos, las nuevas configuraciones familiares a partir de las nuevas formas de procreación, las cuestiones relativas a la diversidad sexual, la situación de los niños abandonados y de los niños inmigrantes, el *bullying* y la violencia sexual producen modificaciones estructurales que generan nuevas figuras infantiles y nuevas problemáticas.

Si la pregunta por lo que es ser un niño depende de lo que cada sociedad en una época determinada entiende como tal, las prácticas de cuidado y crianza y las prácticas e instituciones relativas a la atención de la salud también dependen de los posicionamientos, saberes y representaciones que se tiene de ellos en cada época.

3. Salud-enfermedad-atención

El sistema de atención a la salud comprende los múltiples componentes relacionados con la salud en una sociedad: etiologías, saberes y tratamientos de las enfermedades, técnicas e individuos que las ponen en práctica, instituciones en las que las llevan a cabo y relaciones de poder que existen entre ellos. Cada grupo social piensa, define y organiza los modos para mantener o restituir la salud en consonancia con la visión que se tenga de otras experiencias socioculturales.⁶

Todo sistema de atención o de cuidado de la salud tiene metas, definiciones, modos de operatividad y poblaciones a quienes se dirige, que van a marcar las variables en las diversas formas de gestión.

A su vez, cada sistema tiene dos caras: una cara externa, que tiene que ver con la satisfacción de las necesidades y las demandas de la sociedad a través de las instituciones; y una cara interna, que es la visión de los expertos, con un uso diferente de dichas instituciones, provocando muchas veces un choque de intereses

⁶ Langdon, Esther Jean y Wilk, Flavio Braune, "Antropología, salud y enfermedad: una introducción al concepto de cultura aplicado a las ciencias de la salud", en *Revista Latino-Am. Enfermagem*, 2010, pp. 177-185. Disponible en http://www.scielo.br/pdf/r/lae/v18n3/es_23.pdf [fecha de consulta: 26 de mayo de 2019].

entre ambas posiciones.⁷

Son múltiples los factores que están en juego en los sistemas de atención a la salud, ya que se trata de un modelo conceptual y analítico y no de una realidad en sí misma.

Los procesos de salud-enfermedad-atención son procesos complejos que se caracterizan por ser universales, estructurales, históricamente variables e instituyentes de sujetos y grupos. Estos procesos engloban tanto los aspectos naturales como los culturales, así como lo que se entiende por salud y enfermedad.⁸

Para Lolás Stepke, la salud y la enfermedad son construcciones discursivas que integran diferentes discursos.⁹

Canguilhem, en su libro *Escritos sobre la Medicina*,¹⁰ cita a Leriche, quien refiere que “la salud es la vida en el silencio de los órganos”, así como a Kant, que sostiene:

Uno puede sentirse sano, es decir, juzgar según su sensación de bienestar vital, pero jamás puede saber que está sano (...) La ausencia de la sensación (de estar enfermo) permite al hombre expresar que está sano de otro modo que diciendo estar bien en apariencia.

Canguilhem va más allá de lo planteado por Kant con respecto a que la salud es un objeto ajeno al saber, afirmando que, por este motivo, las ciencias de la salud no existen.

La salud remite a “una experiencia antropológica fundante de toda otra que contiene algo sistematizable y algo no reducible a discurso”. A partir de esta experiencia se construyen luego discursos y disciplinas.

En lo concerniente a la enfermedad, durante siglos estuvo ligada tanto a la posesión de un ser maligno sobre el cuerpo del hombre sufriente como a un castigo. Las ideas religiosas de culpa o destino asociadas a las enfermedades fueron sustituidas posteriormente por la idea –muy frecuente en esta época– de que todas las enfermedades pueden curarse.¹¹

7 Lolás Stepke, Fernando, *Más allá del cuerpo*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1° ed., 1997, p. 199.

8 Menéndez, Eduardo, “Modelos de atención de los padecimientos”, en Spinelli, Hugo (comp.), *Salud colectiva: Cultura, instituciones y subjetividad. Epidemiología, gestión y políticas*, Colección Salud Colectiva, Buenos Aires, Lugar, 1° ed., p. 288. García Barthe, Mónica. “Los aportes de la antropología a la medicina. La mirada sobre la familia y su lugar en el proceso de salud-enfermedad-atención”, en Revista del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez, N° 247, vol. 54, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 217-221. Disponible en <http://revistapediatria.com.ar/wp-content/uploads/2013/01/217-221-Aportes.pdf> [fecha de consulta: 26 de mayo de 2019].

9 Lolás Stepke, Fernando, *op. cit.*, p. 199.

10 Canguilhem, Georges, *Escritos sobre la Medicina*, Buenos Aires, Amorrortu, 1° ed., 2004.

11 Bertlinguer, Giovanni, *Ética de la salud*, Buenos Aires, Lugar, 1° ed. 2° reimp., 2009, p. 112.

Recién en el período hipocrático, las enfermedades pasan a considerarse desórdenes corporales en los que se puede ubicar una causa, un devenir y una curación.

En el momento en que la enfermedad pasa a ser una entidad basada en un saber que se asienta en los conocimientos de los procesos orgánicos, en el saber anatómo-fisiológico del cuerpo como receptáculo de la enfermedad y de la disociación de la enfermedad y el enfermo, la medicina se vuelve científica, hiperespecializada y cada vez más eficaz en términos tecnológicos.¹²

Canguilhem señala que la gran dificultad que presenta la medicina, al adquirir un estatuto científico, es que “la enfermedad se separa del enfermo, resultando de esta separación un resto, el hombre”.¹³

Paralelamente, se desarrolla la salud pública, encargada de la salud de la población; el hospital como centro de las prácticas médicas y la medicina social, con el estudio y aporte de los condicionamientos sociales e individuales que intervienen en la aparición de las enfermedades. De esta manera, la medicina pasa a ser una cuestión política.¹⁴

El sentido profundo que tiene en la experiencia humana la enfermedad se refleja claramente en dos frases de Canguilhem: “la enfermedad es el riesgo de lo viviente como tal, riesgo tanto para el animal o el vegetal como para el hombre” y “las enfermedades son los instrumentos de la vida mediante los cuales el viviente, tratándose del hombre, se ve obligado a confesarse mortal”.¹⁵

Por otro lado, la lengua inglesa distingue tres palabras para designarla: *illness*, *sickness* y *disease*. *Illness* es la sensación subjetiva de la enfermedad, *sickness* es la visión que tiene la sociedad del enfermo y *disease* es el punto de vista del médico. Cada una de ellas se diferencia por el sujeto que la enuncia, por la relación entre dichos enunciados y por la teoría que cada una lleva implícita. “Sentirse enfermo, tener una enfermedad y ser considerado enfermo”.

Esta distinción pone de relieve que la enfermedad no es unidimensional, sino que transcurre en esos tres planos, dando una mayor comprensión de los elementos que intervienen tanto en la producción como en la curación de la enfermedad.

12 Le Breton, David, *Antropología del cuerpo y modernidad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1° ed.3° reimp., 2006, p. 256.

13 Canguilhem, Georges, *op. cit.*

14 Fassin, Didier, *op. cit.*

15 Canguilhem, Georges, *op. cit.*, p. 128.

Didier Fassin aporta un punto de vista interesante para la comprensión tanto de la salud y la enfermedad como de las prácticas de salud, la implementación de políticas sanitarias y sociales, los condicionamientos que existen para acceder a los servicios de salud y las relaciones de poder entre la vida y la enfermedad.

La salud la define “como la relación del ser físico y psíquico, por un lado, y del mundo social y político, por otro”.¹⁶

Así como existen en la lengua inglesa tres términos para nombrar a la enfermedad, también en latín la palabra “salud” se expresa en tres términos diferentes.

El término *salus* alude al buen estado físico y moral, *sanitas* también habla del buen estado del cuerpo y del espíritu, pero también del buen gusto, y *salubritas* añade al buen estado de salud los medios para conservarla.

Estos tres términos muestran las tensiones que sufre cada uno de ellos y que son las mismas tensiones que atraviesan en la actualidad los temas relacionados con la salud. Para *salus*, la tensión entre lo físico y lo cívico, entre el bien y el derecho; para *sanitas*, entre lo patológico y la norma, entre racionalidad y valor; y para *salubritas*, entre lo individual y lo colectivo, entre lo técnico y lo político.

Este autor refiere que, al ser una construcción histórica, existe una lucha entre diversos agentes para imponer determinadas concepciones y visiones en lo relativo a la salud, y de las respuestas políticas y sociales que deben darse frente a los problemas de salud. Por lo tanto, las prácticas, las diferentes formas de tratamientos institucionales que tratan el cuerpo y la mente, las conductas y comportamientos en relación con la prevención, las políticas de salud y los sistemas de cuidado son la traducción de esta lucha, siendo a su vez profundamente influenciados por los diferentes contextos históricos, políticos y geográficos.

Al no oponer las biotecnologías –que actúan sobre lo viviente– a las biopolíticas –que gobiernan la vida–, propone “ampliar el campo de las bio-lógicas, las lógicas sociales que ponen lo viviente y la vida a examen de la política”.¹⁷

La salud integra una lógica social amplia que va desde el desarrollo de nuevas tecnologías médicas hasta la puesta en práctica de políticas sanitarias, las que condicionan el acceso a los servicios de salud, la esperanza de vida de las poblaciones y los dispositivos creados para dar respuesta a la atención y protección de la salud.

¹⁶ Fassin, Didier, *op. cit.*

¹⁷ *Ibidem.*

Retomando la comprensión de la enfermedad a partir de la posición del sujeto que enuncia y de sus relaciones y, por otro lado, de la salud con las tensiones entre lo físico y lo cívico, lo normal y lo patológico, y entre lo individual y lo colectivo, podemos definir un espacio político de la salud. Un espacio que articule el cuerpo individual, el cual siempre es social y político; las miradas y representaciones; y las prácticas y dispositivos que dan respuesta a las problemáticas planteadas.

4. Los niños y la salud

Los conocimientos y las prácticas de cuidado de la salud de los niños dependen también de lo que cada sociedad establece en relación con el proceso salud-enfermedad-atención; y a su vez, estas prácticas influyen en la construcción y las miradas que se tienen sobre la infancia.

Dichas prácticas, procesos y dispositivos de atención son parte de ese espacio político de la salud.

También es importante tener en cuenta los procesos de producción social de la salud, que traducen las realidades sociales a realidades que pertenecen al registro de la salud.

Cuando algún aspecto de la vida privada en determinado momento –y por diferentes circunstancias– se problematiza, pasa a ser objeto de la medicina (la llamada medicalización). Posteriormente, cuando se convierte en un problema de salud pública, entra al campo de lo político.

Pasaje de una realidad social a una realidad sanitaria que va modificando poco a poco las representaciones sociales con respecto a la infancia, la educación y la función paterna. El maltrato infantil, así como ciertas problemáticas de salud mental, son claros ejemplos de este proceso.

Este proceso de producción social de la salud debe convocar, no solamente a los profesionales de la salud, sino también a otros actores que provienen del campo de lo educativo, del derecho y de lo social, con el objetivo de articular acciones.

Se debe considerar que la inscripción de una problemática específica en el campo sanitario es una de las tantas maneras en que puede expresarse, pudiendo mutar, en determinadas circunstancias, hacia otras manifestaciones. Pareciera que muchas veces tiene que producirse ese pasaje hacia el registro de lo sanitario, en el

mismo momento en que se produce un daño físico o psíquico, para que un problema cobre mayor trascendencia que la que tenía en el registro social.

5. Conclusiones

Se ha puesto de relieve que cuando se habla de asistencia y cuidado de la salud, especialmente de los niños, se deben identificar las múltiples modificaciones en relación con ideologías, definiciones y posicionamientos que se producen de acuerdo con determinados contextos históricos, socioeconómicos y políticos.¹⁸

Asimismo, se deberá tener presente que existe una “tensión entre la realidad objetivada de los expertos y la traducción subjetiva en las representaciones y acciones”.¹⁹

Cada época va a tratar de incorporar nuevos elementos y principios para responder a las exigencias de asistencia y cobertura de salud de la población. Sin embargo, muchas veces estas incorporaciones responden más a luchas de poder o a intereses sectoriales que a una real necesidad de la población.

Lo que deberá incorporarse, entonces, es una visión del abordaje en salud como un bien social y no como una mercancía, en tanto que las acciones de salud deben ser una respuesta a lo que percibe la comunidad como problema.

A modo de conclusión, Walter Benjamin, en *Infancia en Berlín hacia 1900*, nos hace partícipes de la experiencia personal de la enfermedad a través de los ojos de un niño.

Por eso, a la hora de planificar y poner en práctica las políticas de salud, nunca debemos olvidarnos de esto.

18 Rozenblat, Enrique, “Atención primaria de la salud y gestión. Un enfoque de integración y acción”, en Maceira, Daniel (comp.), *Atención primaria en salud. Enfoques interdisciplinarios*, Tramas sociales, Buenos Aires, Paidós, 1° ed., 2007, pp. 169-196.

19 Fassin, Didier, *op. cit.*

COMENTARIO AL ARTÍCULO 26

El derecho a la seguridad social

Damián Natalio A. Corti¹

¹ Abogado. Asesor Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Director de la Carrera de Derecho del Instituto Universitario Nacional en Derechos Humanos Madres de Plaza de Mayo.

ARTÍCULO 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

1. Liminarmente, corresponde destacar que, de conformidad con la interpretación asignada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), esta norma debe ser analizada conjuntamente con las restantes que forman parte del *Corpus Juris* de Derecho Internacional de Protección de los Derechos de los Niños.² Es así como, dentro de este universo normativo, debemos destacar el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,³ el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴ los arts. 9 y 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) “Protocolo de San Salvador”,⁵ el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC),⁶ el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷ y el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,⁸ entre otros.

2 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, 19 de noviembre de 1999, párr. 194.

3 El artículo prescribe: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

4 La norma prevé: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

5 El art. 9 establece: “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”, y el art. 16: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

6 La norma citada establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

7 El art. 5 en su parte pertinente prescribe: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: [...] iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”.

8 La norma en su parte pertinente establece: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: [...] e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas”.

2. El artículo en análisis nos remite al campo de la seguridad social, el cual, debido a su eminente carácter redistributivo, ejerce un rol fundamental para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.

Con esta idea en mente, se normativiza la obligación estatal de garantizar un sustento económico a todos los niños, niñas y adolescentes, teniendo en consideración los recursos con los que aquellos cuentan, como así también el de las personas que sean responsables de su mantenimiento.⁹

Recuérdese en este sentido que la seguridad social es “un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear la cohesión social”.¹⁰

En este aspecto, cuadra destacar la Declaración de Filadelfia de 1944¹¹ en punto a “extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa” que, de conformidad con el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, se encuentra destinada en particular a la “protección de los niños”.

Todo ello surge expresamente de la Observación General N° 19 del PIDESC relativa al art. 9. Destáquese que en el párr. 1 se le reconoce a este derecho una importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana; como se refiere en el párr. 2, incluye

... [el] derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos en atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.¹²

Téngase presente también que, en el párr. 26 de la Observación General N° 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” del Comité de Derechos del Niño, se indica que una de las estrategias sistemáticas para reducir la

9 En igual sentido, Ricart, Quima Oliver I., *La convención en tus manos. Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Montevideo, UNICEF Uruguay, 2004, p. 54.

10 Conferencia Internacional del Trabajo, 89° reunión, informe del Comité de Seguridad Social, resoluciones y conclusiones relativas a la seguridad social, 2001.

11 Se trata de la Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que deben inspirar a sus Miembros, la cual forma parte de la Constitución de dicha Organización, establecida por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, el 10 de mayo de 1944.

12 Comité DESC, Observación General N° 19 “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

pobreza en la primera infancia y para combatir sus efectos negativos en el bienestar del niño es “realizar el derecho del niño a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social”.¹³

Por último, cuadra remarcar la Observación General N° 15 “Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud”, también del Comité de Derechos del Niño, en cuyo párr. 29 se indica:

Deberán determinarse y eliminarse los obstáculos al acceso del niño a los servicios sanitarios, incluidos obstáculos financieros, institucionales y culturales. Es indispensable la inscripción de nacimientos gratuita y universal, y deben realizarse intervenciones en la esfera de la protección social, en particular mecanismos de seguridad social como ayudas o subsidios infantiles, transferencias en metálico y bajas de paternidad retribuidas, todas ellas entendidas como inversiones complementarias.¹⁴

Asimismo, en el párr. 55 se establece:

El Comité recomienda que las intervenciones en el ámbito de la protección social garanticen la cobertura universal de la atención o el acceso financiero a ella, bajas de paternidad retribuidas y otras prestaciones en materia de seguridad social, así como legislación para limitar la comercialización y la promoción indebidas de sucedáneos de la leche materna.¹⁵

3. En lo que respecta al derecho interno, cuadra destacar lo establecido por los arts. 14 bis, 75, inc. 23 y 125 de la Constitución Nacional.¹⁶

¹³ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7, 14 de noviembre de 2005.

¹⁴ Observación General N° 15 “Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)”, CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Las normas constitucionales citadas prescriben, respectivamente: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”; “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”; y “Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

Asimismo, cuando hablamos de los beneficios de la seguridad social, debemos necesariamente reconocer este derecho dentro de ese proyecto social de la Constitución Nacional, tal como fue indicado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) a partir de la nueva cláusula del progreso (art. 75, inc. 19), según la cual corresponde al Congreso proveer lo conducente “al desarrollo humano” y “al progreso económico con justicia social”.¹⁷

Agréguese que, tal como tiene dicho la CSJN:

El objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social. Tiene categoría constitucional el principio: *in dubio pro justitia socialis*, con arreglo al cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, de tal manera, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar.¹⁸

Por su parte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) le da operatividad a este derecho en sus arts. 14, 21, 43, 44, 80, inc. 2 y 81. En este aspecto, cuadra remarcar que expresamente el art. 14 citado prevé la posibilidad de promover un amparo colectivo en materia de seguridad social.

A nivel legal nacional, corresponde destacar lo dispuesto por el art. 26 de la Ley N° 26.061,¹⁹ y a nivel legal local, lo dispuesto por el art. 35 de la Ley N° 114 en cuanto prevé este derecho como uno de los ejes en que se sustentan las políticas públicas de protección integral de derechos.

4. Ahora bien, delimitado el marco normativo, corresponde poner de resalto algunos aportes jurisprudenciales históricos de la CSJN para poder reconocer la importancia de este derecho.

Al solo efecto ilustrativo, basta con remarcar que hace poco menos de 30 años el Címero Tribunal de la República resolvió que “en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo”,²⁰ es decir que hace no tanto tiempo este derecho era una mera expre-

17 CSJN, “Blanco Lucio Orlando c/ ANSES s/ reajustes Varios”, 18 de diciembre de 2018, Fallos: 341:1924.

18 CSJN, “Bercaitz, Miguel Ángel s/ jubilación”, 13 de septiembre de 1974, Fallos: 289:430.

19 El citado artículo establece: “Derecho a la seguridad social. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a obtener los beneficios de la seguridad social. Los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas de inclusión para las niñas, niños y adolescentes, que consideren los recursos y la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento”.

20 CSJN, 28 de agosto de 1990, Fallos: 313:751.

sión de deseos para gran parte de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

No muchos años después, hace aproximadamente dos décadas, se observa un antecedente en el que, con expresa mención del artículo aquí comentado, la CSJN rechazó un recurso extraordinario federal interpuesto por una autoridad administrativa, y consecuentemente confirmó una medida cautelar dispuesta por la Alzada Civil, para mantener a un niño en el servicio de terapia intensiva de un establecimiento asistencial dependiente de su gestión.²¹ En particular, puso de resalto que “la recurrente no ha formulado crítica suficiente a los fundamentos esgrimidos por el a quo para admitir el amparo con sustento en el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Ya más cercano a la actualidad, hace aproximadamente 15 años, al remitirse al Dictamen Fiscal la CSJN entendió que eran improcedentes los argumentos esbozados por el Estado con respecto a “diversas limitaciones de tenor presupuestario” ordenando se garanticen “los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social”.²²

5. Por su parte, en doctrina, al comentarse el artículo en cuestión se puso de resalto al referirse específicamente al “derecho del niño a los beneficios de la seguridad social” que “las particularidades de la sociedad actual determinan que el Estado deba asumir indelegables responsabilidades para cubrir los aspectos necesarios tendientes a asegurar el derecho a la salud”,²³ es decir, limitando la aplicación a este último derecho y no respecto de otros de igual jerárquica constitucional, tales como acceder a una alimentación adecuada o a una vivienda digna.

Con respecto a este último, cuadra remarcar el precedente “Quisberth Castro” de la CSJN que, al resolver favorablemente un amparo de vivienda, fundó su sentencia expresamente en el derecho a la seguridad social.²⁴

A *contrario sensu* del último autor citado –esto es, desde una perspectiva más

21 CSJN, “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA c/ MCBA”, 11 de junio de 1998, Fallos: 321:1684. Es más, en este caso se puso de resalto que en atención a lo dispuesto por el art. 20 de la CCABA se encuentra autorizada la compensación de los servicios prestados a personas con cobertura privada (considerando 9).

22 CSJN, “Martín Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina – Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 8 de junio de 2004, Fallos: 327:2127. En el caso, una menor con discapacidad requería una orden judicial contra la Fuerza Aérea Argentina a fin de que se hiciera cargo de su tratamiento integral.

23 D'Antonio, Daniel H., *Convención sobre los derechos del niño*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 155 (comentario al art. 26).

24 CSJN, “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 27 de abril de 2012, Fallos: 335:452, considerando 8.

amplia de derechos—, también se han esbozado argumentos amplios de este derecho pregonando la idea de “un ingreso universal e incondicional para la niñez [...] a todos los menores de 18 años”,²⁵ cuestión que merecería un nuevo debate parlamentario teniendo en consideración que

... es precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra un máximo significado, debiendo profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias maduras y avanzadas las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos.²⁶

Para concluir las referencias doctrinarias, comparto lo señalado por Beloff en punto a que “los Estados parte deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular los niños y adultos a cargo”.²⁷

6. Este derecho, que le impone necesariamente obligaciones al Estado, es de vital importancia para reafirmar la protección integral de la familia. Así las cosas, la Corte IDH ha tenido oportunidad de expedirse en la Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, en referencia a que

... la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.²⁸

En este sentido, en autorizada doctrina puede leerse que

... en cualquier diseño e implementación de política pública destinada a la niñez debe considerarse la inclusión preferencial del niño en su familia, favoreciendo el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar, en tanto representa la

25 Lo Vuolo, Rubén M., “De los ‘niños asistencialistas’ al ingreso ciudadano para la niñez: de la ley 10.903 a la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2° ed., 2008, p. 115 y ss. El autor sugiere ver el proyecto de ley de “Creación del Fondo para el Ingreso Ciudadano de la Niñez”, presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación el 11 de marzo de 2004, expte. 641-D-04.

26 CSJN, “Blanco Lucio Orlando c/ ANSES s/ reajustes Varios”, *op. cit.*

27 Beloff, Mary et al., *Convención sobre los derechos del niño. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 188.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, párr. 137 punto 4.

unidad básica y primordial encargada de la integración social de la infancia.²⁹

Agréguese que, en un comentario a este mismo artículo, Weinberg señala que aquel “reconoce el valor fundamental de la familia y la necesidad de que el Estado le ofrezca asistencia”.³⁰

En este orden de ideas, la norma en análisis conduce por sí sola a descartar que el Estado adopte la medida excepcional de separar a un niño de su familia con el único fundamento de su insuficiencia económica. Téngase presente que ello implicaría que la autoridad administrativa reconociese su propia torpeza en garantizar el derecho a la seguridad social de dicho niño. Al respecto, destaco que “la pobreza económica y material o las condiciones imputables directa o exclusivamente a esa pobreza no podrán constituir nunca la única justificación para separar al niño de sus padres”.³¹

Con expresa referencia al derecho de los niños a la seguridad social, en el párr. 48 la Observación General N° 21 sobre los niños de la calle del Comité de Derechos del Niño puntualiza que los Estados

... deben adoptar medidas para eliminar las fuerzas estructurales que ejercen presión sobre las familias en situación precaria. En ese sentido, cabe abordar una serie de cuestiones fundamentales: la mejora del desarrollo de la comunidad basado en los derechos en barrios empobrecidos; el establecimiento de redes de seguridad social y económica integrales; la oferta de centros de día y otros servicios especializados seguros y asequibles; y la mejora del acceso a una vivienda adecuada y a oportunidades de generación de ingresos para las familias.³²

Asimismo, en el párr. 51 establece:

Los Estados deben adoptar medidas para hacer frente a las causas estructurales de la pobreza y las desigualdades de ingresos con el fin de reducir la presión sobre las familias en situación de precariedad y fortalecerlas, como medio de ofrecer una mejor protección a los niños y reducir la probabilidad de que estos acaben en la calle. Esas medidas incluyen [...] la oferta de una

29 Moreno, Gustavo Daniel, *La responsabilidad del estado como garante de los derechos del niño. Políticas públicas*, en Silvia Eugenia Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, 1° ed., p. 2.163.

30 Weinberg, Inés M., *Convención sobre los derechos del niño*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 397.

31 Naciones Unidas, *Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/HRC/11/L.13, párr. 10.

32 Observación General N° 21 “sobre los niños de la calle”, CRC/C/GC/21, 21 de junio de 2017.

seguridad social y una protección social adecuadas.³³

Evidentemente, esta norma también debe ser interpretada como una que contrarió esa visión asistencial-represiva que se tenía en la antigua legislación argentina (Ley N° 10.903 de patronato de menores).³⁴

Ahora bien, no es menor resaltar que esta interpretación demoró mucho tiempo en transformarse en una norma infra-constitucional expresa en nuestro país; en particular hubo que esperar más de 80 años para que el art. 33 de la Ley N° 26.061 prescribiera expresamente:

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.³⁵

7. Ahora bien, otro aspecto a analizar de la norma es el vinculado a qué tipo de “situaciones” son las que el Estado debe tener en cuenta para garantizar este derecho y cuáles son las consecuencias de incumplir con los estándares que allí se establecen.

En tales condiciones, a modo de ejemplo destaco que para acceder a la Asignación Universal por hijo para Protección Social³⁶ se deberá acreditar “el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio” como así también la “conurrencia de los menores obligatoriamente a establecimientos educativos públicos”.³⁷

Evidentemente, uno de los fines del legislador es incentivar a que el/la beneficiario/a niño/a o adolescente pueda tener un desarrollo integral tanto desde la faz del derecho a la salud como del derecho a la educación, pero también posee una “indudable relevancia en cuanto significa más dinero en los bolsillos de los sectores más postergados”.³⁸

33 *Ibidem*.

34 Boletín Oficial N° 7.711, 27 de octubre de 1919.

35 Boletín Oficial N° 30.767, 26 de octubre de 2005.

36 Instaurada por el Decreto N° 1.602/2009, Boletín Oficial N° 31.770, 30 de octubre de 2009. Agréguese que el considerando octavo del decreto prevé que “cabe agregar que el artículo 26 de la ley n° 26.061 dispone que los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas para la inclusión de las niñas, niños y adolescentes, que consideren la situación de los mismos, así como de las personas que sean responsables de su mantenimiento”.

37 El Decreto N° 1.602/2009 incorpora el art. 14 ter a la Ley N° 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares).

38 Decreto N° 1.602/2009, considerando 17.

Sin lugar a dudas, parece correcta la exigencia al Estado del cumplimiento de dichas exigencias –más allá de que otras normas legales también lo dispongan–, empero de ninguna manera pueden fundar una sanción como la pérdida del derecho a tal beneficio, en tanto ello indudablemente contrariaría el fin mismo de la creación de este último.

En razón de ello, si es que alguna sanción cupiere, esta deberá ser impuesta al adulto administrador del beneficio.³⁹

8. Para concluir el comentario de este artículo, quisiera poner de resalto dos casos paradigmáticos vinculados al derecho de la seguridad social de los niños.

8.1. El primero de ellos fue dictado por la Sala IV de la Cámara de Casación Penal el 4 de diciembre de 2015 en el marco de la causa “Internas de la Unidad n° 31 SPF s/ Habeas Corpus”.⁴⁰

En dicha causa, se resolvió por mayoría hacer lugar a un *habeas corpus* colectivo interpuesto en favor de las mujeres madres que conviven con sus hijos en establecimientos carcelarios del Servicio Penitenciario Federal, embarazadas y trabajadoras, fundando la resolución expresamente en el artículo aquí comentado.

Dicha noticia fue publicada por el Centro de Información Judicial,⁴¹ indicándose que “se trata de un reclamo por los beneficios de la seguridad social. Concretamente las accionantes solicitaban el pago de las Asignaciones Familiares, la Asignación Universal por Embarazo (AUE) y la Asignación Universal por Hijo (AUH)”.

En particular, se sostuvo que los subsidios reclamados contribuyen “en forma directa a los fines de readaptación social de las penas, a fortalecer los lazos familiares, y a morigerar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el colectivo accionante de conformidad a los objetivos propulsados desde la comunidad internacional”, teniendo en miras que la persona privada de su libertad no pierda otros derechos que no le fueron restringidos.

8.2. El segundo de ellos fue emitido por la CSJN el 22 de marzo de 2018 en el

³⁹ Lo Vuolo, Rubén M., *op. cit.*, p. 117.

⁴⁰ Expte. N° 58330/2014/CPC1.

⁴¹ Fallo disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-19284-Seguridad-social--Casaci-n-Federal-resolvi--un-habeas-corpus-a-favor-de-mujeres-detenidas-en-la-Unidad-31.html> [fecha de consulta: 10 de julio de 2019].

marco de los autos “Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otros s/ varios”.⁴²

En este caso, la actora había promovido amparo contra el ANSES a fin de que se le ordenara rehabilitar el beneficio correspondiente a la Asignación Universal por Hijo para protección social, el cual fuera suspendido a raíz de que su hijo menor ya percibía una pensión no contributiva por discapacidad. El fundamento de la autoridad administrativa fue lo dispuesto en el art. 9 del Decreto N° 1.602/2009, que dispone: “La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas, nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Dicho ello, destaco que en esta causa se hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revocó la sentencia de la Alzada que había desestimado la demanda por extemporánea y se ordenó dictar una nueva sentencia.

No obstante ello, el fiscal del caso, Dr. Víctor Abramovich,⁴³ dictaminó respecto del fondo de la cuestión y consideró que había que hacer lugar a la demanda.

Al respecto sostuvo que, a su modo de ver,

... la regla de incompatibilidad contemplada en el artículo 9 del decreto 1602/09 persigue un fin legítimo, esto es, evitar que se superpongan prestaciones que pueden 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 tenga 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 AUG y la pensión provincial por discapacidad instituida a favor de la niñez.⁴⁴

⁴² CSJN, “Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios”, 22 de marzo de 2018, Fallos: 341:274.

⁴³ “T., V. F. c/ ANSES y otro s/ varios”, dictamen del 3 de febrero de 2017, FRO 73023789/20 I/CS 1.

⁴⁴ Al respecto, cuadra destacar que en la Colección de dictámenes sobre derechos humanos del Ministerio Público Fiscal de la Nación, titulado “Los derechos de niños, niñas y adolescentes”. Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/wp-content/blogs.dir/66/files/2017/07/DDHH-cua-dernillo-7-Ni%C3%B1os-Ni%C3%B1as-y-Adolescentes.pdf> [fecha de consulta: 12 de julio de 2019], se pusieron de resalto tres estándares de dicho organismo; a saber: a) los/as niños/as con discapacidad gozan de una especial protección a fin de garantizar el acceso a un nivel de

Agréguese que el dictamen se fundó también en que “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”, indicando en particular, entre otros, “el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia”.

vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad; 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; 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 (pp. 56-58).

COMENTARIO AL ARTÍCULO 27

De las necesidades a la garantía de derechos

Nora Schulman¹

¹ Directora Ejecutiva del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CASACIDN).

ARTÍCULO 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989 e incorporada a nuestra Constitución en 1994. Implicó un giro radical en la concepción de la infancia y la adolescencia en el reconocimiento de la titularidad de los derechos propios de este colectivo, al tiempo que representa un cambio en las relaciones entre los niños, niñas y adolescentes y la familia, define derechos y deberes de los padres y del Estado, y plantea principios para las políticas dirigidas a la infancia. Es un instrumento que, a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos, marca una democratización de las relaciones y pone el acento en las políticas sociales básicas y de protección.

La mirada tutelar y asistencialista, conocida como la doctrina de la situación irregular, ha sido sustituida por la protección integral. Las niñas, niños y adolescentes son reconocidos como sujetos titulares de derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, más un plus de derechos previstos por su condición de personas en etapa de crecimiento. Constituye un abandono de la idea de que son meros receptores o beneficiarios pasivos de las decisiones de los adultos, y sus necesidades son reconocidas como derechos, en tanto tales, exigibles.

La CDN, basada en los principios de derechos humanos de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia, no discriminación y participación, es un instrumento ordenador de las relaciones y define, en su articulado, principios como el interés superior, la no discriminación, la protección efectiva de los derechos, a partir de los cuales deben pensarse, formularse y hacerse efectivas las políticas para esta población.

La Ley Nacional N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada el 28 de septiembre de 2005, deroga la Ley Nacional N° 10.903, de Patronato Estatal de Menores, sancionada en 1919, hace casi un siglo atrás, y adecua normativamente la CDN, recoge los principios y características de ese instrumento y del enfoque de derechos humanos.

Los derechos humanos son, por definición, interdependientes, indivisibles e indelegables. Las dos primeras características refieren al principio de integralidad que los constituye. Esto significa que un derecho no puede concebirse en forma aislada o separada del resto. La tercera característica indica que nadie puede renunciar a sus derechos y que estos no pueden ser ejercidos por otros.

Según Abramovich², algunos derechos –como la alimentación y la salud– tienen pertinencia constitutiva, y otros –como el derecho a la libertad de expresión, a la información, a la participación– tienen pertinencia instrumental. Los segundos sirven para alcanzar el acceso a los primeros. Esta conceptualización entiende las políticas como integrales, en los aspectos que hacen a su formulación y a su implementación concreta, y también que estas se constituyan en derechos exigibles a los Estados por parte de los ciudadanos³.

Con la reforma constitucional del año 1994 se incorporan en su artículo 75, inc. 22 los instrumentos de derechos humanos de los cuales el Estado es parte y la cláusula federal que deposita en el Estado nacional la obligación de cumplirlos.

El objetivo de este trabajo es analizar la amplitud del artículo 27 de la CDN, su impacto y su aplicación en la región latinoamericana, especialmente en el territorio argentino.

2. Análisis del artículo 27 de la CDN y su aplicación internacional

El artículo 27 de la CDN establece:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el

² Abramovich, Víctor, "Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo" en *Revista de la CEPAL*, N° 88, abril de 2006, p. 37.

³ Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia, autonomía y derechos*, Buenos Aires, Mimeo, 1997.

Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Si analizamos las disposiciones del artículo 27, es preciso tomar en cuenta ciertos principios cruciales para comprenderlo en su totalidad.

Primeramente, debemos enfocarnos en la noción de “nivel de vida adecuado”, largamente discutida por su complejidad y cantidad de variables. Sin embargo, podemos concordar en que el principio de “nivel de vida adecuado” incluye varios derechos como la alimentación, salud, asistencia médica, vivienda y vestimenta.

El artículo 27 también introduce tímidamente el derecho a la alimentación adecuada, según la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH) de Guatemala:

La alimentación adecuada comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

Con respecto a la noción de “vivienda adecuada”, los parámetros mínimos para considerarla “adecuada” deberían ser: disponibilidad de infraestructura, materiales y servicios básicos, habitabilidad y asequibilidad, gastos soportables, lugar suficiente, accesible y saludable, y adecuación cultural de la vivienda. También está contemplado el derecho a vivir en seguridad y en paz.

Ambos principios fueron ya analizados y definidos en las Observaciones Generales N° 4 “El derecho a una vivienda adecuada”, de 1991, y N° 12 “El derecho a una alimentación adecuada” de 1999, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel americano, encontramos el contenido del derecho a “un nivel de vida adecuado” en el artículo XIV de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, que incorpora el derecho a una remuneración que asegure un “nivel de vida conveniente”, y también en el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, que en sus artículos 7 a) y 15 obliga a los Estados partes tanto a garantizar “una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias”,

como a “velar por el mejoramiento de la situación moral y material de la familia”.

Finalmente, es importante señalar que, aunque el artículo 27 considere a los Estados partes y los padres como los principales y últimos responsables de garantizar el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado, todos los miembros de la sociedad tienen cierto grado de responsabilidad, incluyendo también a las comunidades locales, las ONGs, organizaciones de la sociedad civil y al sector privado.

Con respecto a la responsabilidad del Estado de asegurar el pago de la pensión alimenticia en todos los casos, que establece el punto 4º del artículo 27 de la CDN, esta se encuentra anteriormente consagrada en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴

La responsabilidad estatal con respecto al pago de la pensión alimenticia en el caso de que uno de los padres resida en el extranjero implica que el Estado celebre o adhiera a convenios internacionales que permitan reclamar el pago fuera de su territorio. Por lo tanto, el reclamo alimentario en el extranjero se vuelve un derecho humano que requiere la cooperación internacional para su garantía y aplicación.

En este sentido, se tuvo que configurar un marco regulatorio internacional que determine la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento de sentencias y resoluciones en el ámbito de las obligaciones alimenticias. Actualmente se encuentran vigentes, en orden cronológico:

- Convenio del 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.
- Convenio del 15 de abril de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.
- Convenio del 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.
- Convenio del 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

⁴ Mulet, Lucía Rizik “Las obligaciones alimenticias internacionales en favor de los niños en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 43, 2017, pp. 169-197. Disponible en <https://dx.doi.org/10.22187/rfd2017n2a7> [fecha de consulta: 10 de julio de 2019].

- Convenio del 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.
- Protocolo del 23 de noviembre de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

En el ámbito americano encontramos la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989, ratificada por Argentina en 2002. Sin duda, el ejemplo clásico latinoamericano de la aplicación del artículo 27 es el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) “Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala”, más conocido como el “Caso de los “Niños de la Calle” Vs. Guatemala”.

El 15 junio de 1990, en el barrio denominado “La Casetas”, de la ciudad de Guatemala, Henry Giovanni de 18 años, Federico Clemente Figueroa Tunchez de 20 años, Julio Roberto Call Sandoval de 15 años y Jovito Josué Juárez Cifuentes de 17 años fueron secuestrados, torturados y asesinados por miembros de las Fuerzas Armadas del Estado. Dos de los cinco chicos (Juárez Cifuentes y Figueroa Tunchez) fueron encontrados, al día siguiente, en los Bosques de San Nicolás. Los cuerpos restantes fueron hallados en el mismo lugar con señales de tortura el 17 de junio.⁵

El 25 de junio de 1990, Anstraum Aman Villagrán Morales de 17 años fue asesinado de un disparo en la cabeza por las Fuerzas Armadas. Testigos vieron cuando el chico entró a un callejón seguido por dos hombres.

El barrio “La Casetas” era conocido por su alta tasa de delincuencia. En esa época, en Guatemala había tratos denigrantes y amenazas por parte de la policía hacia los chicos de la calle. En el “Caso de los “Niños de la calle” Vs. Guatemala”, la Corte IDH se refirió a la protección del derecho a la vida, señalando que “no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida”.⁶ También especificó que

... el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas.⁷

⁵ Beloff, Mary, “Cuando un caso no es “el caso”. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la calle)”, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1° ed. 3° reimpr., 2009, p. 57.

⁶ Corte IDH, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, 19 de noviembre de 1999, párr. 139.

⁷ *Ibidem*, párr. 144 y Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, párr. 80.

Evidentemente, el Estado guatemalteco no proporcionó medidas para proteger y preservar el derecho a la vida y el desarrollo del niño, lo que produjo que esté en una situación de vulnerabilidad, haciendo una referencia clara al Artículo 27 de la CDN.

3. El artículo 27 de la CDN y su aplicación en el territorio argentino

En Argentina, el principal instrumento jurídico que retoma y complementa lo establecido por el artículo 27 de la CDN –además de la ya citada Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes– es el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. De este Código se desprenden 22 artículos referidos específicamente a la responsabilidad parental en la manutención de los niños, niñas y adolescentes, y en el pago de la pensión alimentaria (artículos N° 455, 520, 537, 550 a 554, 649 a 655, 658 a 660, 662, 663, 666, 671).

Entre ellos se destacan los siguientes:

ARTÍCULO 658.- Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

ARTÍCULO 660.- Tareas de cuidado personal. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

ARTÍCULO 662.- Hijo mayor de edad. El progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla veintiún años. Puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas. Las partes de común acuerdo, o el juez, a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, pueden fijar una suma que el hijo debe percibir directamente del progenitor no conviviente. Tal suma, administrada por el hijo, está destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes.

ARTÍCULO 663.- Hijo mayor que se capacita. La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de

un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido.

Actualmente, por la situación económica imperante en Argentina, es cada vez más difícil para el/la progenitor/a cumplir con la cuota alimentaria. Los padres piden renegociarla, ya que no existe una ley en la que se estipule un monto fijo. Es significativo el incumplimiento en el pago de la cuota, ya sea por causas justificadas o injustificadas, por lo que los padres son sancionados por la justicia sobre la base del Código Civil y Comercial según su contexto social.

En julio de 2019, se aprobó en el Senado un proyecto para la creación del Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos. Este registro tiene como objetivo identificar a los padres que no cumplen con sus obligaciones para suministrar las necesidades de sus hijos. Aquellas personas que no paguen la cuota alimentaria serán incluidas en el Registro y ello tendrá las siguientes consecuencias: no podrán realizar operaciones bancarias, transferencias de inmuebles, obtener o renovar tanto el pasaporte como el registro de conducir, y tampoco podrán desempeñar cargos públicos, en cualquiera de los poderes del Estado.

Otro avance significativo fue la promulgación de la Ley N° 27.452 “Régimen de Reparación Económica para Niños, Niñas y Adolescentes”, que establece una reparación económica para los/as hijos/as que fueron víctimas de violencia de género o violencia intrafamiliar. Los/as destinatarios/as de dicha reparación son chicos/as menores de 21 años o personas con discapacidad. El monto debe ser abonado por el Estado Nacional mensualmente, por un valor equivalente a un haber jubilatorio mínimo.

Específicamente, la Ley se aplica a hijos/as en los casos en que el padre o la madre hayan fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género, determinado por la justicia; y en que el padre o la madre hayan sido procesados/as y/o condenados/as con sentencia firme y se haya extinguido la causa penal por la muerte del acusado en el marco de la investigación por homicidio de la progenitora.

La reparación económica es compatible con el cobro de la Asignación Universal por Hijo (en adelante, AUH), la Asignación Familiar, pensiones y regímenes alimentarios, a los cuales nos referiremos a continuación.

Tanto la Asignación Familiar por Hijo como la AUH tienen relación directa con el artículo 27 en lo que se refiere a alimentación, salud y educación.

En el caso de la Asignación Familiar por Hijo, le corresponde a los trabajadores en relación de dependencia, monotributistas, jubilados y pensionados con menores de 18 años a cargo. Los padres, como grupo familiar, deben tener los ingresos mínimo y máximo vigentes. Este programa del Estado ayuda a los padres o a las personas que estén a cargo de menores de 18 años a tener un ingreso extra y asegurar el buen desarrollo del niño o niña.⁸

La AUH, considerada la política pública más importante en materia de infancia, fue implementada en 2009 por el Decreto N° 1.602/09.

Consiste en un monto de dinero que reciben las madres o padres por cada hijo (hasta cinco hijos menores de 18 años por grupo familiar). En caso de que el hijo tenga discapacidad, no hay un límite de edad.⁹

El 80% de la AUH se cobra mensualmente. Para cobrar el 20% restante, se requiere presentar la Libreta de Asignación Universal que acredite las asistencias en la escuela y los controles de salud. La reciben la madre o el padre que viva bajo las siguientes situaciones: estar desocupado/a, trabajar en negro, ser monotributista social, ser trabajador/a del servicio doméstico, estar inscripto/a en Hacemos Futuro, Manos a la obra, etc.

Para poder acceder a este seguro social se necesita ser argentino/a, vivir en el país y tener actualizado el DNI. Si se es extranjero/a o naturalizado/a, tener tres años de residencia en el país y poseer DNI.

La AUH tuvo un impacto positivo en la educación de los niños, niñas y adolescentes.¹⁰ Esta afirmación surge de un estudio realizado por el Ministerio de Educación, que demuestra que la AUH produjo un incremento de la asistencia de a la escuela.

En cuanto a la salud, también hubo un aumento en los controles, a partir de la mayor concurrencia de las familias más vulnerables a los centros de salud.

Según datos de la ANSES, actualmente el 49,8% de los padres y madres que cobran la AUH tienen empleos en negro, sueldos inferiores al mínimo establecido y viven en situación de precariedad. Además, el 80% de los padres que son benefi-

8 Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), Asignación Familiar por Hijo. Disponible en <https://www.anses.gob.ar/asignacion-familiar-por-hijo> [fecha de consulta: 5 de julio de 2019].

9 *Ibidem*.

10 Ministerio de Educación, *Análisis y evaluación de los aspectos educativos de la Asignación Universal por Hijo (AUH)*, noviembre de 2011. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/analisis_y_evaluacion_de_los_aspectos_educativos_de_la_auh.pdf [fecha de consulta: 3 de julio de 2019].

ciarios de la AUH tienen uno o dos hijos.¹¹

En diciembre de 2018, el monto era de \$ 1.816 por niño/a. En marzo de 2019 hubo un aumento, por lo que el ingreso pasó a ser de \$ 2.652, de los cuales el 80% se le entrega a la madre o al padre todos los meses y el 20% restante –como ya hemos dicho– se otorga una vez presentada la Libreta de Asignación Universal. Para aquellas personas que tienen hijos con discapacidad, el monto es de \$ 8.642; en este caso también reciben solo el 80% del total, y el 20% restante, una vez presentada la Libreta de Asignación Universal.

4. Conclusión

El artículo 27 de la CDN no solo implica la obligación de una manutención económica, sino también brindar a todos los niños, niñas y adolescentes un nivel de vida adecuado en el que puedan desarrollarse física, mental, espiritual, moral y socialmente, garantizando sus derechos a la alimentación, a la vivienda y a la salud. Sin embargo, teniendo en cuenta las sucesivas crisis económicas del país, ¿cómo podríamos definir en la Argentina “un nivel de vida adecuado”? Distintas fuentes estadísticas continúan arrojando datos que dan cuenta de problemas estructurales en materia de acceso a servicios públicos, calidad de la vivienda, nivel educativo y cobertura médica, entre otros. De esos datos se desprende que muchas viviendas tienen escaso acceso a servicios públicos esenciales como, por ejemplo, gas, agua, cloacas. Podemos inferir que, para niñas, niños y adolescentes, acceder a una vivienda digna desde los inicios de la vida no es evidente. El desafío es garantizarles seguridad y estabilidad, y lugares adecuados para ejercer el derecho a una vida digna y al juego, permitiendo el acceso a los servicios esenciales para ejercer sus derechos.

Por lo tanto, es necesario que los estados respeten y garanticen el artículo 4 de la CDN que, con el fin de revertir la situación de la infancia, establece:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

¹¹ Bermúdez, Ismael, “La mitad de los padres y madres que cobran la AUH trabajan”, en *Clarín*, 9 de mayo de 2019.

El derecho a la educación

Jimena Posleman¹

Liliana Ronconi²

¹ Abogada con orientación en derecho internacional (Facultad de Derecho, UBA). Asesora jurídica en el Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos (CIPDH-UNESCO). Docente en Facultad de Derecho (UBA). Miembro del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario (UBA). Tutora académica de equipos de la UBA para competencias de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

² Doctora en Derecho. Investigadora Adscripta al Instituto de Investigaciones Jurídicas L. A. Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA. Becaria de postdoctorado del CONICET. Profesora Adjunta Interina, Facultad de Derecho, UBA. Entre sus publicaciones recientes se encuentra el libro *Derecho a la educación e Igualdad como no sometimiento*, Universidad del Externado de Colombia, 2018. lrnconi@derecho.uba.ar

ARTÍCULO 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

ARTÍCULO 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

1. Introducción

El derecho a la educación se encuentra consagrado en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Entre otras cuestiones, el artículo 28 establece:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación, y a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria...y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita...c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados...

Por su parte, el artículo 29 sostiene:

Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas a la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena...

Culmina, asimismo, admitiendo que esta normativa no “se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza...”. Reconoce entonces el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a educar de los particulares.

Estas normas deben ser interpretadas en forma conjunta con el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,³ con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales,⁴ y con el artículo

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto garantizan el derecho de los padres⁵ a decidir la educación de sus hijos según sus creencias y convicciones. También con las normas locales pertinentes, ya que muchos Estados de la región han reconocido este derecho en el ámbito interno. En particular en Argentina, fue incorporado a la Constitución Nacional desde su sanción originaria (1853/60)⁶ e incluso ha sido ampliado en diversas constituciones locales.⁷

En este trabajo nos proponemos establecer a grandes rasgos las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derecho a la educación, conforme el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, identificar estándares aplicables a ciertos desafíos que afronta hoy la plena vigencia del derecho a la educación desde una mirada igualitaria robusta, en términos de a) acceso a la educación, b) gratuidad de la educación, c) laicidad de la educación vinculada al derecho de les adultes a elegir la educación de sus hijos y, finalmente, d) el acceso pleno a este derecho para personas con discapacidad. En este sentido, no pretendemos agotar el debate sino solo dejar establecidas ciertas cuestiones para ampliar su discusión actual.

2. Obligaciones asumidas por los Estados en materia de educación

El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención, ha entendido que mientras el artículo 28 refiere al acceso a la educación para niños y niñas y la obligación de los Estados de garantizarlo,⁸ el artículo 29 establece su contenido y objetivos; es decir, resalta el derecho a una determinada calidad en la educación y que esta (planes de estudio, métodos pedagógicos, entre otros) debe girar en torno a la singularidad o características únicas de cada niño o niña.⁹

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

En lo que sigue nos referiremos al derecho de "les adultes responsables"/"les niñes" a fin de lograr mayor inclusividad en el lenguaje. Asumimos, que el uso del lenguaje inclusivo puede haber fallado en ciertos casos.

6 Desde sus orígenes (arts. 5, 14, 20, 67 inc. 16 - hoy 75 inc. 18) y, luego de la reforma del año 1994, se lo ha fortalecido (art. 75 inc. 17, 19 y 23, e indirectamente los arts. 41 y 42).

7 Por ejemplo, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, arts. 24, 25 y 26.

8 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 1 "Propósitos de la educación", 17 de abril de 2001, párr. 9.

9 *Ibidem*.

Cabe analizar estos dos artículos a la luz de lo que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) ha entendido que comprende el derecho a la educación. En primer lugar, el Comité resalta que este derecho es un medio indispensable para la realización de los demás derechos humanos y para participar plenamente en la sociedad (*derecho-llave*).¹⁰ Se reconoce que su ejercicio es una práctica que permite el desarrollo y disfrute de otros derechos individuales y colectivos, no solo referidos al campo económico o de capacitación para la vida profesional, sino también, y principalmente, la educación contribuye al pleno desarrollo de la personalidad y a la formación de la ciudadanía y al fortalecimiento del respeto a los derechos humanos.¹¹

En particular, el Comité DESC determinó que el derecho a la educación implica cuatro aspectos esenciales: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.¹²

La *disponibilidad* refiere a que deben existir establecimientos e instituciones en las condiciones apropiadas para poder impartir la educación (incluyendo los artefactos apropiados y docentes capacitados/as con sueldos competitivos).

El segundo aspecto, la *accesibilidad*, implica que las estructuras edilicias en donde se educa, así como los programas de estudio, deben ser accesibles para todos y todas sin discriminación sobre la base de categorías prohibidas. La prohibición de discriminación en torno a la educación es una obligación inmediata de los Estados, que se encuentra a su vez reforzada por los artículos 24, 10 y 5.b. de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,

10 Comité DESC, Observación General N° 13 "El Derecho a la Educación (Artículo 13 del Pacto)", E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 1.

11 Tomasevski, Katarina, *El asalto a la educación*, Barcelona, Itermon Oxfam, 2004. En el mismo sentido, la Corte IDH reconoció el carácter de verdadero derecho de la educación, entendiéndola como *derecho llave*, al sostener que "el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos", y que "la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos" ("Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador", 1 de septiembre de 2015, párr. 234). Asimismo, Corte IDH, "Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", 8 de septiembre de 2005. En el "Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay", 2 de septiembre de 2004, la Corte IDH se expidió sobre el derecho a la educación de los niños/as en contexto de encierro. Sostuvo que, en estos casos, el derecho a la educación es fundamental para asegurarse de que la detención no destruya el plan de vida (autonomía) de los menores (párr. 161), y en el "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay" (24 de agosto de 2010), la Corte IDH sostuvo que "los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada" (párr. 211).

12 Observación General N° 13, *op. cit.*, párr. 6. Para mayor profundidad, ver Tomasevsky, Katarina, *Indicadores del Derecho a la Educación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Mimeo, 2004 y Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018.

respectivamente. Además, debe ser económicamente accesible. En este punto, vale hacer una distinción respecto de las obligaciones que asumieron los Estados a partir de los distintos tratados internacionales en cuanto a la educación primaria, secundaria y universitaria. En ese sentido, solo la primera deberá estar garantizada gratuitamente de manera inmediata, mientras que las demás, de forma progresiva.

El tercer aspecto, la *aceptabilidad*, está vinculado a los contenidos de la educación: deben ser pertinentes, adecuados a la realidad social y cultural, de calidad y compatibles con las creencias y tradiciones de los adultos responsables. Esto se vincula con el derecho de los adultos a elegir la educación de sus hijos, a la que nos referiremos más adelante.

El último, la *adaptabilidad*, implica que la educación debe adaptarse a sociedades que se transforman constantemente y a alumnos que provengan de distintos contextos y culturas, teniendo siempre en miras el interés superior del/la niño. Los Estados deben garantizar que el sistema educativo se adapte a las particularidades de cada niño o niña. Una cuestión especialmente problemática en este aspecto es el acceso pleno a la educación para personas con discapacidad, que discutiremos al final de este trabajo.

De esta manera, estas son las obligaciones jurídicas que han asumido los Estados en el plano internacional. Muchas de ellas, como dijimos, se han ampliado o robustecido en el ámbito local. Por ejemplo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza la educación gratuita desde los 45 días de vida y la Ley nacional N° 27.045 establece la obligatoriedad de la educación desde los 4 años hasta la culminación de la escuela secundaria.

Ahora bien, estas obligaciones (internacionales, locales) asumidas por los Estados presentan ciertos desafíos a la hora de garantizar el derecho a la educación desde una mirada igualitaria robusta. Esto nos lleva al siguiente punto.

3. Desafíos actuales que debe afrontar la plena vigencia del derecho a la educación

Teniendo en cuenta las obligaciones asumidas por los Estados, es necesario identificar ciertas cuestiones para poder garantizar plenamente el derecho a la educación.

3.1. El derecho a la educación debe gozarse en condiciones de igualdad, pero ¿de qué igualdad hablamos?

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación es una norma presente en “la mayor parte de los tratados de derechos humanos, tanto del sistema universal como de sistemas regionales”.¹³ En este sentido, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) nos muestra que el principio de igualdad es reconocido, por un lado, como un principio en relación con el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1 CADH)¹⁴ y, por otro, como principio general que obliga a los Estados, aun cuando el derecho específico no se encuentre reconocido en la Convención (artículo 24 CADH).¹⁵

Estas fórmulas de igualdad se repiten, en forma más o menos similar, en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos adoptan una noción de igualdad que parece superar la concepción de igualdad formal¹⁶ para ubicarse en la concepción de igualdad como no discriminación.¹⁷ Sin embargo, en materia de educación estas se tornan insuficientes. Mediante un ejemplo vamos a demostrar que la concepción de igualdad como no discriminación presenta algunos problemas cuando entran en escena las circunstancias de hecho en las que se encuentran ciertas personas o grupos.

En Argentina, la educación universitaria es pública y privada. La educación pública es gratuita; no se debe abonar dinero alguno en concepto de cuota, a fin de recibir formación. En este sentido, se puede decir que la educación universitaria es igualitaria, ya que permite que todos/as aquellos/as que hayan terminado la educación secundaria puedan acceder a este nivel (no hay ninguna distinción injustificada,

¹³ Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, N° 24, julio de 2010, p. 1.

¹⁴ En esta Convención, los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁵ (Igualdad ante la Ley) Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹⁶ Exige trato idéntico entre quienes caen dentro de la clasificación que realiza la norma y trato desigual respecto de quienes se encuentren afuera de esa clasificación. Se examina la norma hacia adentro, al momento de su aplicación, para ver si excluye a alguien que debe estar dentro. Tenemos, entonces, que el legislador puede realizar distinciones, siempre que la norma se aplique a aquellos a los que va dirigida y deje fuera a aquellos que no entran dentro de la clasificación. En general, implica que se trate igual a quienes están en igualdad de circunstancias.

¹⁷ Esta concepción de igualdad no se conforma con que los “iguales” sean tratados como “iguales” sino que empieza a preguntarse sobre la “razonabilidad” de la distinción. Exige razones que hablen a favor (o en contra) del criterio utilizado por el legislador para clasificar. Para esta concepción de igualdad, solo serán válidas aquellas clasificaciones que sean “objetivas y razonables”. Ver Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad ante la ley. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016 y Ronconi, Liliana, *op. cit.*

desde la lupa de la igualdad como no discriminación). Sin embargo, existe una distinción normativa (Ley de Educación Superior, N° 24.521) que deja constituidos los siguientes grupos:

- a. Todos los que hayan terminado la educación secundaria pueden ingresar a la universidad.
- b. Quienes no hayan terminado la secundaria no pueden ingresar a la universidad.¹⁸

Podríamos rápidamente afirmar que las razones de esta distinción se fundamentan en la necesidad de que existan ciertos conocimientos previos para cursar los estudios superiores (mera razonabilidad).¹⁹ Sin embargo, si se realiza un análisis de los/las estudiantes que ingresan a la universidad y, más aún, de los/as que egresan, se notará rápidamente que existen ciertos grupos que pueden estudiar y otros que quedan excluidos. Básicamente quedarán fuera quienes no pueden estudiar por falta de tiempo debido a obligaciones familiares (por ejemplo, las tareas de cuidado que recaen de forma casi exclusiva en las mujeres) o laborales; aquellas personas que, con su dinero o el de los adultos responsables, no pueden afrontar los gastos que les genera ir a la universidad, aunque esta sea pública (alquiler, transporte, alimentación, libros, fotocopias), o quienes viven alejados de los centros urbanos donde se localizan las universidades. Si tomamos en cuenta a quienes egresan, notaremos que aquellas personas que tienen que trabajar porque deben colaborar con los ingresos familiares se retrasan o abandonan sus estudios, o solo pueden culminar con éxito quienes han recibido una buena educación secundaria, entre otras cuestiones.

De esta manera, es posible notar que, pese a que existe una igualdad en el derecho a la hora de ingresar a la universidad pública ya que no existe ningún tipo de discriminación (en el sentido de falta de razonabilidad en el trato), pareciera que no todos/as pueden alcanzar ese objetivo, pues existe “un diseño del sistema social que coloca a estos grupos en una condición desventajosa”.²⁰

¹⁸ Salvo la excepción prevista en el art. 7 (mayores de 25 años sin el secundario completo).

¹⁹ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba-Dpto. de Publicaciones Facultad de Derecho, UBA, 2009.

²⁰ González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, N° 47, vol. 1, 2008, p. 133. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/multic/revistaiidh.aspx?contenidoi-d=cf53eb8f-a0d2-478c-b17e-b4622b20f25a&Portal=IIDH> [fecha de consulta: 15 de julio de 2019].

Un ejemplo similar puede darse con la educación básica. Desde los orígenes del sistema argentino, por ejemplo, todos los niños y todas las niñas podían acceder a la educación, sin necesidad de que la familia dispusiera de dinero para solventar una institución privada. De esta manera, no existe ninguna distinción en la norma que resulte injustificada: todos podían, e incluso debían, ir a la escuela. Sin embargo, muchos/as quedaron afuera. En este sentido, las personas con discapacidad fueron separadas de las escuelas comunes y enviadas a “escuelas especiales”.

Este es el grave defecto que presenta la concepción de igualdad como no discriminación. El trato (que parece) neutral “favorece la noción de que tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales”.²¹ Sin embargo, como se muestra en el ejemplo del ingreso a la universidad, ese trato neutral dispuesto en la norma permite que esta tenga un impacto negativo sobre ciertos grupos.

El alcance de la concepción de igualdad aplicado al derecho a la educación puede ser identificado en algunos casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En este sentido, en el caso “D.H. c. República Checa”²² resuelto ante el TEDH se cuestionaba que la norma que, en principio, sometía a todos/as los/as niños/as a un examen antes de ingresar a la escuela sin importar su procedencia, en la práctica implicaba que los/as niños/as checos de origen romaní (gitanos) eran destinados/as a escuelas especiales para niños/as con necesidades educativas especiales. Las dificultades de los niños romaní para comunicarse en checo eran un factor para incluirlos en educación especial y no en educación regular. Se trataba de una política “de hecho” segregativa. El efecto agregado era que el 56% de los niños en educación especial en la localidad de Ostrava son de origen roma y solo el 2,2% de los niños en educación regular es de origen roma (apartado 18). Sostiene, además, que los tests en los que se funda la distinción (y que determinan la escuela a la que asistirá cada niño) son preparados para la población general pero no toman en cuenta las particulares circunstancias del pueblo gitano.

Así, los niños gitanos/as no tenían las mismas posibilidades educativas que aquellos/as que asistían a escuelas regulares, lo que se traducía en repitencia y abandono escolar, pese a que no había norma alguna que estableciera la distinción. Por esto, el Tribunal consideró que existía una situación de discriminación indirecta respecto de los niños de origen romaní.

También, la Corte IDH se hace eco de esta situación en el “Caso Gonzáles Lluy”,²³ en el cual se discutía la discriminación que había padecido la niña Talía Gonzáles Lluy –y su familia– por ser portadora de HIV, virus que contrajo luego de una

21 Mackinnon, Catharine, “Integrando el feminismo en la educación jurídica”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, N° 3, vol. 6, 2005, p. 168.

22 TEDH, “D.H. c. República Checa”, 13 de noviembre de 2007. Este caso es conocido como el caso “Ostrava” (en adelante, “Ostrava”).

23 Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros Vs. Ecuador”, *op. cit.*

transfusión sanguínea cuando era muy pequeña (3 años de edad). Frente a esta situación y ante la imposibilidad de obtener medicamentos de parte del Estado, su madre se vio obligada a vender todo lo que tenía y perdió su trabajo. En lo que se refiere a la situación de discriminación, Talía y su familia padecieron violaciones en su derecho a la vivienda, la salud y la educación. A raíz de que la causa tomó estado público, la familia no conseguía lugar donde hospedarse; debía trasladarse por muchas horas para llegar al establecimiento de salud y/o a la escuela. En todos estos lugares las discriminaciones eran constantes, hasta el punto de que Talía solo pudo continuar sus estudios gracias a la buena voluntad de algunos/as directores/as de escuelas que negaban su presencia ante las autoridades. La niña fue expulsada de la escuela (y rechazada por otras) “por el presunto peligro que generaba para sus compañeros”. Sin embargo, este riesgo no fue demostrado.

La Corte IDH reconoce que

... las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma alrededor de la enfermedad. De este modo, que una persona viva con VIH/SIDA, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que ésta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos.²⁴

En el caso, existe una especial situación de desventaja de la niña y de su familia. Esta “especial situación de desventaja” se origina por la intersección de diferentes causas de discriminación. Aparece el concepto de *discriminación intersectorial*, que en palabras de la Corte IDH en el “Caso González Lluy” implica la confluencia “en forma interseccional de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación”.²⁵ Aquí estos factores estaban asociados a la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y con VIH. Así,

... la discriminación (...) no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.²⁶

²⁴ *Ibidem*, párr. 236.

²⁵ *Ibidem*, párr. 290.

²⁶ *Ibidem*.

Veamos:

Causa de discriminación	Impacto
La situación de pobreza	<ul style="list-style-type: none"> • en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio de VIH; • en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo por parte de la niña y tener una vivienda digna para toda la familia;
Persona con VIH	<ul style="list-style-type: none"> • en el acceso a la educación; • en el reforzamiento de la situación de pobreza, ya que su madre no podía salir a trabajar (no conseguía trabajo y/o debía dedicarse a atender a su hija; esto refuerza los estereotipos de género y que las acciones de cuidado van asociadas al ser mujer;
Niña	<ul style="list-style-type: none"> • en su desarrollo integral, ya que en su calidad de tal necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida;
Mujer²⁷	<ul style="list-style-type: none"> • un impacto mayor teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género; • un impacto futuro en lo que respecta a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja;

Impacto de las distintas causas de discriminación²⁸

²⁷ El modelo interseccional asume que las estructuras de discriminación que desempoderan a las mujeres son múltiples y simultáneas: por razones de raza, etnia, clase, edad y orientación sexual, entre otras. Al respecto, ver Muñoz Cabrera, Patricia, *Violencias Interseccionales. Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres en Latinoamérica*, Tegucigalpa, Central America Women's Network (CAWN), 2011.

²⁸ Ronconi, Liliana, *op. cit.*

En suma, esto demuestra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea en todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos ya marginados.

En estos casos, probablemente no existe en el legislador el ánimo de discriminar, pero sin embargo las condiciones estructurales lo permiten. Si desde el derecho no se toman en cuenta esas circunstancias de hecho, el mismo orden jurídico se convierte en un instrumento de opresión que refuerza las desigualdades. Un desafío aún vigente para los Estados en materia de educación es comprender que no alcanza solo con eliminar normas que excluyan o concedan ventajas a ciertos grupos para garantizar la igualdad en la educación, sino que se requiere implementar acciones positivas para que todos los grupos puedan efectivamente gozar de ese derecho. Además, tomar en cuenta la “discriminación interseccional”, es decir, aquella surge de una combinación de elementos que ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. En este sentido, la mala distribución de recursos materiales y el erróneo reconocimiento cultural/social, fuertemente relacionados, conllevan a una especial situación de desventaja o vulnerabilidad.²⁹ Estas condiciones estructurales crean y perpetúan las situaciones de discriminación sistémicas. Por esto, resulta interesante la mirada de los contextos históricos, sociales y políticos que generan estas discriminaciones³⁰. Esta permitiría, además, encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de los grupos discriminados.

3.2. La educación primaria debe ser gratuita ¿qué implica la gratuidad?

El principio de gratuidad exige no realizar cobro alguno por parte del Estado para poder acceder a la educación. Siguiendo a Uprimny,³¹ es posible establecer tres concepciones de gratuidad:

- a. La *concepción minimalista* afirma que la gratuidad de la educación implica que solo los costos de la matrícula y de los derechos académicos deben ser eximidos de pago;

29 Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata, 2006.

30 Costa, Sérgio, “*Researching Entangled Inequalities in Latin America. The Role of Historical, Social and Transregional Interdependencies*”, en *Working Paper Series*, N° 9, Berlín. Disponible en www.desigualdades.net/Resources/Working_Paper/WP_Costa_Online.pdf [fecha de consulta: 13 de julio de 2019].

31 Uprimny, Rodrigo, “La gratuidad en educación básica”, 2006. Disponible en: https://docs.esccr-net.org/usr_doc/La_Gratuidad_en_Educacion_Basica.pdf [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

- b. la *concepción intermedia* postula que, además de los anteriores costos, la gratuidad de la educación implica que deberían subsidiarse los costos indirectos, como uniformes, libros y transporte;
- c. una tercera *concepción, más robusta*, plantea que la gratuidad debe cubrir gastos compensatorios, es decir que el Estado debería subsidiar el costo de oportunidad en que incurre la familia al enviar a un niño a la escuela.

Este principio de gratuidad se refuerza aún más cuando se establece que la educación es obligatoria; de lo contrario, ¿cómo es posible cobrar por algo que estamos obligados a realizar?, ¿y qué sucede con aquellas familias que no disponen de dinero para pagar la educación?

Asimismo, no alcanza con que la escuela sea gratuita porque no cobra dinero alguno para asistir a ella si los/as alumnos/as no pueden llegar porque viven a más de una hora de viaje y no tienen forma de abonar el transporte escolar. Pensemos también en lo costoso de los materiales de estudios y su falta de disponibilidad en las escuelas que implica que los/as alumnos/as no pueden acceder a ellos.

Esto cae dentro de las obligaciones del Estado en la materia. La gratuidad implica, entonces, no solo garantizar el no pago de dinero alguno sino además la obligación de promover que los/as alumnos/as puedan acceder a ejercer el derecho a la educación en condiciones reales.³²

En este sentido, el Comité DESC sostuvo que “los derechos de matrícula impuestos por el gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización”.³³ Ahora bien, en el caso “Ponomaryov c. Bulgaria”,³⁴ el TEDH expresó que no tenía la potestad de indicarle al Estado cuándo y hasta qué punto podían cobrarse matrículas por la educación. De hecho, enfatizó que la misma naturaleza del derecho a la educación hace que requiera reglamentación por parte del Estado en este y otros sentidos; y que esta regulación podía variar en el tiempo según los recursos de cada comunidad. Sin embargo, indicó que, en el caso de que un Estado haya decidido impartir el nivel de educación que sea, de forma gratuita,

32 Comité DESC, Observación General N° 11 “Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/1999/4, 10 de mayo de 1999, párr. 7.

33 Asimismo, afirmó: “Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos (...) Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría” (*Ibidem*).

34 TEDH, “Ponomaryov c. Bulgaria”, 28 de noviembre de 2011.

podrá revisar que el acceso a esta no sea de ninguna manera discriminatorio con relación a un grupo específico bajo la jurisdicción del Estado.³⁵

De esta manera, la posición del TEDH no parece tan clara como la del Comité DESC, que resulta ser categórico en cómo los costos directos e indirectos son desincentivos a la educación.

3.3. ¿Debe ser laica la educación pública? ¿Cuál es el alcance del derecho de los adultos de elegir la educación de sus hijos?

Sostenemos que el Estado debe garantizar que la educación pública sea laica. En este sentido, muchos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen que los derechos deben ser gozados sin discriminación alguna, por ejemplo, por motivos religiosos. A su vez, en la casi totalidad de estos tratados se garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Esta normativa sirve como indicadora de que *la escuela pública debe ser laica*.

Esto se ve reforzado en particular por la Observación General Nº 22 del Comité de Derechos Humanos al afirmar que

... el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.³⁶

También por la Observación General Nº 13 del Comité DESC, al disponer:

El párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que

³⁵ *Ibidem*, párr. 53.

³⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 22 "Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993, párr. 6.

los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones. En opinión del Comité, este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.³⁷

En este punto, y con estas consideraciones, resulta interesante analizar el caso judicial que se originó en la provincia de Salta y que fue resuelto por la CSJN: "Castillo".³⁸ Fue iniciado por algunos/as padres/madres de alumnos/as de distintas escuelas públicas de la provincia y por una ONG (ADC) mediante una acción de amparo colectivo, por la cual se solicitó que se declare la inconstitucionalidad del artículo 28 inciso ñ) de la Ley Provincial de Educación N° 7.546, así como la inconstitucionalidad e ilegalidad de las actividades de los funcionarios escolares de la provincia que imponían la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales, vulnerando los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y creencias, derecho a la igualdad, a la educación libre de discriminación, a la intimidad y principio de reserva, libertad de conciencia y respeto a las minorías étnicas y religiosas.

El voto mayoritario de la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la Ley Provincial de Educación, a través de la cual, en la provincia de Salta, la enseñanza religiosa integraba los planes de estudio, se impartía dentro de los horarios de clase y sus contenidos y habilitación docente requerían el aval de la respectiva autoridad religiosa. También invalidó la obligación de los padres de manifestar si deseaban que sus hijos recibieran "educación religiosa".³⁹ El argumento fuerte de la CSJN fue la igualdad. En este sentido, sostuvo:

Que la norma cuestionada, al incluir la educación religiosa en horario escolar,

³⁷ Comité DESC, Observación General N° 13, *op. cit.* párr. 28.

³⁸ CSJN, "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo", 12 de diciembre de 2017, Fallos: 340:1795.

³⁹ El juez Rosatti, en minoría, consideró que la ley es constitucional, y exhortó a la provincia a que instrumente las medidas necesarias para adaptar los contenidos curriculares de la materia y disponga el cese de todo rito religioso durante la jornada escolar.

dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante ni ningún otro, generando, de este modo, mayor desigualdad.⁴⁰

Sostuvo que es válido el dictado de horas de religión siempre que no exista preponderancia de una religión por sobre otra (principio de neutralidad religiosa) o que se haga fuera del horario escolar (de conformidad con la Observación General N° 13).

Por su parte, en el caso "Mansur Yalçın y otros c. Turquía",⁴¹ el TEDH resaltó que los Estados, como encargados de legislar todo lo que hace a la relación con las distintas religiones, deben mantenerse neutrales e imparciales, dado que son los garantes de que exista una sociedad pluralista. En ese sentido, las autoridades nacionales no deben adoptar medidas favoreciendo alguna religión en particular ni dar especial legitimidad a una forma de expresar una religión.⁴² Entonces, el Tribunal analiza las obligaciones del Estado con respecto al derecho a la educación, especialmente el de garantizar que les padres y madres puedan elegir la educación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones y creencias, resaltando que cuando los Estados incluyen contenidos religiosos en sus currículas, debe tenerse especial cuidado de no generar un conflicto entre esos contenidos y la religión de los padres. En conclusión, el Tribunal declara que Turquía falló en su deber de adaptar sus libros escolares y planes de estudio, para que las personas que no profesaran la religión mayoritaria que se enseñaba tuvieran una alternativa.⁴³

En otro caso, "Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza",⁴⁴ el TEDH debió analizar la existencia de clases de natación como parte obligatoria de la enseñanza en un cantón suizo y la negatoria de les padres y madres de dos alumnas que profesaban la religión musulmana de dejarlas asistir a esas clases, ya que sus preceptos religiosos no les permitían tomar parte en clases mixtas de natación.⁴⁵ Si bien la religión no impedía que se expusieran sin velo islámico hasta la pubertad, igualmente querían educarlas desde temprana edad en esos preceptos. El TEDH se refirió nueva-

40 Considerando 37 del voto de la mayoría.

41 TEDH, "Mansur Yalçın y otros c. Turquía", 16 de febrero de 2015.

42 *Ibidem*, párr. 70.

43 *Ibidem*, párr. 77.

44 TEDH, "Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza", 10 de abril de 2017.

45 *Ibidem*, párr. 9.

mente al derecho de los padres a decidir sobre la educación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones y con el deber del Estado de garantizar la pluralidad en la educación mediante una currícula objetiva, crítica y pluralista que no resulte en ningún tipo de adoctrinamiento.⁴⁶ Sin embargo, el TEDH entendió que el interés de los niños en una educación que les facilite luego una integración social exitosa de acuerdo con las costumbres locales prevalecía sobre la decisión de los padres de no enviar a sus hijas a las clases mixtas de natación.⁴⁷

Sobre este aspecto, el TEDH debió resolver dos casos más con relación a la presencia de símbolos religiosos en las aulas, que vale la pena observar de manera conjunta. En el caso "Dahlab c. Suiza",⁴⁸ analizó la denuncia de una docente de primaria que profesaba la religión islámica y a la que se le había prohibido usar el velo islámico mientras estuviera impartiendo clases en las aulas. El TEDH entendió que la decisión de las autoridades suizas había sido adecuada, por cuanto la presencia del velo (como un símbolo poderoso de esa religión) podía tener sobre los estudiantes un efecto proselitista; más aun considerando los preceptos islámicos que imponían a la mujer la obligación de utilizarlo, cuestión que, según el TEDH, difícilmente podía ser compatible con la igualdad de género.

Sin embargo, un tiempo luego, el TEDH decidió sobre el caso "Lautsi y otros c. Italia",⁴⁹ en el que se discutía la compatibilidad de la presencia de crucifijos en todas las aulas de las escuelas públicas con el derecho de los padres y madres a elegir libremente la educación –religiosa– de sus hijos. Los denunciantes refirieron al caso "Dahlab", en el sentido de que los crucifijos también resultaban un símbolo poderoso de la religión católica en las aulas. El TEDH, no obstante, entendió que estos dos casos eran distintos, puesto que la presencia de las cruces no significa bajo ningún concepto intolerancia a otras religiones ni a estudiantes que las profesaran, que eran igualmente bienvenidos a las escuelas. Cabe aclarar que estas cuestiones no habían sido controvertidas en el caso "Dahlab". Esto demuestra que la postura del TEDH no es uniforme en el tema de cómo entender la laicidad en la escuela pública, cuestión que sí parece haber sido zanjada claramente por la CSJN en el comentado caso "Castillo".

Sobre este mismo aspecto del derecho a la educación, puede incluirse hoy el debate

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 91.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 97.

⁴⁸ TEDH, "Dahlab c. Suiza", 15 de febrero de 2001.

⁴⁹ TEDH, "Lautsi y otros c. Italia", 18 de marzo de 2011.

local en torno a la Educación Sexual Integral (en adelante, ESI).⁵⁰ La obligatoriedad de la ESI está siendo fuertemente cuestionada desde diversos sectores. Les adultos responsables se oponen a otro tipo de educación sexual para sus hijos, oposición fundada en el derecho de los adultos responsables a elegir la educación de sus hijos.⁵¹ Sin embargo, a nuestro entender, este derecho está fuertemente restringido.

En primer lugar, no es optativo para los adultos responsables educar a sus hijos; de esta manera, los niños y adolescentes deben ser educados en determinados lugares (“escuelas, colegios”) autorizados por el Estado. Como justificación, podría indicarse lo que sostiene Gutmann:

... [para] cosechar los beneficios de la diversidad social, los niños deben tomar contacto con formas de vida diferentes a las de sus padres y, en el curso de este proceso, deben afianzar valores verdaderos, como el respeto mutuo entre las personas, que hacen la diversidad social a la vez posible y deseable.⁵²

El fundamento se vincula con el aspecto colectivo del derecho a la educación; esto es, con la formación de futuros/as ciudadanos/as para la convivencia en la sociedad. Estas escuelas deben ser, en una versión de mínima, controladas por el Estado, y en una versión de máxima, creadas y sostenidas por el propio Estado. Este es, entonces, el primer límite que encuentra la libertad de los adultos de educar a sus hijos. Pero ¿existen otros límites dentro de la educación formal? Las preguntas se complejizan: ¿tienen los padres/las madres absoluta libertad para elegir lo que se les enseña a sus hijos/as? La mencionada libertad, ¿puede ser limitada por la existencia de un fin superior? ¿Puede oponerse un padre/madre a que su hijo/a reciba cierto contenido educativo? ¿Puede exigir la enseñanza (o no) de ciertos contenidos, como ESI?

Claramente, la libertad de los padres/las madres de elegir la enseñanza de sus hijos/as encuentra límites en el concepto mismo de derecho a la educación que rige respecto de los/as niños/as.⁵³ Estos límites están impuestos por la determinación del fin de la educación.⁵⁴ Entender la educación como un *derecho humano* implica que los adultos responsables no pueden negarse a que sus hijos/as reciban ciertos

50 La Ley N° 26.150 fue sancionada el 4 de octubre de 2006 y promulgada el 23 de octubre de ese año. Su nombre oficial es “Programa Nacional de Educación Sexual Integral”, aunque se la conoce por las siglas ESI. Sobre los antecedentes, ver Morgade, Graciela (coord.), *Toda educación es sexual: hacia una educación sexuada justa*, Buenos Aires, La Crujía, 2011, pp.10-14.

51 Bajo el lema “Con mis hijos no te metas”, “a mis hijos los educó yo”.

52 Gutmann, Amy, *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 52.

53 Ver al respecto Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 3° reimp., 2005, p. 294 y ss.

54 Ronconi, Liliana, *op. cit.*

contenidos que el Estado califica como “indispensables” para garantizar el rol de la educación; por ejemplo, sumar y restar, identificar las letras, leer y escribir. Pero existen otros contenidos que han sido más problemáticos, como la enseñanza de “educación sexual” o “educación religiosa” en las escuelas públicas.⁵⁵

Entendemos que el derecho de los adultos no es una carta de triunfo que les permita oponerse a cualquier enseñanza con la que no estén de acuerdo. Encuentra su límite cuando se refiere a la afectación de los posibles planes de vida, autonomía, de otros/as (más aún cuando se trata de niños/niñas y adolescentes).⁵⁶ Si existen argumentos de peso que indiquen que es necesaria la enseñanza de un determinado contenido, como lo es la ESI, los padres/las madres deben tolerar dicha enseñanza, incluso cuando luego la refuercen y/o modifiquen con una enseñanza complementaria (por ejemplo, consejos propios, enseñanza de una religión determinada, entre otros). De esta manera, para que los padres y las madres puedan oponerse a la enseñanza brindada en las escuelas conforme los contenidos fijados por el Estado, no alcanza con el argumento de la injerencia con sus creencias filosóficas, morales o religiosas, ya que la finalidad misma de la educación (en su aspecto individual y colectivo) se encuentra comprometida. En este sentido,

... no obstante que las escuelas e institutos privados puedan reflejar las preferencias de los padres y de los alumnos en materia religiosa, ideológica, étnica, cultural, idiomática e intelectual, debería haber un control sobre los contenidos mínimos que aseguren el necesario pluralismo, neutralidad y racionalidad como para que garanticen a los menores de edad posibilidades de optar por diferentes planes de vida cuando lleguen a la edad de la razón.⁵⁷

3.4. ¿Qué implica garantizar la accesibilidad a las personas en situación de discapacidad?

Las personas con discapacidad padecen fuertes desigualdades en el acceso a la educación. No solo porque muchas de ellas tienen una educación diferenciada (educación especial), sino también porque quienes logran asistir a una escuela “común”

⁵⁵ Resuelto por la CSJN en el caso “Castillo”.

⁵⁶ En este sentido, “está claro que los padres no son, literalmente, dueños de sus hijos, y hay límites a su discrecionalidad respecto de las decisiones que pueden tomar en perjuicio de sus hijos. Si bien la patria potestad es inescindible de la autonomía de los padres y es, en general, beneficiosa para el desarrollo de los niños como personas autónomas, tiene como límite la comprobación de que su ejercicio en un caso particular afecta irreversiblemente la autonomía potencial del niño” (Nino, *op. cit.*, p. 294).

⁵⁷ *Ibidem*, p. 298.

padecen de fuertes obstáculos.⁵⁸ Existe simplemente *integración* (están adentro de la escuela, pero nada más).⁵⁹ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se basa en un modelo social de la discapacidad, afirmando que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad”. Así, los problemas que deben sortear quienes pretenden continuar allí son de lo más variados. Muchos de ellos pueden ser catalogados como cuestiones simples (falta de rampas en un establecimiento educativo, entre otras), pero su “no solución” se traduce en la negativa del derecho a la educación para las personas que se movilizan en sillas de ruedas, por ejemplo.

Es posible notar que, históricamente, a las personas con discapacidad no se les ha negado el derecho a la educación, sino que han sido destinadas a escuelas “especiales”, donde concurre la mayoría de los niños/as con discapacidad.⁶⁰ Sin embargo, el Estado no puede justificar un interés estatal por el cual las personas con discapacidad deben concurrir a escuelas diferenciadas. Por el contrario, “su separación en espacios segregados reproduce los estereotipos y crea un estigma de inferioridad, que convierte a muchas personas en parias durante su vida adulta”.⁶¹

Las formas diversas de discriminación que padecen las personas con discapacidad “van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más ‘sutiles’ de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales”.⁶² En aras de lograr la igualdad, se hace necesario que el Estado realice acciones positivas en favor de las personas con discapacidad, siendo el mandato al respecto muy claro: *las personas con discapacidad deben asistir a las mismas escuelas que el resto de las personas y las escuelas, docentes, estudiantes y demás miembro de la comunidad educativa deben adaptarse*.⁶³

58 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*, A/HRC/25/29, 18 de diciembre de 2013, párr. 35.

59 Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, Observación General núm. 4 “sobre el derecho a la educación inclusiva”, CRPD/C/GC/4, 25 de noviembre de 2016, párr. 11.

60 Esto se replica en la formación docente: existen “docentes” destinados a escuelas comunes y “docentes especiales” para las escuelas especiales.

61 El TEDH tuvo oportunidad de referirse al asunto en el caso “Ostrava” (13 de noviembre de 2007); sin embargo, no se cuestiona por la existencia de escuelas especiales, sino que solo se refiere a las razones por las cuales algunos niños iban a esas escuelas.

62 Comité DESC, Observación General N° 5 “Las personas con discapacidad”, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994, párr. 15.

63 En este sentido, ver el art. 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asociación Civil por la Igualdad y la

Es así como, desde hace unos años, la discusión gira en torno a la necesidad de que las personas con discapacidad concurren a los mismos establecimientos educativos que el resto de los niños/as. En este sentido, la inclusión educativa es un derecho reconocido por la comunidad internacional: las personas con discapacidad tienen derecho a educarse en escuelas comunes. Esto requiere, en todo caso, los ajustes curriculares y pedagógicos necesarios para el aprendizaje.

Sin embargo, el debate no está saldado. Pese a que, en muchos casos, les niños con discapacidad han logrado conseguir una vacante en una escuela “no especial”, existen respecto de ellos/as una multiplicidad de barreras actitudinales y físicas. Esto claramente tiene un impacto negativo en su desarrollo educativo y en su valoración como personas. Veamos:

- Falta o insuficiente adaptabilidad de los establecimientos educativos en lo que respecta a la accesibilidad física: no existen rampas, los baños no se encuentran adaptados, ciertos espacios son inaccesibles (por ejemplo, sala de música, de computación) por la existencia de escaleras; puertas que no permiten el ingreso, ascensores no adaptados. En este sentido, a la mayoría de los establecimientos escolares no puede ingresar una persona con discapacidad o, si puede hacerlo, no puede realizarlo en forma autónoma.
- Falta de información sobre la situación de las personas con discapacidad en escuelas comunes.
- Entrega de títulos diferenciados para las personas con discapacidad.
- Falta de maestros/as de apoyo (que no necesariamente son docentes), ya sea en las escuelas comunes, como asimismo garantizados/as, por ejemplo, por la obra social/prepaga.⁶⁴

Estas son algunas de las situaciones que deben enfrentar los niños con discapacidad a la hora de “ingresar” a una escuela común. Estas se ven agravadas por otras causas de desigualdad. La eliminación de estas barreras (físicas y actitudinales) es una obligación inmediata para los Estados.

La educación inclusiva, entonces, es más que la mera integración. Se requiere realizar

Justicia (ACIJ), “Una deuda de derechos humanos: la falta de acceso a la escuela de niños/as con discapacidad y de niños con discapacidad de viven en villas. El caso de la CABA”. Buenos Aires, 2014. Disponible en <http://acij.org.ar/blog/2014/06/19/informe-sobre-la-falta-de-acceso-a-la-escuela-de-ninosas-con-discapacidad/> [fecha de consulta: 15 de julio de 2019].

64 AccesoYA, *Informe Escuelas Accesibles*, Buenos Aires, 2014. Disponible en <http://www.accesoya.org.ar/> [fecha de consulta: 10 de julio de 2019].

ajustes en la educación. En este sentido,

... la educación inclusiva implica transformar el sistema de enseñanza y asegurarse de que las relaciones interpersonales se basen en valores fundamentales que permitan materializar el pleno potencial de aprendizaje de todas las personas. También implica una participación efectiva, una instrucción personalizada y pedagogías inclusivas.⁶⁵

Ello incluye: a) la adaptabilidad física (de los establecimientos educativos y de la forma de llegar a ellos) y actitudinal (de docentes, padres/madres, directivos/as, personal administrativo), b) crear y facilitar formas creativas de enseñanza y aprendizaje (por ejemplo, facilitar el aprendizaje del Braille, la lengua de señas y otros modos y formatos de comunicación, así como de habilidades de orientación y de movilidad); c) identificación temprana de las personas con discapacidad, ya que posibilita la provisión de soporte y cuidado necesario.⁶⁶

En relación con el acceso a la educación de personas con discapacidad, el TEDH debió resolver el caso "Enver Sahin c. Turquía", en donde la víctima reclamaba arreglos estructurales en el edificio de la universidad a la que asistía para poder continuar con su educación, que se había visto interrumpida por este motivo. El Tribunal resaltó la importancia de los principios fundamentales de universalidad y no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación y cómo ha sido reconocida la educación inclusiva como la forma de garantizarlos y como la principal obligación del Estado.⁶⁷ Sin embargo, dio la razón al Estado en que el principio de no discriminación debía ser interpretado a la luz de los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial el de proveer ajustes razonables para las personas que lo requieran, siempre que esto no implique una carga desproporcionada para el Estado.⁶⁸ En ese sentido, determinó que no era función de la Corte decidir cuáles debían ser esos ajustes razonables, que era una decisión a tomar por las autoridades nacionales, que debían hacerlo con "gran cuidado", dada la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. De cualquier manera, concluyó que había existido una violación al principio de no discriminación, ya que el Estado falló en demostrar que había actuado con la debida diligencia para garantizar que la víctima pudiera seguir con sus estudios.

⁶⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*

⁶⁶ UNICEF, *The right of children with disabilities to education*, Position Paper, 2012. Disponible en http://www.unicef.org/ceecis/IEPositionPaper_ENGLISH.pdf [fecha de consulta: 18 de julio de 2019].

⁶⁷ TEDH, "Enver Sahin c. Turquía", 2 de julio de 2018, párr. 55.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 60.

4. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos buscado plasmar las obligaciones de los Estados en materia de derecho a la educación. Hemos sostenido que estos tienen una obligación progresiva de proveer educación para todos y todas las niñas y en todos los niveles educativos, conforme el máximo de sus recursos disponibles. Sin embargo, existen ciertas obligaciones con carácter inmediato que los Estados deben cumplir: acceso a educación primaria gratuita y respeto estricto del principio de no discriminación al momento de proveer la educación. En este último punto, nos permitimos resaltar cuatro aspectos que aun encuentran desafíos en su cumplimiento efectivo.

Primero, el acceso a la educación en condiciones de igualdad, que no solamente implique igualdad como no discriminación, sino que tome en cuenta las diferencias estructurales que sufren ciertas personas o grupos de personas, incluso de manera interseccional.

Segundo, en cuanto a la gratuidad de la educación, por cuanto el Estado debería no solo abstenerse de cobrar por impartir educación (al menos inmediatamente en el nivel primario), sino además cubrir los gastos que vienen asociados con la asistencia a una institución educativa, como libros, transporte, etc. De lo contrario, la educación no sería totalmente accesible para las personas que no puedan costear dichos gastos.

En tercer lugar, nos referimos a la discusión acerca de si la educación deber ser laica. En este sentido, hicimos referencia al derecho de les padres y madres a educar a sus hijos según sus creencias y convicciones, y a la obligación de los Estados de mantenerse neutrales al impartir educación. Concluimos que la educación religiosa en las escuelas públicas no podría privilegiar una religión sobre otra, sino que debería limitarse a contenidos referidos, por ejemplo, a la historia de las religiones. Sin embargo, entendemos que este derecho de les adultes no es absoluto, y encuentra un límite claro en la necesidad de que les niñas accedan a lo que el Estado considera contenidos esenciales, como por ejemplo la ESI.

Por último, expusimos la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad a la hora de acceder de manera plena a la educación. Principalmente nos referimos a barreras físicas y de contenidos que no se adaptan a su situación concreta. Entendemos que los Estados deben garantizar que les niñas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones con les demás

niños a escuelas comunes y a contenidos que les permitan luego interactuar en la sociedad de forma autónoma.

En conclusión, sostenemos que solo cuando los Estados tomen estas cuestiones en consideración y realicen los ajustes necesarios, existirá un acceso efectivo e igualitario al derecho a la educación.

Bibliografía general

- Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba-Dpto. de Publicaciones Facultad de Derecho, UBA, 2009.
- Costa, Sérgio, “Researching Entangled Inequalities in Latin America. The Role of Historical, Social and Transregional Interdependencies”, en *Working Paper Series*, N° 9, Berlín. Disponible en www.desigualdades.net/Resources/Working_Paper/WP_Costa_Online.pdf [fecha de consulta: 13 de julio de 2019].
- Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, N° 24, julio de 2010.
- Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata, 2006.
- González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, N° 47, vol. 1, 2008. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/multic/revistaiidh.aspx?contenido=c-f53eb8f-a0d2-478c-b17e-b4622b20f25a&Portal=IIDH> [fecha de consulta: 15 de julio de 2019].
- Gutmann, Amy, *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Barcelona, Paidós, 2001.
- Mackinnon, Catharine, “Integrando el feminismo en la educación jurídica”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, N° 3, vol. 6, 2005.
- Morgade, Graciela (coord.), *Toda educación es sexual: hacia una educación sexual justa*, Buenos Aires, La Crujía, 2011.

- Muñoz Cabrera, Patricia, *Violencias Interseccionales. Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres en Latinoamérica*, Tegucigalpa, Central America Women's Network (CAWN), 2011.
- Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 3° reimp., 2005.
- Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018.
- Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad ante la ley. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- Tomasevski, Katarina, *El asalto a la educación*, Barcelona, Itermon Oxfam, 2004.
- Tomasevsky, Katarina, *Indicadores del Derecho a la Educación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Mimeo, 2004.
- Uprimny, Rodrigo, "La gratuidad en educación básica", 2006. Disponible en: https://docs.escri-net.org/usr_doc/La_Gratuidad_en_Educacion_Basica.pdf [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

Informes

- AccesoYA, *Informe Escuelas Accesibles*, Buenos Aires, 2014. Disponible en <http://www.accesoya.org.ar/> [fecha de consulta: 10 de julio de 2019].
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), "Una deuda de derechos humanos: la falta de acceso a la escuela de niños/as con discapacidad y de niños con discapacidad de viven en villas. El caso de la CABA". Buenos Aires, 2014. Disponible en <http://acij.org.ar/blog/2014/06/19/informe-sobre-la-falta-de-acceso-a-la-escuela-de-ninosas-con-discapacidad/> [fecha de consulta: 15 de julio de 2019].
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*, A/HRC/25/29, 18 de diciembre de 2013.
- UNICEF, *The right of children with disabilities to education*, Position Paper, 2012. Disponible en http://www.unicef.org/ceecis/IEPositionPaper_ENGLISH.pdf [fecha de consulta: 18 de julio de 2019].

Otros documentos/jurisprudencia

- Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 1 “Propósitos de la educación”, 17 de abril de 2001.
- Comité DESC, Observación General N° 5 “Las personas con discapacidad”, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994.
- Comité DESC, Observación General N° 11 “Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C.12/1999/4, 10 de mayo de 1999.
- Comité DESC, Observación General N° 13 “El Derecho a la Educación (Artículo 13 del Pacto)”, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.
- Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, Observación General núm. 4 “sobre el derecho a la educación inclusiva”, CRPD/C/GC/4, 25 de noviembre de 2016.
- Corte IDH, “Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”, 2 de septiembre de 2004.
- Corte IDH, “Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, 8 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros Vs. Ecuador”, 1 de septiembre de 2015.
- CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, 12 de diciembre de 2017, Fallos: 340:1795.
- TEDH, “D.H. c. República Checa”, 13 de noviembre de 2007 [Sentencia “Ostrava”].
- TEDH, “Ponomyrov c. Bulgaria”, 28 de noviembre de 2011. TEDH, “Mansur Yalçın y otros c. Turquía”, 16 de febrero de 2015.
- TEDH, “Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza”, 10 de abril de 2017.
- TEDH, “Enver Sahin c. Turquía”, 2 de julio de 2018.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 30

El art. 30 de la Convención sobre los Derechos del niño a la luz de un fallo de la CSJN sobre el respeto a las minorías religiosas en el ámbito de la educación pública

Norma Sas¹

¹ Abogada. Asesora Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente UBA

ARTÍCULO 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

1. Introducción

El art. 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en aquellos Estados en los que

... existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

En torno a dicha cuestión, puntualmente en lo que atañe a la libertad de profesar y practicar la propia religión, se ha expedido nuestro Máximo Tribunal en el marco del amparo colectivo "Castillo, Carina y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo".²

La causa fue promovida por un grupo de madres de alumnos que asistían a escuelas públicas de la provincia de Salta y por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). En ella se persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 27 inc. ñ) de la Ley Provincial N° 7.546 de Educación, norma que establece la obligatoriedad de la instrucción religiosa por cuanto dispone que "integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase". Asimismo, tachaban de inconstitucional la obligación impuesta por las autoridades provinciales a los progenitores de los alumnos mediante Disposición N° 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria, por resultar violatoria del derecho a la intimidad, en cuanto se les requería que completaran un formulario mediante el cual manifestaban si querían que sus hijos recibieran educación religiosa y, en caso de que optaran por ella, manifestaran la creencia en la que deseaban que fueran instruidos.

En lo sustancial, perseguían que cesara la enseñanza de la religión católica en las escuelas y de toda práctica religiosa dentro del horario escolar.

La acción llegó hasta el Máximo Tribunal de esa provincia, que resolvió a favor de la constitucionalidad de las normas involucradas; esto es, el art. 49 de la Constitución Provincial (en cuanto establece el derecho de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus convicciones) y de los arts. 8 y 27 inc. ñ) de la Ley provincial N° 7.546 de

² CSJN, "Castillo, Carina y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo", 12 de diciembre de 2017, Fallos: 340:1795.

Educación. Sin perjuicio de ello, ordenó que las prácticas y usos religiosos tuvieran lugar únicamente durante el horario fijado para la enseñanza de la religión, y que se arbitrara un programa de formación alternativo para quienes no desearan ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar. Contra dicha resolución, la actora interpuso recurso extraordinario.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación abrió el recurso extraordinario y, en mayoría, se expidió en favor de la pretensión de los actores declarando la inconstitucionalidad de la normativa involucrada. Cabe apuntar que la minoría, integrada únicamente por el Dr. Rossati, se expidió a favor de la constitucionalidad de las normas cuestionadas aun cuando declaró la inconstitucionalidad de ciertas prácticas³ que implicaban la conculcación del derecho a ejercer libremente el culto, de aprender y de privacidad. Asimismo, exhortó a las autoridades provinciales a que dispongan las medidas necesarias para adaptar los contenidos curriculares de la materia y el cese de todo rito religioso durante la jornada escolar.

Hemos elegido comentar el fallo que nos ocupa por cuanto creemos que, en él, nuestro Máximo Tribunal consigue, por medio de un extensivo y claro análisis, establecer los límites constitucionales en lo que se refiere a las relaciones entre el Estado, la religión y su enseñanza en el ámbito de la educación pública. Asimismo, abordar la cuestión relacionada con aquellas normas que superan airoosamente el análisis del control de constitucionalidad pero que, en su aplicación, causan un trato desigual y claramente discriminatorio.

2. La normativa involucrada

Nuestra Constitución Nacional consagra la libertad de religión y conciencia (arts. 14, 19 y 75 inc. 17 y 22), al mismo tiempo que aclara que el “Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano” (art. 2).

En relación con este último precepto y con el fin de determinar sus alcances, el voto de la mayoría realiza un exhaustivo análisis de las opiniones vertidas en el seno de la convención constituyente, concluyendo que “el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución del 1853/1860 como religión mayoritaria de los habitantes del país no importa que aquella sea establecida como religión de

³ Como la prevalencia de un culto por sobre los demás, la imposición de clases de catequesis, la obligación de los alumnos de tener que permanecer en el aula cuando se imparten clases de religión que no se corresponden con la religión que profesan.

Estado”, sino que el término “sostenimiento” debe interpretarse exclusivamente en el sentido de sostenimiento económico del culto católico, por cuanto el Estado tiene una posición neutral frente a las religiones. Ya la Corte había sostenido en numerosos casos⁴ el mismo concepto.

Para abordar los alcances de la “neutralidad religiosa” del Estado en materia educativa, debemos tener presentes las obligaciones que la Constitución Nacional pone en cabeza del Congreso en cuanto dispone “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria” (ver art. 75 inc. 18), así como

... sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales (art. 75 inc. 19).

La noción de neutralidad comprende, conforme lo entiende la Corte, no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa (lo que abarca a los no creyentes), sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.⁵

A su vez, dentro del bloque de constitucionalidad incorporado a nuestra carta magna en la reforma constitucional de 1994, encontramos diversos tratados que amparan el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 12.4) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18.4).

En cuanto al alcance de este derecho, el Comité de Derechos Humanos señaló en la Observación N° 22 que “la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento

4 CSJN, “Contra el Presbítero Jacinto Correa, por infracción del art. 118 de la ley de Matrimonio Civil de 12 de noviembre de 1888 (110 de la ley de 12 de noviembre de 1889)”, 29 de julio de 1983, Fallos: 53:188; “Didier Desparats Gabriel José”, 18 de julio de 1928, Fallos: 151:403; “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, 27 de noviembre de 1986, Fallos: 308:2268 (ver voto del Dr. Petracchi); “Carbonell, Luis Alberto”, 12 de agosto de 1982, Fallos: 304:1139; “Villacampa, Ignacio c/ Almos de Villacampa, María Angélica”, 9 de febrero de 1989, Fallos: 312:122.

5 Ver considerando N° 14 del fallo “Castillo”, *op. cit.*

en una religión o una creencia particular es incompatible con el párrafo 4 del art. 18"; la única salvedad es que se hayan previsto exenciones o posibilidades que estén de acuerdo con el deseo de los padres o tutores.

El Estado Nacional fija las bases de la educación, que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a su vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de conformidad con el art. 5, en cuanto dispone que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure la educación primaria. Bajo estas condiciones, el Gobierno Federal resulta el garante en cada provincia del goce y ejercicio de las instituciones.

En el ejercicio de dicho poder, la provincia de Salta estableció en su Constitución el derecho de los progenitores y demás representantes legales de personas menores de edad a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus convicciones (art. 49).

La norma de la Constitución provincial coincide con los lineamientos dados por la normativa nacional e internacional vigente, sumando la previsión de que el derecho sea asegurado en el ámbito de la escuela pública. Siendo así, la tacha de inconstitucionalidad de esa norma no resulta atendible.

Por su parte, la Ley provincial N° 7.546 de Educación reglamenta el derecho previsto en el art. 49 de la Constitución provincial. Así, en su art. 27 inc. ñ) establece entre los objetivos de la educación primaria de la provincia de Salta brindar enseñanza religiosa, incluyéndola dentro de los planes de estudio y disponiendo que se imparta dentro de los horarios de clase de acuerdo con la creencia de los padres y tutores que deciden sobre la participación de los hijos o pupilos. Asimismo, establece que "los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa".

En consecuencia, si se concluye que el art. 49 de la Constitución provincial pasa con éxito la revisión de constitucionalidad, la cuestión a resolver se circunscribe a examinar si la reglamentación de este (el art. 27 inc. ñ de la Ley N° 7.546) y su aplicación por parte de las autoridades educativas de la citada provincia resulta constitucional.

La otra cuestión a merituar es si la Disposición N° 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria es violatoria del derecho a la intimidad consagrado por

la Constitución Nacional. Como hemos dicho, esta norma establece la obligación por parte de los padres de completar y entregar un formulario manifestando si desean que sus hijos reciban educación religiosa y, en caso de optar por ella, manifiesten la creencia en la que deben ser instruidos. El citado formulario luego terminaría anexado al legajo del alumno.

3. Los extremos fácticos acreditados en la causa

En virtud de la línea de análisis señalada precedentemente, deviene imprescindible conocer la forma en la cual se aplicaba la normativa cuya constitucionalidad se cuestiona. A tal fin, resulta de ayuda el dictamen del procurador fiscal por cuanto realiza un detallado recuento de tales cuestiones.

En la causa quedó acreditado que:

- la única educación religiosa que se implantó fue el catolicismo; así lo documentaron los libros y cuadernos acompañados, los informes de la supervisora religiosa, notas periodísticas del Ministerio de Educación, la formación de los docentes y la intervención del Arzobispado de la provincia en la designación de los docentes de catequesis de las diferentes escuelas;
- que había alumnos agnósticos y pertenecientes a otros credos: evangelistas, testigos de Jehová, mormones y adventistas;
- alumnos que manifestaron no profesar la religión católica recibieron educación religiosa en horario escolar;⁶
- los padres debían completar un formulario de opción⁷ mediante el cual manifestaban si deseaban que sus hijos recibieran o no educación religiosa y de qué credo, y era archivado en el legajo del alumno.
- de los formularios de opción suscriptos por los padres se desprende que con-

⁶ Conforme se desprende del considerando V del dictamen del procurador fiscal en la Escuela N° 4.734 "Dr. René Favalaro", en 2010 680 alumnos en el nivel primario participaron de la clase de educación religiosa, de los cuales 21 pertenecían a la religión evangélica, cinco eran testigos de Jehová y seis se manifestaron no creyentes. Solo dos optaron por no participar de la clase, aunque al menos 34 manifestaron no ser católicos. En la Escuela N° 4.077 "Juana Moro de López", en 2009, 267 alumnos en el nivel primario participaron de la clase de religión, de los cuales 37 no son católicos; solo dos no participaron de la materia. En la Escuela "Bartolomé Mitre", en 2009, participaron 1012 alumnos de la clase de religión, de los cuales 96 no son católicos; ninguno optó por no participar. Durante el mismo año, en la Escuela "Dodi Aráoz Usandivaras" participaron de la clase de religión 406 alumnos, de los cuales 27 se manifestaron no católicos y ninguno optó por no participar. En la Escuela "Jacoba Saravia", durante 2010, 507 alumnos cursaron la materia religión, de los cuales 24 manifestaron no ser católicos.

⁷ Disposición N° 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial.

sienten que sus hijos permanezcan en clase de religión pese a no profesar el credo a fin de que no sean individualizados ni segregados o debido a cuestiones de seguridad.

- aquellos alumnos cuyos padres habían expresado el deseo de no ser instruidos en religión alguna debían concurrir a la biblioteca, a clase de música, permanecer en el patio, ingresar más tarde o efectuaban acuerdos con la escuela para la incorporación de contenidos en valores universales (estas opciones variaban puesto que dependían del establecimiento educativo).
- en ningún caso se acreditó la existencia de educación alternativa en otras religiones u otras materias para aquellos alumnos que no profesaran el credo católico.
- se consignó la frase “no creyente” en el boletín de aquellos alumnos que no participaron en la materia religiosa.
- “las practicas” propias de la religión católica excedieron los espacios destinados a la educación católica.⁸

4. El principio de igualdad y los mecanismos de control

4.1. La noción tradicional del principio de igualdad vs. la nueva concepción

El principio de igualdad, que surge del art. 16 de la Constitución Nacional, tradicionalmente ha sido interpretado como principio de no discriminación, en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias.

A partir de la reforma constitucional del '94, debe ser analizado a la luz del bloque de constitucionalidad incorporado en el art. 75 inc. 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional.⁹ Los Tratados Internacionales que conforman dicho bloque incorporaron mecanismos de acciones

⁸ Se acreditó en la causa la realización de rezos obligatorios al comienzo de la jornada escolar, la colocación de rezos en los cuadernos de los alumnos al comienzo de cada día acompañado de sobreagregado: alusiones al catolicismo en la cartelera de las escuelas, celebración de festividades patronales y bendición a la mesa en el desayuno y la merienda.

⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 70; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2.2 y 3; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2 a 7; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 2, 3 y 5 a 16 y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.

positivas para favorecer a determinados grupos y, al mismo tiempo, delinear categorías sospechosas de discriminación con el fin de garantizar la igualdad de los habitantes.

Así, en el marco que plantea la constitución del '94, "la igualdad" no puede ser entendida únicamente como principio de no discriminación, sino desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo como parte integrante de un grupo. El análisis que debe realizarse necesariamente debe considerar el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que se derivan de estas. Desde dicho análisis deberá verificar cómo impactan en los grupos más desventajados.

El control de constitucionalidad diferirá según el enfoque del que partamos.

El art. 19 de la Constitución Nacional contempla los principios de privacidad y legalidad. De dicha norma, según enseña María Angélica Gelli, deriva el principio de la autonomía de la persona humana, que es concebida como centro del sistema político que debe servir al desarrollo de la libertad y que no debe utilizar a las personas para sus propios objetivos.¹⁰

4.2. Los criterios de control de constitucionalidad

El Dr. Gil Domínguez¹¹ explica que el voto de la mayoría adopta la siguiente clasificación de tipología discriminatoria relacionada con el control de constitucionalidad:

- Directa normativa: se utiliza en una norma una categoría prohibida de forma expresa con el fin de distinguir, excluir, restringir o menoscabar un derecho.
- Indirecta normativa: la norma, en su redacción, no expresa discriminación alguna; sin embargo habilita prácticas discriminatorias.
- Indirecta práctica: bajo apariencia de neutralidad, una práctica discrimina utilizando alguna de las categorías que se hallan prohibidas.

Desde un enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima o no debe establecerse si la distinción realizada persigue fines legítimos y constituye un medio legítimo para alcanzar tales fines; en otras palabras, se analizará

¹⁰ Gelli, María Angélica, *Constitución Nacional Argentina*, Buenos Aires, *La Ley*, 4^o ed. ampliada y actualizada, 2008, T. I, p. 329.

¹¹ Gil Domínguez, Andrés, "Privacidad, Neutralidad Estatal, No Discriminación y Educación Religiosa en los Colegios Públicos", en *La Ley*, 2018-A, p. 418.

su razonabilidad. Sin embargo, cuando la diferencia de trato que surge de las normas se encuentra basada en categorías específicamente prohibidas o sospechosas, debe aplicarse un examen más riguroso que parte de una presunción de invalidez. En este supuesto habrá que invertir la carga de la prueba por cuanto será el demandado quien deba acreditar que tal diferencia de trato está justificada por ser el medio más idóneo –esto es, el menos restrictivo– para cumplir un fin sustancial.¹²

Esta perspectiva fue considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caracterizar el derecho a la igualdad y la no discriminación como un derecho humano que se desprende de la naturaleza del género humano y resulta inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.¹³ La doctrina de las “categorías sospechosas” persigue revertir la situación de desventaja (por razones sociales, culturales, étnicas, religiosas, etc.) en la que se encuentran las personas que integran ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos que son reconocidos por el ordenamiento jurídico.

5. Las normas “neutras”

5.1. Las “normas neutras” son definidas como aquellas normas que no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos; por lo tanto, no puede afirmarse que contengan una distinción sospechosa en sentido estricto, pero al aplicarla en un determinado contexto social producen un impacto desproporcionado.

La Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) se refiere específicamente a estas considerándolas una forma de discriminación indirecta. En tal sentido, señala que tanto las formas directas como las indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme el artículo 2.2 del Pacto y define la *discriminación indirecta* como aquellas

12 Doctrina de la CSJN en “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal”, 17 de marzo de 2009, Fallos: 332:433 considerando 6 y sus citas.

13 Corte IDH, “Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile”, 24 de febrero de 2012, párrs. 79 y 124.

... leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.¹⁴

La citada Observación también aborda la discriminación sistémica, afirmando que

... el Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló ya en “Artavia Murillo Vs. Costa Rica” que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que provoquen efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.¹⁶

Si habiéndose comprobado la desigualdad el Estado no consigue demostrar que los efectos desproporcionados que provoca la norma se justifican, esta resultará inconstitucional por cuanto afecta el principio de igualdad y no discriminación aun cuando el análisis que se centra en la norma evidencie que resulta una norma neutra.

Tal conclusión se explica por cuanto resulta el único modo de evitar que los efectos discriminatorios de una norma neutra se perpetúen, dado que es insuficiente invalidar reiteradas veces la práctica sin hacer lo mismo con la norma que la avala.

Como enseñara el Dr. Carlos Nino, dado lo valiosa que resulta la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado debe abstenerse de interferir en esa elección limitándose a diseñar instituciones

¹⁴ Comité DESC, Observación General N° 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 10 b).

¹⁵ *Ibidem*, párr. 12.

¹⁶ Corte IDH, “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) Vs. Costa Rica”, 28 noviembre de 2012, párr. 286.

que faciliten “la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.¹⁷

La protección del Estado no se limita a dictar normas que se encuentren dentro de esta concepción, sino que tienen que velar por que dichas normas no produzcan un efecto desfavorable al ser aplicadas.

5.2. El art. 27 inc. ñ) de la Ley N° 7.546 se encuentra dentro de lo que la Corte y la Observación General N° 20 del Comité DESC señalan como “una norma neutral”, ya que de ella no se desprende que se prefiera ningún culto. El problema que se suscita es el contexto social donde esta se aplica, por cuanto existe una población mayoritaria que profesa la religión católica. En este contexto, la norma cuestionada ha favorecido en los hechos conductas discriminatorias hacia niños/as que no profesan el grupo religioso dominante.

La norma propiamente dicha no contiene un supuesto de discriminación directa, por tal razón puede calificarse como una norma neutral; sin embargo, el modo en que se ha realizado su implementación ha causado, en el decir de nuestro Máximo Tribunal, “desequilibrios facticos” que afectan su constitucionalidad, por cuanto a través de ella tales desequilibrios pueden prosperar más fácilmente y ello, en definitiva, redundará en un aumento “de la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes”.

En este entendimiento, el principio de igualdad es violado no solo por las normas que excluyen a un determinado grupo sino por aquellas que tienen claros efectos discriminatorios. Así, en el art. 27 inc. ñ) de la Ley de Educación provincial nos encontramos frente a una norma irrazonable por contener discriminación encubierta, ya que en el ámbito de su aplicación y en la forma genera “un comprobado efecto sistémico de desigualdad”, tal como señala la Corte.

Por su parte, la Disposición N° 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria corre la misma suerte que el mencionado art. 27. La disposición establece la obligación de los representantes legales de los alumnos de completar un formulario manifestando si desean que sus hijos reciban educación religiosa y consignando en qué credo. Esta información es archivada en el legajo del alumno.

El Tribunal explica que nuestra Constitución protege la individualidad personal al

¹⁷ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de Fundamentación*, Buenos Aires Astrea, 2° ed. ampliada y revisada, 2° reimp., 2007, p. 204.

reconocer un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre su estilo de vida, ámbito en el que el Estado no puede intervenir en tanto no viole derechos de terceros. Asimismo, la Ley N° 25.326 establece que “ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles”, entendiéndose por tales los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o vida sexual.

La obligación impuesta por la Disposición N° 45/09 viola el derecho de la persona de no revelar un aspecto de su esfera personal: la adhesión a una religión o a ninguna; por lo tanto, también resulta inconstitucional.

5.3. La enseñanza de la religión válidamente puede darse en los establecimientos escolares; sin embargo, para que esta respete los parámetros impuestos por la Constitución deben honrarse ciertas reglas.

El derecho de aprender contemplado en el art. 14 de la Constitución Nacional incluye recibir los contenidos de historia y filosofía de las religiones, expuestos de manera objetiva y neutral. Corresponde que tales contenidos se brinden en horario escolar y estén incluidos en los planes de estudios.

La Observación General N° 13 del Comité DESC entiende que la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas debe ser impartida de forma imparcial y objetiva, de modo tal que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. En función de tales parámetros, considera que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13 del Pacto, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.¹⁸ En este marco, el contenido de la clase versará sobre los principios y conocimientos de las principales religiones de una forma no sesgada. El tribunal señala, con razón, que de este modo no se requiere la adhesión del alumno a la fe que se imparte y señala que “si desde la escuela se promoviera una aproximación histórica y cultural a las religiones, muchos estereotipos se derrumbarían desde la más temprana edad”.¹⁹

¹⁸ Comité DESC, Observación General N° 13 “El derecho a la educación (artículo 13)”, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 28.

¹⁹ Considerando 34 del fallo “Castillo”, *op. cit.*

6. Conclusión

Nuestra normativa sienta las bases y los parámetros dentro de los cuales debe desarrollarse el derecho a recibir educación religiosa, a la vez que consagra el derecho al trato igualitario y el principio de no discriminación. Sin embargo, el caso que comentamos deja en claro que la vigencia y el reconocimiento de dichos principios no bastaron para evitar que los alumnos que asistían a establecimientos de educación pública en la provincia de Salta resultaran lesionados en sus derechos.

Como el propio fallo señala,

... la democracia exige el compromiso con la diversidad, el pluralismo y la tolerancia en cuyo marco se habilitan tensiones entre distintos derechos que conviven en legítima rivalidad circunstancias que impide que el reconocimiento de derechos a un sector conlleve la destrucción de los derechos del otro.²⁰

No se persigue que prevalezca la mayoría o la minoría, sino que cada una de ellas tenga asegurado el ejercicio efectivo de sus derechos en libertad.

Para tal fin, no alcanza con la existencia de un marco normativo que lo habilite. Ello resulta evidente a partir del análisis que lleva adelante la Corte Suprema en la causa "Castillo", donde la igualdad meramente formal no resulta eficaz para eliminar las desigualdades que se suscitan en la vida cotidiana. En otras palabras, no basta con que existan leyes; resulta imprescindible que se garantice el pluralismo educativo, posibilitando que los conocimientos que se difunden permitan que los alumnos desarrollen un sentido crítico y se respeten las creencias y los cultos que profesan la totalidad de quienes asisten a los establecimientos educativos.²¹

²⁰ *Ibidem*, considerando 22.

²¹ Agradezco la colaboración brindada por el Dr. Cristian Musitani para la corrección de este artículo, así como sus valiosos aportes.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 31

Sobre el derecho al juego y al esparcimiento

Rodolfo Urribarri¹

¹ Miembro Titular, en función didáctica, de la Asociación Psicoanalítica Argentina. Profesor Titular Consulto, Facultad de Psicología, UBA. Editor/Director de la Revista n/A, Psicoanálisis con niños y adolescentes. Autor de 2 libros. Obtuvo varios Premios nacionales e internacionales.

ARTÍCULO 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Cuando me convocaron para realizar este trabajo, me vino a la memoria un autor que había sido citado en alguna de las dos primeras asignaturas obligatorias, para todas las carreras que se cursaban en la Facultad de Filosofía y Letras: Introducción a la Historia e Introducción a la Filosofía, dictadas por dos excelentes profesores.

Era Johan Huizinga, quien en la década del 30 comenzó a cuestionar la definición del hombre como *Homo sapiens*, mostrando que no era tan razonable como se creía. También cuestionó la de *Homo faber*, el hombre que fabrica, pues los animales también construyen (guaridas, nidos, "diques", etc.). Pero mientras que en animales parece ser algo instintivo de la especie, el hombre puede construir con el concurso del pensamiento, aunque algunas observaciones y/o experimentaciones sugieren un enfoque ingenioso y práctico de algunos animales para lograr sus fines, lo que aboga por atribuirles alguna forma de "pensamiento práctico".

Huizinga propone la formulación del *Homo ludens*, "el hombre que juega", que expresa una función tan esencial como el fabricar; y a veces pareciera que todo el hacer del hombre no es más que jugar.

El juego es algo más que un fenómeno heredado o fisiológico. Es una función llena de sentido, cumple una finalidad, significa algo; sea en animales o en humanos, no implica necesariamente racionalidad, es una actividad libre, que fluye.

El juego es un momento de relajación, un intervalo de alejamiento de lo necesario u obligatorio, como si se lo retardara en función de lo placentero; es un complemento de la actividad cotidiana.

Tengamos en cuenta que el niño, solo o acompañado, juega tomando posesión de su rol, como si fuera "dende veras" el personaje que representa; sabe que juega como si fuera ese personaje, sabe que la escoba que utiliza como un caballo es en realidad una escoba, con la que "galopa" a partir de su rol en la trama que se propone; así como la granada que arroja es de papel y que el ruido de su explosión es un ruido que él emite.

En otros términos, encara con seriedad la trama propuesta y el rol que desempeña; hace como si fuera real, pero sabe que no lo es, ique es un juego!

Es importante que los adultos, en especial los familiares con los que convive, puedan entender la gran importancia de que el niño se entregue al juego o al dibujo, como un "respiro" o recreo de la cotidianidad, que le posibilite desplegar su imaginación, ensayar sus anhelos, calibrar sus resultados y luego volver a intentarlo las

veces que lo requiera su interés o afán de mejoramiento. Que no sea descalificado haciéndole sentir que está “perdiendo el tiempo”, sino rescatar su interés y sería insistencia por mejorar, para luego orientarlo a que retome sus tareas habituales y ver si se puede conseguir un lugar donde desplegar sus inquietudes y ser acompañado en sus logros.

Huizinga busca a demostrar que el juego en los humanos es un producto de la cultura y que, a su vez, crea y amplía lo cultural. Encamina luego su estudio hacia los juegos reglados, pero esto es ya avanzada la niñez, por lo que lo dejaremos de lado por el momento. Nos adentraremos en los inicios del bebé o cachorro humano, ya que uno de los elementos que lo va separando de los animales es el otorgamiento de sentido, unido a las palabras y afectos; o sea, con el crecimiento puede llegar a expresar con palabras su proyecto, así como la emoción que siente cuando lo ejecuta.

Siguiendo algunas de las ideas de Arminda Aberastury (gran maestra y difusora del psicoanálisis de niños y adolescentes en nuestro país y en Latinoamérica), de otros autores y mías, pasaré a comentar las vicisitudes desde los comienzos de la vida intrauterina y nacimiento para demostrar cómo la actividad lúdica, el jugar, acompaña todos los periodos del crecimiento.

Durante el embarazo, padres y familiares directos imaginan cómo será ese hijo, cómo quisieran que fuese, qué aspiran para su futuro, qué peso tendrán los otros parientes y amigos, surgiendo pujas y confrontaciones más o menos manifiestas.

El nacimiento produce una intensa modificación de la vida intrauterina, donde al principio se movía con mucha facilidad y amplitud, y hacia el final con bastante dificultad (e incomodidad dolorosa para la madre). Por otra parte no sentía, en circunstancias “normales, más que su hábitat líquido, los límites uterinos, indirectamente las posiciones y los acelerados o lentos latidos cardíacos de su madre. Algo más avanzado comienza a percibir estímulos sonoros del ambiente externo y la música, que como respuesta parece que “lo excitan o lo calman”.

Cuando nace, la menor o la mayor dificultad para la tramitación y duración del parto son claramente traumáticas para el bebé, a lo que se agrega un brusco cambio de hábitat: deja el medio líquido, pasa al aire, cambia la temperatura, tiene que empezar a respirar, pierde la alimentación continua por la vía del cordón umbilical. Empieza a sentir frío y calor, hambre, malestares, dolores, etc.; solo puede expresarse con expresiones faciales, movimientos, quejidos y llanto.

Asimismo, comienza a sentir y reconocer a quienes lo asisten, más que por lo que borrosamente ven, por su olor, la voz, el modo en que lo alzan, lo mecen y acunan. A su madre la distingue, entre otras cosas, porque si lo coloca sobre el pecho reconoce sus latidos; esta posición es muy importante porque siente que recupera ese ser que parecía perdido y eso lo calma.

En otros países, se realizaron pruebas en la sala donde estaban alojados los bebés recién nacidos en un hospital o sanatorio. Cuando alguno mostraba agitación, malestar y/o lloraba, pasaban un audio con los latidos cardíacos de otras madres y no se observaban cambios, pero si escuchaban el audio con los latidos cardíacos de su madre se tranquilizaban.

Esto nos muestra el estrecho vínculo de los bebés con su madre; aun con su inmadurez y precario desarrollo, puede identificar a ese ser que lo albergaba/gestaba pese al grandísimo cambio que implica el nacimiento. Lo que también contribuye fuertemente a compensar ese cambio es el contacto de piel de la madre con la de su bebé; acariciarlo y hablarle es de vital importancia en los primeros meses para el futuro desarrollo. La carencia o el escaso contacto (o que solo se limite a la higiene y el cambio de ropa) predispone a futuros trastornos de piel y de acercamiento con la realidad.

En los primeros meses, se van conociendo y el bebé siente el afecto que se genera, así como el rechazo; es muy sensible a los cambios de humor y trato.

Es interesante observar, cuando es alimentado en brazos –sea al pecho o con mamadera–, cómo el niño fija su mirada en los ojos de la mamá, que está a una distancia de unos 30 centímetros (es lo que los oftalmólogos denominan “distancia óptima de visión distinta, a la que luego el humano coloca un libro para ver imágenes o leer). Podemos pensar que en esa mirada capta si también es mirado, si hay intercambio, o el rechazo que implica que ella esté leyendo, fumando o hablando con otra persona y no retribuya el “llamado” de esa mirada. Es común que con su manito la toque; la está explorando táctil y visualmente, se está iniciando un *jugueteo*, y le es casi vital encontrar su respuesta, sentir el intercambio. Mueve sus miembros, mira alrededor, está atento.

Es frecuente ver cómo, por casualidad, el bebé queda bajo la sabanita de la cuna, se “apaga” su entorno, se angustia y al descorrerse lo recupera. Si es la madre que promueve la acción, al destapar al bebé, dice generalmente “acá está mamá”. A veces el bebé prueba cerrar los ojos y abrirlos, empieza a tratar de dominar el cir-

cuito *perder-angustia-quizás recuperación*, siendo ejecutor activo de lo padecido, con este primer juego de la “sabanita”.

Se comienza a alejar del interés exclusivo hacia su madre y se preocupa por la persona que la madre considera y atiende. Es importante su presencia y contacto con el bebé, abre otra alternativa diferente de afecto y amparo, de apertura al mundo.

Las consecuencias de la carencia de un tercero, que juegue un rol y tenga formas distintas de las de la madre, su carencia o escasa participación y afecto, aparejan graves consecuencias en el bebé, como las de la carencia materna.

Hacia los 4 meses, su maduración corporal le permite ir controlando sus movimientos, coordinarlos con la visión, tratar de acercar su mano al objeto o persona que quiere tocar o aprehender si lo ve cercano, *juega con su cuerpo*, mueve a voluntad sus miembros, chupa su mano, trata de llevarse su pie a la boca.

Estando en brazos de alguien que usa anteojos, busca aprehender ese raro objeto, para *explorarlo-probarlo, algo que suele preceder al jugueteo*.

Cuando ya es capaz de sentarse, cambia su forma de ver lo que lo rodea, y va desarrollando la habilidad de atraer o dirigirse a los objetos para tomarlos, o señalándolo y con vocalizaciones tratar que se lo acerquen y así poder palparlo, ponerlo en su boca, chuparlo, como hacía con sus dedos y con los de su madre. A veces es un sonajero, lo que además implica un estímulo sonoro, y aprende a hacerlo sonar, puede dejarlo y dirigirse a otro objeto o mirar a su entorno e ir *reconociéndolo; son los inicios del jugar*; combinación de reconocimiento y prueba que si le agrada repite y si le desagrada rechaza (por ejemplo, si le siente mal sabor o está muy frío o caliente, o no le agrada su textura).

Descubre, con sorpresa quizás, que puede emitir sonidos; se escucha repetirlos, cambia su expresión, juega con ellos. Es el inicio de lo que se denomina laleo y será el precursor de su expresión verbal que, junto con señalar o dirigirse a un objeto, marca un objetivo y un intento comunicativo, a la vez que juega con su logro.

Para esa época, si lo dispone a su alcance, encuentra el sonajero y se complace con hacer sonar su *primer juguete*; nuevamente allí, algo aparece y desaparece, la pérdida y el intento de recuperar y poder continuar, o buscar nuevos horizontes de juego.

Capta que no todos los objetos producen esos ruidos y que cierta sucesión de sonidos produce otro efecto, son los inicios de la musicalidad, un nuevo horizonte de

juego placentero. También descubre el ruido de la percusión de un objeto sobre otro, descarga tensión y produce diferentes ruidos, acorde con qué y sobre qué golpea.

Descubre que hay objetos que pueden albergar otros, que se pueden sacar y poner, que en la bañera se pueden llenar y derramar; pasa a explorar lo penetrable en el cuerpo de los otros (orejas, ojos, boca), y en el propio avanza en la exploración: manipula sus juguetes, relativamente pequeños, ampliados sucesores de sus dedos.

Empieza a desplazarse con el gateo, ejercitación motriz y nueva ampliación de su mundo; prueba, toca, mete los dedos en agujeros y rincones, ya no necesita que lo alcen o ir en el cochecito, adquiere gozosa independencia de acción y *jugueteo* con otros elementos. Declina lo oral, disfrutar de llevar todo a la boca.

Luego intenta trepar el lateral de la cuna, tomarse de los bordes de silla y sillones y ponerse de pie; con la colaboración de los mayores, otro gran triunfo *de autonomía y desempeño, donde se va afirmando cierta modalidad de ser, sentir y actuar, con relativa independencia... "Soy YO". Prueba e investiga, jugando.*

Le atraen los tentempiés, animalitos de goma que hacen ruido al apretarlos; disfruta jugar con ellos y suele llevar peluches a la cuna, compañía del dormir.

Inquieto por las heces y orina que salen de su cuerpo, y dado que en general los adultos no permiten que hurgue y juegue con sus desechos, *se desplaza al juego con elementos sustitutos*, como tierra, agua, arena; se enchastra, mira sus manos y brazos sucios y a veces trata de realizar objetos de su fantasía. Algunos son de masa, de plastilina de colores, con lo que es más fácil jugar modelando sin tanta suciedad que suele molestar a los adultos. Tambores, pelotas, globos son de gran interés.

Dar de comer a los muñecos, con tacitas y cucharitas, es un juego habitual; recrea su vivencia alimentaria y reelabora las angustias concomitantes. También busca saciar sus apetencias de ingesta, pide y rechaza.

La concurrencia al jardín de infantes lo enfrenta a un nuevo mundo: maestras, compañeros, rutinas, bastante tiempo fuera del hogar y sin los padres. Se promueven nuevas actividades, compartir y colaborar con pares en juegos; surgen liderazgos y rivalidades, entrega y mezquindad, es una ampliación de lo familiar a lo social, *jugando, pero no tan libre, acotado.*

Comienza a conocer otras formas de hacer de sus pares y tienden a visitarse en sus casas, donde participa de otros modos de relación y trato, y va comparando.

Eclosiona el interés por el sexo, la mostración y la diferenciación anatómica. Recuerdo el comentario de un amigo, que trabajaba en su casa. Su hijo había invitado a una compañera; en un momento él se dirige al cuarto del nene, no los ve, siente voces en el dormitorio matrimonial y los ve dentro de la cama. Les pregunta calmado: ¿Qué hacen? “*Jugamos al papá y la mamá*”. Los juegos que realizan suelen tener una clara connotación sexual. Representan, encubiertamente, sus fantasías de la relación genital parental, la llegada de un hermanito, de dónde vienen los niños, etc. Esto permitió que los psicoanalistas de niños utilicen el juego libre y los dibujos como un medio de acceso a la problemática subyacente —es decir, inconsciente— que genera su padecer.

Hacia los 5 años, algunos tendían a los juegos de confrontación, supremacía, conquista, jugaban al “poli-ladron”, personificando algún “héroe” de historietas como Superman, Batman, Gatúbela, Los 4 Fantásticos, se disfrazaban con sus trajes y asumían el rol de héroes o villanos; también jugaban a los soldados y la guerra, había interés y fascinación por las armas, y raramente incluían a una niña. Ellas, por su parte, tendían a no realizar juegos de “acción y desplazamientos”, sino que se entretenían jugando con las muñecas, alimentándolas, o a las “visitas”, como las señoras, usando con frecuencia ropas y accesorios de sus madres; rara vez se incluía a un varón, o sea que, en general, los juegos eran diferentes para cada sexo.

Claramente, esta modalidad ha cambiado en la última década. No existe esa marcada diferencia entre la participación de juegos para uno u otro sexo; los niños son más libres de realizar los juegos que les interesan antes que seguir con la antigua división sexista.

Hace unos meses concurrí al festejo de cumpleaños de un niño de 10 años, que había organizado un partido de fútbol entre sus compañeros de colegio; había casi el mismo número de niñas que de varones jugando, y lo hacían con igual ímpetu y trato, sin diferencias de género.

Sigmund Freud mostró claramente el placer infantil en situaciones de movimiento, como al ser arrojados al aire, el ser hamacados, los movimientos rítmicos del tren y de los carruajes.² Entre otras formulaciones, advierte hacia los 5 o 6 años el acallamiento represivo de las mociones sexuales, episodios masturbatorios y resalta la amnesia infantil, que “borra” los recuerdos y actividades de los años

² Freud, Sigmund, *Tres ensayos de teoría sexual (1905)*, *Obras Completas*, Tomo VII, Buenos Aires, Amorrortu, 1978, p. 183.

previos, así como la creación de “recuerdos encubridores”. Casi coincidente con la iniciación de la escolaridad primaria, se produce lo que denomina “período de latencia”, sobre cuya formulación he realizado trabajos premiados, que son la base de mi libro publicado en 2008.

La entrada al colegio implica una rutina más formal, con actividades regladas, autoridades, sanciones y calificaciones de desempeño del aprendizaje y de la conducta. La curiosidad sexual “olvidada” deviene en interés epistemofílico, se vuelca al saber. Aparece *el juego con los números y letras, la escuadra y el compás, a veces no algo formal sino trazos raros, letras o números dispersos, un equivalente del garabato*.

Entre los compañeros hacen comentarios, críticas y burlas solapadas sobre los modos de hablar, de vestir, gestos, apetencias, relaciones y chismes sobre los adultos de la escuela; es un juego “vengativo al yugo escolar”, criticarlos por lo que sufren ser calificados y pretender “encaminarlos”, con pérdida de lo propio en su forma de ser y su autonomía. También es una crítica al mundo adulto y sus padres.

Se incluyen juegos de competencia y habilidades, tanto individuales como grupales, pero siempre frente a uno o varios adversarios. Otra novedad son los juegos reglados de salón, donde suelen combinarse pensamiento, concentración y azar. Los hay de dos participantes, como el ajedrez y las damas; de dos o más, como el truco, el ludo, la lotería. Se realizan competencias y torneos deportivos. Todos obedecen a reglas precisas y normas.

David Winnicott, en su gran libro sobre el juego, hace una diferenciación entre “play”, que remite al juego libre y espontáneo, generado en los intercambios tempranos con la madre, y “game”, juego acotado por reglas y normas.

En nuestro idioma no tenemos dos palabras, pero podemos entender esa diferencia.

Freud, en un corto y sutil escrito, dice: “*El jugar del niño está dirigido (...) por un solo deseo ser grande y adulto (...) imita en el juego lo que le ha devenido familiar de la vida de los mayores*”.³ Agrega luego: “El dichoso nunca fantasea, solo lo hace el insatisfecho. Deseos insatisfechos son las fuerzas pulsionales de las fantasías, y cada fantasía singular es un cumplimiento de deseo, una rectificación de la insatisfactoria realidad”. Luego plantea que siguen dos orientaciones, “deseos ambiciosos que sirven a la exaltación de la personalidad o deseos eróticos”.

³ Freud, Sigmund, *El creador literario y el fantaseo (1908)*, Obras Completas, Tomo IX, Buenos Aires, Amorrortu, 1979.

Pregunta si es válido decir: *“Todo niño que juega se comporta como un escritor, pues se crea un mundo propio, mejor dicho, inserta las cosas de su mundo en un nuevo orden que le agrada”*.

Se encamina a lo central, al creador literario, marcando que, pasada la juventud, al humano lo avergüenza expresar sus fantasías; construye castillos en el aire, un ensueño diurno, como velada gratificación, junto a relatos de revistas, programas televisivos de aventuras, donde puede disfrutar sus fantasías en forma desplazada, con la temporaria preeminencia del principio del placer, que lo transporta a *“otro mundo”*.⁴

Freud señala que una fantasía bascula entre tres tiempos: 1) se anuda a una impresión actual, 2) desde ahí se remonta al recuerdo de una vivencia anterior, infantil, y 3) entonces crea una situación referida al futuro, que se figura como el cumplimiento de ese deseo. *Vale decir, pasado, presente y futuro son como las cuentas de un collar engarzado por el deseo.*

En las producciones de los narradores, *“todas tienen un héroe en el centro del interés y para quien el escritor procura por todos los medios ganar nuestra simpatía; parece protegerlo”*.

“El escritor atempera el carácter del sueño diurno egoísta mediante variaciones y encubrimientos, nos soborna por medio de una ganancia de placer puramente formal, es decir estética, que él nos brinda en la figuración de sus fantasías”.

Espero haber podido describir, abreviando mucho, el devenir del *desarrollo del niño con el juego*, a través del cual disfruta mientras explora y amplía su mundo e intereses; también, la importancia que tiene para la formación física, intelectual, la creatividad en lo cotidiano y en lo especial, así como en la sociabilidad, la autoestima, los deseos de progreso.

Es indubitable el derecho de los niños no solo al juego sino también al esparcimiento, a un *“recreo”* de sus tareas, a la par que lo instruye en otros campos complementarios para su subjetividad.

Creo que lo expresado en este escrito está acorde con los artículos 5, 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que comparto plenamente. Aunque quizás sean de difícil concreción, no por eso hay que dejar de luchar por ellos.

⁴ Urribarri, Rodolfo. *Estructuración psíquica y subjetivación del niño de escolaridad primaria. El trabajo de la Latencia*, Buenos Aires, Noveduc, 2008, p. 158.

Bibliografía

- Aberastury, Arminda, *El niño y sus juegos*, Buenos Aires, Paidós, 1968.
- Freud, Sigmund, *Tres ensayos de teoría sexual (1905)*, *Obras Completas*, Tomo VII Buenos Aires, Amorrortu, 1978.
- Freud, Sigmund, *El creador literario y el fantaseo (1908)*, *Obras Completas*, Tomo IX, Buenos Aires, Amorrortu, 1979.
- Huizinga, Johan, *Homo ludens*, Buenos Aires, Emecé, 1972.
- Urribarri, Rodolfo, *Estructuración psíquica y subjetivación del niño de escolaridad primaria. El trabajo de la Latencia*, Buenos Aires, Noveduc, 2008.
- Urribarri, Rodolfo, *Adolescencia y Clínica Psicoanalítica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Winnicott, Donald W., *Realidad y juego*, Buenos Aires, Granica, 1972.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 32

Promoción de derechos de la niñez y erradicación del trabajo infantil en la Argentina. ¿Convergencia o desencuentro?

Gustavo Ponce¹

¹ Se desempeña en la Oficina de la OIT en Argentina como punto focal de prevención y erradicación del trabajo infantil, trabajo forzoso y políticas contra la discriminación.

ARTÍCULO 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los honorarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

1. Introducción

El año 2019 reúne dos conmemoraciones muy especiales: se cumplen 30 años del establecimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York en noviembre de 1989, y también el centenario de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles, que terminó con la Primera Guerra Mundial y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente.

A simple vista, pareciera que se trata de dos hechos sin vinculación entre sí. Sin embargo, si nos aproximamos y hacemos foco en el tema del trabajo infantil, rápidamente surgen conexiones.

El preámbulo de la CDN hace referencia a que hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración.² En otras palabras, si bien todos los niños y adolescentes necesitan protección, algunos de ellos, por circunstancias específicas, requieren una atención diferenciada. Surge así el concepto de “protección especial” orientado hacia aquellos niños y adolescentes que “pueden tener sus derechos fundamentales fuertemente amenazados o abiertamente violados de diversas maneras.”³

Y es allí donde la CDN reconoce el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y la realización de trabajos que puedan ser peligrosos, entorpecer su educación o afectar su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (art. 32).⁴

Por otro lado, la eliminación del trabajo infantil es uno de los principios sobre la base de los cuales se fundó la OIT en 1919, y ha sido una preocupación constante desde entonces.⁵ La primera Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante,

2 UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos*, noviembre de 2014. Disponible en <https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf> [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

3 SITEAL-SIPI (IPE/UNESCO Buenos Aires, OEI), *La situación de la primera infancia en la Argentina. A dos décadas de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Córdoba, Fundación Arcor, 2012, p. 54.

4 En esa misma línea, la CDN menciona el derecho a ser protegido contra el uso ilícito de los estupefacientes (...) y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias (art. 33), la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales (art. 34) y el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (art. 35) (UNICEF, *Convención sobre los derechos del niño*, Buenos Aires, Emede, 2007, pp. 38-39).

5 Ver OIT, *Eliminar el trabajo infantil: 100 años de acción. El largo camino hacia un mundo libre de trabajo infantil La contribución de la OIT 1919-2019*. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecl/documents/publication/wcms_709734.pdf [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

CIT), celebrada en Washington en octubre de 1919, adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo; uno de ellos sobre la edad mínima y el trabajo nocturno de los menores en la industria.⁶ Muchos años más tarde, en 1996, la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Social declaró que cuatro categorías de principios y derechos en el trabajo son fundamentales e invitó a todos los gobiernos a proteger y promover su respeto.

Ello derivó en que, en 1998, la CIT adoptara la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.⁷ La Declaración compromete a todos los Estados miembros de la OIT, hayan o no ratificado los convenios pertinentes, a respetar cuatro principios: la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso; la abolición del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Ahora bien, ¿qué sucede si volvemos a hacer un acercamiento al tema de la adopción de la CDN y los Convenios de la OIT sobre trabajo infantil y lo ubicamos en la Argentina? Rápidamente se distinguen con nitidez varios rasgos: el país ratificó la CDN (1990) y la incorporó posteriormente a la Carta Magna en su art. 75 (1994). También ratificó los Convenios de la OIT sobre erradicación del trabajo infantil: el Convenio núm. 138 de la OIT sobre la edad mínima (1973) y Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999). Además de ello, la Argentina armonizó sus leyes nacionales y provinciales acorde a dichos tratados, creó instituciones específicas, diseñó y ejecutó políticas públicas en los tres niveles del Estado, con participación de empleadores, trabajadores, ONGs, entre otras acciones.

Es por ello que esta doble conmemoración en 2019 –30° aniversario del establecimiento de la CDN y centenario de la creación de la OIT– nos presenta una excelente oportunidad para reflexionar sobre los avances en la Argentina de las políticas de promoción de derechos de la infancia y aquellas orientadas a la prevención y erradicación del trabajo infantil en ese período.

Al respecto, nos surgen los siguientes interrogantes que vertebran este artículo. Desde que se ratificó la CDN en la Argentina y se ratificaron los Convenios de la OIT sobre trabajo infantil, ¿cuáles han sido las principales características de la articulación entre

⁶ Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (núm. 5). Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales (entrada en vigor: 13 de junio de 1921). Adopción: Washington, 1° reunión CIT (28 de noviembre de 1919).

⁷ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Ginebra, 18 de junio de 1998.

ambas políticas? ¿Cuánto y de qué modo ha contemplado la agenda de las políticas de promoción de derechos la prevención y erradicación del trabajo infantil? Asimismo, las iniciativas orientadas a prevenir y erradicar el trabajo infantil, ¿sobre la base de qué visión del niño se han construido? La institucionalidad que se generó a raíz del marco normativo, ¿fue articulada o se desarrolló por caminos paralelos? Sin tener una pretensión exhaustiva de responder estos cuestionamientos, ensayaremos respuestas y compartiremos reflexiones que esperamos contribuyan al debate.

2. Establecimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño: un camino de más de medio siglo

El proceso de creación de la CDN fue muy complejo y registró múltiples antecedentes. Sin pretender citarlos todos, podemos mencionar entre los antecedentes más directos la Declaración de Ginebra, elaborada en 1923 por la organización Save the Children International Union, en la que se establecieron cinco puntos básicos de referencia para los derechos de los niños. La Declaración de Ginebra fue aprobada –con unas pocas modificaciones– en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Inspirada en ello, en 1959 se estableció la Declaración de los Derechos del Niño, en la que se incluyeron los principios básicos de protección y bienestar de las niñas, los niños y los adolescentes.⁸ Dentro de los diez principios de la Declaración, se contemplaba proteger a los niños de todas las formas de explotación laboral:

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.⁹

La Declaración de los Derechos del Niño fue un paso muy importante para visibilizar el tema en la agenda global, pero no resultó suficiente para proteger los derechos de la infancia porque esta no tenía carácter obligatorio. En 1978, el gobierno de Polonia presentó a las Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸ Ver SITEAL-SIPI (IPE/UNESCO Buenos Aires, OEI), *op. cit.*

⁹ Declaración de los Derechos del Niño, Principio IX, 1959.

El proceso de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, ONGs y otras instituciones demandó diez años, hasta que finalmente se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen.

Aunque ya está dicho una y mil veces, no podemos dejar de resaltar que la CDN no es un tratado más: refleja un punto de inflexión y cambio de paradigma en las representaciones sobre la infancia y modela nuevas formas de relación entre el niño, la familia y el Estado.¹⁰

2.1. La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina

En la Argentina, el proceso de ratificación de la CDN y de las primeras leyes de Protección Integral de la Infancia no puede sustraerse del contexto político institucional que puso fin al gobierno de facto, restableció el sistema democrático y gestó la posterior reforma del Estado.

Según señala un estudio del Sistema de Información de Primera Infancia (SIPI),¹¹ el escenario social, político y económico en el que fue incorporada la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina fue un período de más de 20 años durante los cuales la sociedad argentina y el mundo se transformaron de manera radical. Las últimas dos décadas previas a los años 90 estuvieron signadas por crisis político-institucionales que desataron profundas reestructuraciones económicas y sociales: mientras la década del 90 estuvo precedida por los episodios hiperinflacionarios de 1989, el nuevo siglo se inició con la debacle económica, política y social de 2001.

Una de las dimensiones más afectadas por estos procesos y que más estrechamente se relaciona con el acceso al bienestar de los niños, las niñas, los adolescentes y sus familias fueron las transformaciones en el mercado de trabajo y, fundamentalmente, el lugar que ocupa el empleo como principio de integración social y fuente de asignación de derechos por excelencia en la sociedad argentina.¹²

10 Existe una vasta literatura que aborda el quiebre de paradigma entre la denominada Doctrina de la Situación Irregular y la Protección Integral del niño. Por citar algunos autores ya clásicos, podemos mencionar a Emilio García Méndez, Carmen Bianchi, Mary Beloff, Alessandro Baratta, Lucila Larrandart, Ernesto Domenech, Alicia Lezcano, Mariela Macrí, entre muchos otros.

11 SITEAL-SIPI (IIPE/UNESCO Buenos Aires, OEI), *op. cit.*

12 Cuando se instaló el debate sobre la CDN, el presidente de la Nación era Carlos Menem. Los ejes fundamentales con los que inició su

Dentro de esta reforma del Estado, las ONG tuvieron un papel destacado en los procesos de descentralización y atención directa a niños y niñas.

En la década del '90, se han generalizado políticas públicas cuyos objetivos tendieron a reducir el rol del Estado en el manejo de la economía y la producción. Así, se produce tanto la modificación del aparato público (reforma administrativa) como la transferencia de una parte de las funciones estatales hacia el mercado (políticas de privatización y concesión) y la delegación de actividades en el nivel municipal y en la propia sociedad (políticas de descentralización).¹³

De acuerdo con un estudio sobre las ONG en base al Centro Nacional de Organizaciones de la Comunidad (CENOC), el 26% de las ONG relevadas tenía como finalidad brindar atención directa a niños y niñas.¹⁴

3. Convenios sobre la edad mínima y sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT

En la actualidad, los convenios sobre la edad mínima y sobre las peores formas de trabajo infantil son universalmente aceptados como normas fundamentales de derechos humanos y laborales.

El Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)¹⁵ fue adoptado por la CIT. Se aplica a todos los sectores de la actividad económica y cubre a los niños, independientemente de que trabajen a cambio o no de una remuneración. El Convenio establece el principio de que la edad mínima de admisión al empleo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, y determina una edad mínima básica de 15 años.

gestión giraron en torno a la estabilización de la economía, la reforma estructural del Estado y una fuerte apertura a los mercados financieros internacionales. Asumiendo la perspectiva ideológica del "Consenso de Washington", las leyes de Emergencia Económica y de Reforma del Estado le permitieron al Gobierno avanzar en la privatización de empresas públicas, la reducción de la estructura del Estado y de su personal, la descentralización de sus funciones y el retiro de su papel de regulador y árbitro de las relaciones sociales, específicamente entre capital y trabajo. Este proceso se extendió hasta fines de 1994, cuando el impacto interno de la crisis económica mexicana puso al descubierto los límites del modelo de crecimiento ensayado desde principios de los 90 (*Ibidem*).

13 Filmus, Daniel (coord.), Arroyo, Daniel y Estébanez, María Elina, *El Perfil de las ONGs en Argentina*, Buenos Aires, Banco Mundial/FLACSO, 1996, p. 18.

14 *Ibidem*, p. 38.

15 C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo (entrada en vigor: 19 de junio de 1976). Adopción: Ginebra, 58ª reunión CIT (26 de junio de 1973).

En junio de 1999, la CIT adoptó unánimemente otro instrumento que trata sobre los derechos fundamentales: el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).¹⁶ Por primera vez, se describen las peores formas de trabajo infantil y se exhorta a que se proceda a su eliminación inmediata.

La OIT, además de reunir a gobiernos, empleadores y trabajadores a fin de establecer las normas del trabajo, brinda asistencia técnica para formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente.

En ese marco, en 1992 se creó el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), que se orientó a fortalecer la capacidad de los países para ocuparse del problema y erradicar progresivamente el trabajo infantil.

Posteriormente, durante la III Conferencia Mundial sobre el Trabajo Infantil (Brasil, octubre de 2013), un grupo de países de América Latina y el Caribe –Argentina, entre otros– decidió comprometerse a acelerar la reducción del trabajo infantil en la región y superar el estancamiento que registraba el indicador. Así surgió la Iniciativa Regional América Latina y el Caribe libre de Trabajo Infantil, una plataforma de acción intergubernamental que cuenta con el apoyo técnico de la Oficina Regional de la OIT, que asumió su Secretaría Técnica.

3.1. Ratificación de los Convenios de la OIT sobre trabajo infantil en la Argentina

En 1993, el gobierno argentino, con la cooperación de la OIT y UNICEF, realiza un seminario nacional sobre el trabajo infantil en la Argentina y, a partir de ello, se elabora una propuesta de un programa de acción en materia de trabajo infantil. Entre sus recomendaciones propone “constituir una Comisión Intersectorial compuesta por los Ministerios de Educación, Justicia, Trabajo y Seguridad Social, Salud y Acción Social, la Confederación General del Trabajo (CGT), la Unión Industrial Argentina (UIA) y la Federación Agraria Argentina”.¹⁷

En 1996 se firmó un Memorando de Entendimiento entre el Ministerio de Trabajo de la Nación y la OIT. En sus considerandos manifestó el deseo “de participar, en el marco del Programa IPEC, en la ejecución en el plano nacional de actividades

¹⁶ C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182). Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (entrada en vigor: 19 de noviembre de 2000). Adopción: Ginebra, 87ª reunión CIT (17 de junio de 1999).

¹⁷ UNICEF, OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, “Propuesta para un Programa Nacional de Acción en Materia de Trabajo Infantil en la Argentina” (mimeo), Buenos Aires, 1993.

destinadas a la erradicación progresiva del trabajo infantil”. También reconoció que la

... abolición del trabajo infantil y la protección de la niñez requieren no solo la acción vigorosa del Gobierno, sino también el compromiso de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, de otras organizaciones no gubernamentales, así como de la sociedad civil toda.¹⁸

Tendrían que transcurrir siete años para que se establezca la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI) –el 25 de agosto de 2000, mediante el Decreto Presidencial Nº 719– y otros cinco para que funcione sin interrupción. La fuerte crisis institucional que atravesó el país en el período –un presidente que no concluyó el mandato constitucional, la sucesión de cinco presidentes en tan solo dos semanas y de ocho ministros de Trabajo entre 1998 y 2003– fue el marco que demoró la creación de la CONAETI, que logró establecer su funcionamiento a partir del 2004-2005.

En las dos últimas décadas, el crecimiento de organizaciones orientadas a la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente fue lento pero sostenido. Con participación de gobiernos, trabajadores y empleadores, en consonancia con el movimiento mundial, erradicar el trabajo infantil comenzó a hacerse un lugar más nítido en la agenda pública argentina.¹⁹

4. La palabra clave: articulación

Anteriormente mencionamos que las ONG vinculadas a la infancia tuvieron un rol preponderante en la construcción de las bases de las políticas de Protección Integral de la Infancia. Tal fue el rol destacado que el gobierno argentino, a través del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, desarrolló un Programa de Atención a Menores en Circunstancias Especialmente Difíciles. Entre 1996 y 2000, con apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se financiaron proyectos para

¹⁸ Memorando de Entendimiento y Cooperación entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS), la OIT, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007.

¹⁹ Por mencionar solo algunos de ellos, podemos citar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) a los cuales la Argentina suscribe al compromiso y agrega el Objetivo 3: promover el trabajo decente. Una de las metas que se fija para alcanzarlo es eliminar el trabajo infantil. También han sido muy relevantes las Conferencias Mundiales sobre trabajo infantil, en especial la de la Haya (2010), que estableció una hoja de ruta para erradicarlo. La Argentina se involucró en este proceso global a tal punto de ser la sede de la IV Conferencia Mundial Sostenida sobre trabajo infantil. Actualmente, el norte lo establece la Agenda 2030 que, en su meta 8.7, contempla erradicar el trabajo infantil en todas sus formas para 2025. Ver <https://www.onu.org.ar/agenda-post-2015/> [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

ONGs volcados a reinsertar a los beneficiarios en “los ámbitos familiar, escolar y comunitario”. Este programa tuvo una segunda etapa entre 1998 y 2001, donde se llamó Programa de Atención a Niños y Adolescentes en Riesgo (PROAME), y se orientó a promover el fortalecimiento de las áreas de infancia y adolescencia de los gobiernos provinciales.

¿Qué foto de las áreas de infancia nos permite captar la línea de base que estableció el PROAME? En primer lugar, nos presenta un panorama institucional muy diverso entre las áreas gubernamentales de niñez y adolescencia de 21 provincias analizadas. Uno de los datos del relevamiento inicial es la falta de autonomía de los recursos: solo el 38% manejaba en ese entonces sus propios recursos, mientras que el resto debía tramitarlos ante instancias de mayor jerarquía. Ello nos habla de un poder limitado de maniobra y decisión de cara a la gestión de las áreas de infancia. En cuanto a legislación adecuada a la CDN, el informe señala que, al momento del análisis, solo cuatro provincias tenían leyes adecuadas a la CDN.²⁰

En mayo de 2002, se desarrolló una sesión especial de Naciones Unidas, donde se asumió el compromiso de desarrollar planes nacionales de acción: “Los planes deben basarse en un calendario concreto de actividades mensurables, ser consonantes con las legislaciones nacionales adecuadas a la CDN”.²¹

En ese sentido, Argentina, con el liderazgo de los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, inició la tarea de impulsar el diseño de un Plan Nacional de Acción por los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que coordinara y optimizara las acciones para el mejor aprovechamiento de los recursos del Estado y de la sociedad civil, asegurando además la eficacia del gasto público y el logro de las metas trazadas.

En la conformación de la propuesta del Plan Nacional participaron, entre otros, referentes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. El trabajo infantil se identificó como un problema grave de la infancia –se mencionó que existe un millón y medio de niños y niñas que trabajan– y aparecieron menciones expresas en la propuesta sobre la erradicación del trabajo infantil. Se puso especial énfasis en las peores formas del trabajo infantil y, con apoyo del Ministerio de Justicia y UNICEF, se realizó una consulta pública para establecer el listado de trabajo

²⁰ En PROAME, “Áreas provinciales de niñez y adolescencia. Su situación al inicio del PROAME” (mimeo), Documento N° 3.

²¹ Nos referimos al documento “Un mundo apropiado para los niños”, producto de la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de mayo de 2002, A/RES/S-27/2, 11 de octubre de 2002

infantil peligroso. Entre 2002 y 2004, se llevaron a cabo encuentros en diversas regiones del país, promovidos por el Ministerio de Justicia y la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF).

2005 se presentó como un año clave: se sancionó la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes²² y se derogó la Ley N° 10.903, conocida como Ley Agote, vigente desde 1919.

Por otro lado, la CONAETI comenzó a reunirse periódicamente y encaró la relaboreación del primer Plan Nacional para prevenir y erradicar el trabajo infantil. Ese proceso –un ejercicio de diálogo social entre varios Ministerios nacionales, la CGT, CTA y la UIA, y el consenso con las provincias– demandó un año de trabajo. En 2006, la Argentina contaba con su primer Plan Nacional para prevenir y erradicar el trabajo infantil 2006-2010.²³

La necesidad de descentralizar la política de prevención y erradicación del trabajo infantil ya ocupaba un lugar en la agenda del Consejo Federal del Trabajo (CFT) desde 2002. Ese año, el CFT, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y la CONAETI suscribieron un acuerdo para la creación de Comisiones Provinciales de Erradicación de Trabajo Infantil (COPRETI).

Las COPRETI se presentaban como mesas de diálogo social en cada una de las provincias. Su proceso de creación y puesta en marcha ha sido complejo y la necesidad de fortalecerlas fue un objetivo constante en los tres planes nacionales para prevenir y erradicar el trabajo infantil.

Entre fines de 2007 y 2008, la OIT realizó un estudio para conocer el estado de las COPRETI, considerando aspectos como normativa de constitución, dependencia jerárquica, recursos humanos, físicos, presupuestarios, participación y articulación de actores en las comisiones, entre otros. El diagnóstico realizado permite afirmar que entre 2002 y 2006 20 provincias han firmado las resoluciones/decretos de creación de las comisiones, pero solo 18 se encuentran en funcionamiento.

²² La Ley N° 26.061 hace expresa mención al trabajo infantil y adolescente en su artículo 25.- DERECHO AL TRABAJO DE LOS ADOLESCENTES. Los Organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes. Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes. Los Organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo.

²³ Ver http://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/otia/plan_eti_argentina.pdf [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

Según el citado estudio, las COPRETI enfrentan varios factores de riesgo, desde la alta rotación de funcionarios en las diferentes agencias de gobierno hasta factores organizacionales y tecnológicos, que “se expresan en la ausencia, insuficiencia o precariedad de recursos, la falta de planes y de propósitos y objetivos definidos, la mayor o menor dificultad para coordinar acciones con esas instancias y para concretar acuerdos e implementarlos”.²⁴

En cuanto a la participación, el informe destaca que

... en muchos casos las áreas de Desarrollo Social, Niñez y Adolescencia, Mujer, Educación, Salud, Promoción de Derechos de la Niñez, que trabajan centralmente en áreas urbanas, aun cuando participan de las comisiones desarrollan sus acciones por fuera de las que pudieran acordarse en ella. En varias provincias las áreas de Niñez y Adolescencia están trabajando en la redacción de programas provinciales de niñez y adolescencia, líneas 102, consejerías y centros de apoyo sin vinculación con las acciones desarrolladas o promovidas desde la Comisión.²⁵

Con matices como estos, la articulación en las políticas públicas entre las iniciativas de Protección Integral y aquellas focalizadas en la prevención y erradicación del trabajo infantil fue incrementándose durante las dos últimas décadas.

Un ejemplo de ello es la Ley Nº 26.206 de Educación Nacional, que fue aprobada en 2006. Esta hace una mención expresa de la erradicación del trabajo infantil en su artículo 82:

Las autoridades educativas competentes participarán del desarrollo de sistemas locales de protección integral de derechos establecidos por la Ley Nº 26.061, junto con la participación de organismos gubernamentales y no gubernamentales y otras organizaciones sociales. Promoverán la inclusión de niños/as no escolarizados/as en espacios escolares no formales como tránsito hacia procesos de reinserción escolar plenos. Asimismo, participarán de las acciones preventivas para la erradicación efectiva del trabajo infantil que implementen los organismos competentes.

A partir de ello, en 2007 se firmó un acuerdo entre el CFT y los Ministerios de Educación y Trabajo, Empleo y Seguridad Social, con el objetivo de lograr la reinserción

²⁴ OIT, Evaluación de la situación institucional y social de las COPRETI” (inédito), Programa Conjunto de Apoyo al Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, JP/ARG/07/03, Buenos Aires, 2009.

²⁵ *Ibidem*, p. 43.

en el sistema educativo de los niños que se detectaran trabajando mediante el sistema inspectivo.²⁶

En 2008, la Argentina elevó a 16 años la edad mínima de admisión al empleo mediante la Ley N° 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente. La posterior reforma del Código Penal (artículo 148 bis) y el Decreto N° 1.117/16 sobre el listado de trabajo infantil peligroso terminaron de completar y robustecer el marco normativo en este campo.

5. Reflexiones finales

La ratificación de la CDN en la Argentina no es el punto cero en la historia, sino un punto de inflexión dentro un proceso complejo de cambios en las concepciones de la infancia, que ganaron terreno en la década del 80 en el país y que tomaron relieve con el retorno a la democracia. Las ONG y los sindicatos fueron actores clave en dicho proceso.

La adecuación normativa en materia de infancia tuvo su correlato en las políticas públicas y, en consecuencia, en la mejora del ejercicio de derechos de niños y niñas. Normas y políticas son procesos con velocidades y tiempos distintos.

Entre la ratificación de la CDN en la Argentina mediante la Ley N° 23.849 (1990) y la sanción de la Ley N° 26.061 (2005) transcurrieron 15 años. Durante ese período, el nuevo marco normativo de Protección Integral compartió escenario con leyes de la denominada doctrina de la situación irregular, como la emblemática Ley Agote N° 10.903 –vigente desde 1919– y la Ley N° 22.278, que establece el régimen penal, promulgada en 1980 durante el gobierno de facto.

Como hemos visto a lo largo del recorrido, en la Argentina se dieron dos grandes procesos en paralelo: por un lado, la adecuación normativa y el establecimiento de un Sistema de Protección Integral de la Infancia –iniciativas lideradas por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Desarrollo Social–, y por otro, la adecuación normativa en materia de prevención y erradicación del trabajo infantil con la elevación de la edad mínima de empleo a 16 años mediante la Ley N° 26.390, sancionada en junio de 2008; proceso liderado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

²⁶ Ver https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cft_2007_47_acta.pdf [fecha de consulta: 28 de julio de 2019].

Ambos procesos enfrentaron grandes desafíos en la implementación; entre otros aspectos, debido a la heterogeneidad de las realidades provinciales y la necesidad de lograr una política que respetara el carácter federal y la autonomía de las provincias.

Valen como ejemplo las consultas regionales con ONGs y con niños y niñas, entre 2002 y 2004, para establecer un Plan Nacional de Acción por los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que se propuso ser el instrumento de la política pública para la niñez y adolescencia en pos de hacer efectivo un Sistema de Protección Integral.

En paralelo a ello, como una iniciativa de los actores del mundo laboral, se construía una institucionalidad acorde con los Convenios y Recomendaciones de la OIT, y del Memorando de Entendimiento entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la OIT, dando paso en el año 2000 a la conformación de la CONAETI, que logró estabilizar su funcionamiento cinco años más tarde.

El año 2005 se destacó como un punto de inflexión con la sanción de la Ley N° 26.061 y el funcionamiento ininterrumpido de la CONAETI.

No obstante los avances, los desafíos persistían: a una década de la ratificación de la CDN, solo cuatro provincias tenían leyes adecuadas a ella; en diez provincias había discusiones parlamentarias avanzadas, y en siete no se había iniciado una discusión para la adecuación de la normativa provincial.²⁷

La creación de Comisiones Provinciales para erradicar el trabajo infantil parecía ser la solución frente a los desafíos de la descentralización. Pero resultó un proceso de institucionalización lento y complejo: en 2008 se habían conformado 18 COPRETI, de las cuales nueve tenían un plan de trabajo y solo dos contaban con partida presupuestaria.

De acuerdo con el informe de la OIT, se advierte un déficit de coordinación entre las acciones de las COPRETI y de las áreas de infancia, más allá de que en muchos casos las áreas de infancia integren las COPRETI.²⁸

Para concluir, podemos decir que ambas iniciativas, tanto las políticas de Protección Integral como aquellas orientadas a prevenir y erradicar el trabajo infantil, han enfrentado el reto de construir institucionalidad para la ejecución de la política pública.

²⁷ En PROAME, *op. cit.*

²⁸ OIT, "Evaluación de la situación institucional y social de las COPRETI", *op. cit.*, p. 43.

Esos mundos han dialogado entre sí, han tendido puentes, se han referenciado mutuamente a través de normas y políticas, y han realizado esfuerzos para lograr una mayor coordinación entre sí.

Pese a los esfuerzos, el desafío persiste. Cuando hoy una maestra se entera de que su alumno no asiste a clases porque fue a levantar la cosecha con sus padres, cuando una niña pequeña les prepara la comida a sus hermanos mientras sus padres trabajan, o cuando en el centro de salud el médico recibe a un niño intoxicado por agroquímicos, el desafío ya no es general y toma nombre propio. La respuesta que ese niño o niña aguardan depende de todos nosotros.

Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas, “Un mundo apropiado para los niños”, A/RES/S-27/2, 11 de octubre de 2002.
- CIT, Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (núm. 5). Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales.
- Comité de Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Tercero y cuarto informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2004.
- Declaración de los Derechos del Niño, 1959.
- Filmus, Daniel (coord.), Arroyo, Daniel y Estébanez, María Elina, *El Perfil de las ONGs en Argentina*, Buenos Aires, Banco Mundial/FLACSO, 1996.
- Ley N° 26.206 de Educación Nacional.
- Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley N° 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente.
- Memorando de Entendimiento y Cooperación entre el MTEySS, la OIT, PNUD y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007.
- MTEySS, Plan Nacional para prevenir y erradicar el trabajo infantil 2006-2010.

- OIT, *Eliminar el trabajo infantil: 100 años de acción. El largo camino hacia un mundo libre de trabajo infantil. La contribución de la OIT 1919-2019*. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_709734.pdf.
- OIT, "Evaluación de la situación institucional y social de las COPRETI" (inédito), Programa Conjunto de Apoyo al Plan Nacional para la Prevención y erradicación del trabajo infantil (JP/ARG/07/03), Buenos Aires, 2009.
- OIT, C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, Ginebra, 26 de junio de 1973.
- OIT, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Ginebra, 18 de junio de 1998.
- OIT, C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182). Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, Ginebra, 17 de junio de 1999.
- PROAME, "Áreas provinciales de niñez y adolescencia. Su situación al inicio del PROAME" (mimeo), Documento N° 3.
- SITEAL-SIPI (IIPE/UNESCO Buenos Aires, OEI), *La situación de la primera infancia en la Argentina. A dos décadas de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Córdoba, Fundación Arcor, 2012.
- UNICEF, *Convención sobre los derechos del niño*, Buenos Aires, Emede, 2007.
- UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos*, noviembre de 2014. Disponible en <https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf> [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].
- UNICEF, OIT, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, "Propuesta para un Programa Nacional de Acción en Materia de Trabajo Infantil en la Argentina" (mimeo), Buenos Aires, 1993.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 33

Celebrar la Convención es hacerla efectiva: más derechos, menos penas

Luis E. Duacastella Arbizu¹

Laura B. De Marinis²

¹ Abogado, Defensor General Adjunto para el fuero Penal, Contravencional y de Faltas del Ministerio Público de la Defensa.

² Abogada, Operadora de la Secretaría Letrada de Intervención Penal Juvenil del Ministerio Público de la Defensa.

ARTÍCULO 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

1. Introducción

Nos proponemos analizar el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), cuya redacción responde al modelo ético-jurídico –paradigma vigente en 1989– en relación con el consumo de estupefacientes. Treinta años después, entendemos que su lectura e interpretación deben ser abordadas desde los cambios de paradigmas producidos, para lo que consideramos útil analizar las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés). Si bien este no se ha pronunciado exclusiva y exhaustivamente sobre el artículo 33 de la CDN, en diversas observaciones generales ha mencionado el tema. Por eso, en primer lugar, realizaremos un resumen de los criterios sentados por el CRC, con el objeto de delinear el alcance vigente y actualizado del artículo 33.

Seguidamente, nos detendremos en el caso particular de la Argentina. Para ello, partimos de la concepción de que el artículo 33 de la CDN obliga a los Estados a proteger a los NNyA³ en dos aspectos: el uso de estupefacientes y la utilización de NNyA en la producción y tráfico de sustancias. Sobre la base del análisis de ambos aspectos intentaremos dar nuestro aporte para alcanzar el efectivo cumplimiento del artículo 33, porque entendemos que celebrar su vigencia es también hacerla efectiva.

2. El artículo 33 de la CDN en las Observaciones Generales del CRC

La primera vez que el CRC menciona el derecho reconocido por el artículo 33 de la CDN fue en el marco de la Observación General N° 3, titulada “El VIH/SIDA y los derechos del niño”.⁴ En particular sobre el consumo de drogas y su incidencia en el contagio de la epidemia, señala la carencia de campañas destinadas especialmente a los adolescentes. En ese sentido, insta a los Estados partes a que se apliquen programas de tratamiento y de ayuda que reduzcan los factores que exponen a los NNyA al uso de sustancias.⁵

³ Utilizaremos NNyA para referirnos a los niños, niñas y adolescentes, a los fines de facilitar la lectura y desarrollo del presente.

⁴ Observación General N° 3 “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, CRC/C/GC/3, 17 de marzo de 2003.

⁵ *Ibidem*, párr. 39.

En la Observación General Nº 4, titulada “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”,⁶ el CRC señala como medidas necesarias para prevenir la violencia interpersonal entre adolescentes “la estricta fiscalización de las armas de fuego y la limitación del acceso al alcohol y las drogas”.⁷ Asimismo, destaca la importancia de proteger a los adolescentes sin hogar, teniendo en consideración su mayor vulnerabilidad entre otros factores, “al consumo indebido de sustancias tóxicas”, por lo cual pide a los Estados que:

... a) elaboren políticas y promulguen y hagan cumplir leyes que protejan a esos adolescentes contra la violencia, por ejemplo, por medio de los funcionarios encargados de aplicar la ley; b) que elaboren estrategias para proporcionar una educación adecuada y el acceso a la atención de salud, así como oportunidades para el desarrollo de su destreza para ganarse la vida.⁸

En la Observación General Nº 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”,⁹ el CRC señala como factor de riesgo el consumo de estupefacientes de los adultos a cargo del cuidado.

Tanto en la Observación General Nº 9 “Los derechos de los niños con discapacidad”,¹⁰ como en la Observación General Nº 11 “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño”,¹¹ el CRC señala que esos NNyA se encuentran en situaciones de vulnerabilidad que los expondrían a ser utilizados para el trabajo infantil. En ambas Observaciones se cita el Convenio Nº 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –ratificado por la República Argentina, Ley Nº 25.255–, en el que se incluye entre las peores formas de trabajo infantil la utilización de niños en la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes.

Por su parte, en la Observación General Nº 13 “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”,¹² el CRC incluye en la definición de descuido o

⁶ Observación General Nº 4 “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.

⁷ *Ibidem*, párr. 23.

⁸ *Ibidem*, párr. 36.

⁹ Observación General Nº 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7, 14 de noviembre de 2005.

¹⁰ Observación General Nº 9 “Los derechos de los niños con discapacidad”, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

¹¹ Observación General Nº 11 “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

¹² Observación General Nº 13 “El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

trato negligente el descuido psicológico o emocional. Este consiste, entre otras cosas, en la exposición a la violencia y al uso indebido de drogas o de alcohol de la pareja sentimental.¹³ Por su parte, enuncia las medidas de política social que pueden adoptarse para reducir los riesgos y prevenir la violencia contra los NNyA, entre las que incluye “vii) La reducción de la demanda y la disponibilidad de alcohol, drogas ilegales y armas”.¹⁴ Al analizar las dificultades que los Estados han tenido al adoptar marcos nacionales de coordinación de la lucha contra la violencia para con los NNyA, propone que en ellos se incorporen como factores de riesgo el consumo de drogas de los padres. Además, incluye entre los NNyA en situaciones de vulnerabilidad potencial “los que pertenecen a los estratos socioeconómicos urbanos más bajos, donde puede ser fácil conseguir armas de fuego y de otro tipo, drogas y alcohol”.¹⁵

Cuando el CRC analiza el derecho del NNyA a que su interés superior sea una consideración primordial en la Observación General Nº 14,¹⁶ señala que, entre otras cuestiones, se debe evaluar su protección con respecto al uso de estupefacientes.

Por su parte, en la Observación General Nº 15 “El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud”, en el que analiza el artículo 24 de la CDN, interpela a los Estados para que “adopten un enfoque basado en la salud pública y el apoyo psicossocial para hacer frente a la mala salud mental de los niños y adolescentes”.¹⁷ En específico, en materia de consumo de sustancias destacó la necesidad de adoptar un enfoque basado en derechos y recomendó “que, cuando proceda, se empleen estrategias de reducción del daño a fin de reducir al mínimo la repercusión negativa en la salud del uso indebido de sustancias”.¹⁸

Esta es la primera ocasión en la que el CRC hace referencia a la necesidad de adoptar estrategias de *reducción de daños*.¹⁹ En las anteriores Observaciones Generales,

¹³ *Ibidem*, párr. 20.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 43.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 72.

¹⁶ Observación General Nº 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 73.

¹⁷ Observación General Nº 15 “El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud” (artículo 24), CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013, párr. 38.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 66. Resaltado propio.

¹⁹ Entendemos la reducción de daños como una estrategia que “... se rige por el principio de que una persona que consume y que no quiere o no puede dejar de consumir debe ser ayudada a disminuir los riesgos y daños que puedan estar vinculados con el consumo. Estos riesgos pueden ser: de salud, como la transmisión de enfermedades; sociales, como la estigmatización, la vulnerabilidad social; legales, como la penalización por la tenencia de estupefacientes” (Capriati, Alejandro, Camarotti, Ana Clara *et al.*, “La prevención de los consumos problemáticos

solo se alude a la necesidad de adoptar medidas que responden a un *modelo ético-jurídico*, donde priman las políticas de impedir el acceso, evitar los factores de riesgo para el inicio del consumo y su prohibición. En las últimas Observaciones Generales se evidencia una profundización en el análisis de la cuestión, a la vez que se realizan recomendaciones que responden al *modelo socio-comunitario de abordaje*.²⁰

En efecto, en la Observación General N° 20 “Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia” califica el consumo de drogas y las adicciones como riesgos intensificados o exacerbados por el entorno digital, y hace eje en la necesidad de educación y apoyo para afrontar los problemas locales y mundiales.²¹ Señala que en la adolescencia es más probable la generación de dependencia y que se incrementa el riesgo de sufrir daños por el consumo de drogas. Y agrega:

Los adolescentes que corren mayor riesgo de sufrir daños relacionados con las drogas son los de la calle, los excluidos de la escuela, los que tienen antecedentes de traumas, desintegración de la familia o maltrato, y los que viven en familias afectadas por la drogodependencia.

Reitera el deber de los Estados de proteger a los adolescentes, tal como está manifestado en el artículo 33 de la CDN, y compele a garantizar el derecho a la salud en relación con el uso de tales sustancias, el tabaco, el alcohol y los disolventes. Hace eje en políticas de reducción de daños; por ejemplo, brindando la información necesaria y adecuada. Agrega que deben establecerse “servicios de prevención, reducción de los daños y tratamiento de la dependencia sin discriminación

de drogas desde una perspectiva comunitaria: un modelo para armar”, Ministerio de Salud de la Nación, en *Revista Argentina de Salud Pública*, vol. 6, N° 22; septiembre de 2015, p. 22. Disponible en <http://rasp.msal.gov.ar/rasp/articulos/volumen22/21-28.pdf> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019].

20 “El modelo socio-comunitario se caracteriza por los siguientes aspectos, que no son contemplados en los dos modelos anteriores: prioriza la prevención y la promoción de la salud a nivel grupal frente al nivel asistencial individual; promueve la participación de la comunidad en los proyectos e intervenciones que la tienen por objeto; busca disminuir los riesgos que acompañan al consumo de drogas, en lugar de intentar suprimirlos en su totalidad prohibiendo el consumo; apunta a modificar las condiciones que favorecen o facilitan el uso de drogas, es decir, los factores de riesgo, y explora y potencia aspectos que disminuyen la probabilidad de dicho consumo, es decir, los factores de protección; trabaja intersectorialmente entre los servicios de salud, sociales y educativos públicos y de organizaciones de la sociedad civil, favoreciendo la creación de redes institucionales; actúa de un modo descentralizado en espacios locales cercanos a aquellos en los que se desarrolla la vida cotidiana de las personas; parte del supuesto de que con los usuarios de drogas se pueden acordar y pactar formas menos arriesgadas de uso, o la abstinencia cuando sea necesaria; procura comprender las concepciones del mundo de las personas a las que se dirigen los programas, dado que la ausencia de mundos compartidos impide adoptar intervenciones pertinentes; y propicia la capacidad de agencia de los individuos y los grupos.

El modelo entiende las prácticas de salud como un proceso colectivo de salud-enfermedad-atención, en el cual el consumo problemático de drogas, además de involucrar a quienes las consumen y sus allegados, compromete a toda la comunidad. Las desigualdades sociales en materia educativa, el desempleo, la precariedad laboral, la segregación socio-espacial, la discriminación y la falta de respuestas socio-sanitarias adecuadas no son el mero contexto, sino una parte constitutiva de los consumos problemáticos de drogas” (*Ibidem*).

21 Observación General N° 20 “Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016, párr. 12.

y con una asignación presupuestaria suficiente. Las alternativas a las políticas punitivas o represivas de fiscalización de las drogas en relación con los adolescentes son positivas".²²

Aquí el CRC cita el "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental",²³ que analiza puntualmente a los adolescentes. El CRC utiliza en especial los argumentos allí plasmados en relación con el uso de sustancias y fiscalización de drogas (Capítulo VI, párrs. 95 a 105). Sobre la obligación de protección, el Relator Especial afirma que "debe hacerse en el contexto de las medidas de protección estipuladas en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras obligaciones de derechos humanos".²⁴

En sus conclusiones finales, recomienda a los gobiernos que

- a) Clausuren sin demora todos los centros de internamiento de adolescentes por consumo de drogas, garanticen los servicios de prevención, reducción de los daños y tratamiento de la dependencia, sin discriminación, y asignen presupuestos suficientes para la realización progresiva del derecho a la salud;
- b) Busquen alternativas a las políticas punitivas o represivas de fiscalización de las drogas, incluida la despenalización y la reglamentación y el control jurídicos, y fomenten el debate internacional sobre estas cuestiones, manteniendo el derecho a la salud como elemento central;²⁵ c) Utilicen el marco del derecho a la salud para aplicar estrategias destinadas a prevenir el uso de drogas por los adolescentes mediante intervenciones basadas en pruebas y programas educativos y campañas de información precisas y objetivas.²⁶

En la Observación General N° 21 "Sobre los niños de la calle", el CRC se detiene a analizar el artículo 33 de la CDN en conjunto con el 24 (derecho a la salud), y reconoce que el entorno de la calle puede aumentar la vulnerabilidad a los pro-

²² *Ibidem*, párr. 64.

²³ Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", A/HRC/32/32, 4 de abril de 2016.

²⁴ *Ibidem*, párr. 99.

²⁵ Nota del autor: en los considerandos, el Relator Especial afirmó: "Las pruebas muestran que las respuestas represivas y punitivas a las drogas no han sido eficaces para reducir la oferta y la demanda, y que han tenido consecuencias negativas, incluidas la violencia y la corrupción. La penalización del consumo y la posesión de drogas, así como los registros de consumidores de drogas y la violencia policial, hacen que los jóvenes no se acerquen a los servicios de salud, produciendo un efecto disuasorio. Los programas de prevención y educación que se centran en la tolerancia cero crean un entorno en que los adolescentes son menos propensos a recabar información sobre los daños relacionados con el uso" (*Ibidem*, párr. 98. Resaltado propio).

²⁶ *Ibidem*, párr. 114. Resaltado propio.

blemas de salud, entre ellos el uso indebido de sustancias. Así, hace hincapié en la prevención a través de políticas educativas, adaptadas a las necesidades de los niños de la calle; incluso se promueve la educación entre pares. En particular en materia de consumo de sustancias adictivas, indica:

Los Estados deben aumentar la disponibilidad de servicios de prevención, tratamiento y rehabilitación del uso indebido de sustancias adictivas, que incluyan medidas para la reducción del daño, así como de terapia para el trauma y de servicios de salud mental para los niños de la calle. Estos servicios deben estar dotados de profesionales formados en los derechos del niño y en las circunstancias particulares de los niños de la calle (...) se debe procurar proteger a los niños de la calle para impedir que se impliquen en el tráfico de drogas.²⁷

A modo de somera síntesis, destacamos tres ideas centrales: como medida de prevención se debe garantizar la protección integral de los derechos de los NNyA; las políticas públicas en la materia de adicciones deben enfocarse en la prevención, la reducción de daños y el tratamiento de la dependencia; y deben evitarse políticas punitivas del consumo, impulsando su despenalización y reglamentación jurídica. Tales ideas centrales responden al modelo de intervención socio-comunitario.

3. Protección para que NNyA no consuman estupefacientes

Apenas aprobada la CDN, Argentina no contaba con instrumentos para efectivizar sus mandas, tanto sea normativamente, como por disposiciones administrativas. Ni siquiera existía un desarrollo cultural en torno al debate democrático de las adicciones incluidas en un serio planteo de salud mental.

En momentos en que se cumplen 30 años de su vigencia, hemos transitado un arduo camino en la adecuación normativa que nos permitió obtener herramientas para establecer una relación democrática entre las personas menores de edad, sus referentes adultos y el Estado.²⁸ Sin embargo, la cínica convivencia de la Ley Nº 22.278 –que representa la judicialización del pensamiento filantrópico y la

²⁷ Observación General Nº 21 "Sobre los niños de la calle", CRC/C/GC/21, 21 de junio de 2017, párr. 53.

²⁸ Como sabemos, la CDN fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada mediante la Ley Nº 23.849 en septiembre de 1990. Obtuvo rango constitucional desde la reforma constitucional de 1994, durante casi 15 convivió normativa y fácticamente con la histórica Ley Nº 10.903 Patronato de Menores de 1919, que en su letra y en sus prácticas presentaba un paradigma totalmente contrario a los principios que ordena la CDN.

consolidación legal de la discrecionalidad judicial como herramienta de control social de la infancia en torno a la cual se modelaron las instituciones y las prácticas judiciales y administrativas durante casi un siglo— y un Tratado Internacional de Derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia —que establece un giro copernicano en la consideración de los NNA como sujetos titulares de derechos y de su ejercicio— dieron por resultado la consolidación de una ambigüedad judicial y administrativa, que se legitimó con el nuevo discurso que traía la CDN.

En una relectura espuria de la CDN, jueces de menores, asesores de menores y operadores del sistema administrativo, utilizando el lenguaje “de derechos”, continuaron resolviendo a través de prácticas la “disposición” de NNA como meros objetos de asistencia discrecional.²⁹

Recién en 2005, a través de la sanción de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se derogó la ley de patronato y el instituto de protección de persona del código civil, y se formularon en una norma nacional los principios establecidos en la CDN.

Sin embargo, esta ley nacional que puso en acto a la CDN no estableció ningún parámetro especial para resolver los problemas referidos a la adicción. ¿Por qué, si la Ley Nº 26.061 representa la adaptación normativa de la CDN en el plano nacional, no estableció parámetros de exigibilidad en cuanto a las garantías de aquellos adolescentes con consumo problemático, y más aún no estableció la incorporación de las garantías vinculadas al acceso a un proceso democrático en materia de salud mental en general?

Esto puede explicarse por varios motivos. Una primera respuesta de índole histórica nos remite al clásico debate sobre salud general versus salud mental. Este paradigma claramente complementario del patronato de menores, que establecía la actuación tutelar del sistema de salud, a través de mecanismos de segregación en macroinstituciones cerradas de salud mental (manicomios), separaba a los adolescentes con afecciones generales de salud de aquellos que padecían trastornos en su salud mental. El método era la internación, como protección (del adolescente y de la sociedad respecto de ellos) carente de garantías y derechos.

²⁹ Nada ejemplifica mejor la concepción del niño como objeto de tutela que la letra del artículo 15 (entre otros) de la Ley Nº 10.903, que establece: “Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior” (Resaltado propio).

Otra respuesta, de carácter político-institucional, puede encontrarse en las limitaciones y restricciones que surgieron en el debate parlamentario de la Ley Nº 26.061 que, si bien representó un histórico avance en la concepción del niño como sujeto activo de derechos, no logró abordar con éxito otros debates muy importantes que ordenaba la CDN a los Estados partes.³⁰

Un ejemplo evidente de esto es la exclusión del tratamiento parlamentario de la cuestión penal juvenil, razón por la cual aún hoy sigue vigente la Ley Nº 22.278, que lleva la firma de Videla y que establece el régimen penal de la minoridad. No es de extrañar, entonces, que el tratamiento legal tanto de la prevención como de las consecuencias del consumo problemático en adolescentes del que da cuenta la CDN en su artículo 33 fuera excluido también de las previsiones de la Ley Nº 26.061.

Si bien en 1989 la CDN estableció el deber del Estado de adoptar “todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, hubo que esperar hasta 2010 para que este artículo se materialice en la normativa local, a través de la Ley Nacional de Salud Mental Nº 26.657.

Esta ley rompe con el viejo paradigma de salud mental psiquiátrico y establece un modelo democrático acorde con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Salud Mental y Derechos de los NNyA.

Asimismo, incorpora a la cuestión del consumo problemático y adicciones el abordaje integral de la salud, considerando como regla la capacidad del adolescente, que solo podrá destruirse mediante prueba en contrario con revisiones permanentes y reglas exhaustivas de debido proceso y defensa técnica.

En materia de adicciones, la Ley Nº 26.657 fue complementada en 2014 por la Ley Nº 26.934; esta creó el Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP), que funciona en el ámbito de la actual Secretaría de

³⁰ Si bien el debate parlamentario de la Ley Nº 26.061 evitó incorporar las cuestiones referidas al consumo problemático y la salud mental de las personas menores de edad, una lectura amplia del artículo 14 de esta ley, articulada con el artículo 33 de la CDN y con la de salud mental Nº 26.657, permite establecer un abordaje democrático de estas cuestiones.

Artículo 14 de la Ley Nº 26.061.- DERECHO A LA SALUD. Los Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social. *Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud* (resaltado propio).

Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (SEDRONAR). Esta ley responde al modelo socio-comunitario, y si bien en sus reglamentaciones menciona la asistencia a NNyA, no se establecen pautas específicas para el abordaje, tratamiento y acompañamiento de aquellos.³¹

Adicionalmente, en materia administrativa, la Ciudad de Buenos Aires está en deuda con la manda convencional y la ley nacional, dado que no se cumplen plenamente las obligaciones que emanan de ellas, ya que no cuenta a la fecha con el órgano de revisión de salud mental, esencial a la hora de dirimir la legalidad de las internaciones involuntarias. Esta situación se agrava tratándose de personas menores de edad, en la que toda internación es involuntaria y proceden recaudos de debido proceso.³²

Tampoco cuenta aún con suficientes casas de medio camino,³³ indispensables para garantizar el proceso de autonomía progresiva de quienes padecen una adicción, y para garantizar el proceso de desmanicomialización que establece la norma nacional. A la fecha no se han establecido exitosamente los sistemas de apoyo que garantizan la toma de decisiones autónomas por parte de los adolescentes.³⁴

Falta ahora encontrar los mejores y más idóneos mecanismos para la efectiva aplicación de la CDN: prevención sin criminalizar las adicciones, tratamientos disponibles y designación, y patrocinio con abogados del niño, en todos los casos de internaciones –reiteramos que son siempre involuntarias en caso de menores de edad, y para todos los NNyA del país–, como una política de salud universal y no como excepciones aisladas.

4. Protección para que los NNyA no participen en el narcotráfico: la insuficiencia de la legislación interna

Entendidas las líneas de acción que la CDN exige, cabe analizar las medidas legislativas adoptadas por la Argentina en torno a esta cuestión. Es notorio que salvo

31 Ver <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verVinculos.do?modo=2&id=230505> [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

32 Ley N° 26.657. ARTÍCULO 26.- “En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos”. Los arts. 20 a 25 regulan la internación involuntaria.

33 Recordemos que en la CABA debió interponerse una acción de *habeas corpus* para que se implementaran las casas de medio camino (Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, Expte. N° 20384/2010, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ *habeas corpus* –apelación”, 21 de diciembre de 2010), cuya efectiva ejecución se encuentra aún en discusión.

34 Ley N° 2.318, sin reglamentación.

las leyes de salud mental y la que creó el Plan IACOP, las demás iniciativas legislativas sancionadas –en lo que respecta a NNyA– han sido normas principalmente penales.³⁵

Solo podría considerarse norma reglamentaria de la obligación del Estado de “impedir que se utilice a niños en la producción y tráfico ilícito de sustancias” la agravante genérica de las infracciones previstas en el artículo 11 de la Ley Nº 23.737, que prevé el aumento de un tercio del máximo y la mitad del mínimo en la pena de los ilícitos si se cometiesen “sirviéndose de menores de 18 años”.³⁶ Por otro lado, la Ley Nº 25.767 incorporó al Código Penal como agravante para la totalidad de los delitos un incremento de igual monto en la pena máxima, pero menos exigente ya que solo basta la intervención de un menor en el ilícito para incrementar la pena de todos los partícipes, aunque estos no se hubiesen servido de la acción del menor.³⁷ Sin embargo, la escala penal de los delitos enumerados en la Ley Nº 23.737 solo permite exculpar a los menores de 18 años en el supuesto del artículo 14 segundo párrafo de tenencia de estupefacientes para consumo personal.³⁸ Es decir que los NNyA resultan punibles por los restantes delitos tipificados en la referida ley. Contrario a los lineamientos de la CDN, la respuesta legislativa argentina ha sido su castigo y persecución.

Paradójicamente, si incluyésemos a los menores “utilizados” en la producción y tráfico ilícito de sustancias como víctimas de trata de persona, en los términos del Protocolo de Palermo³⁹ y la Ley Nº 26.364 y sus modificatorias, deberíamos considerarlos no punibles de todos los delitos incluidos en la Ley Nº 23.737.⁴⁰

Si partimos de la premisa de que la CDN orienta la acción del Estado a la *reducción de los daños* derivados del uso problemático de sustancias por NNyA y a la

35 Leyes Nº 27.502, 27.482, 27.347, 27.319, 27.302, 27.304, 27.063, 26.733, 26.702, 26.683, 26.394, 26.268, 26.052, 25.892, 25.246, 24.660, 24.424, 24.112, 23.737. En 2009 se sancionó la Ley Nº 26.586, que creó el Programa Nacional de Educación y Prevención sobre las adicciones y el consumo indebido de drogas; junto con las de Salud Mental –ya citadas–, serían las únicas excepciones.

36 Art. 11 inc. a) Ley Nº 23.737.

37 Art. 41 quater del Código Penal.

38 Figura que ha sido reiteradamente declarada inconstitucional por nuestros tribunales: CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ Recurso de Hecho”, 25 de agosto de 2009, Fallos: 332:1963; “Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, 29 de agosto de 1986, Fallos: 308:1392.

39 *Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2000. Este planteo fue sostenido por el Ministerio Público Fiscal de Rosario en el caso “V.F.D.A.R, E.R.G. y E.C.V.”, quien consideró a los menores víctima del delito de trata de persona y reducción a la servidumbre. Citado por Bruera, Matilde M., “Los discursos y las prácticas institucionales en materia de estupefacientes”, en *Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA*, Buenos Aires, Jusbaire, 2016, p. 1.125 y ss.

40 ARTÍCULO 5º.- No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

protección de estos frente a su explotación en la comercialización de aquellas sustancias, es inexcusable concluir que –tal como afirmó el CRC– la respuesta no es criminalizarlos, ya que la solución punitiva solo intensifica los daños que debieran prevenirse y evitarse.

En este sentido es que consideramos que una efectiva protección de NNyA respecto de la participación en el tráfico y producción de estupefacientes requiere una adecuación legislativa por la cual se los considere víctimas cuando son involucrados en infracciones a la Ley Nº 23.737. Recordemos que el Convenio OIT Nº 182⁴¹ considera la participación de los NNyA en tales actividades como una de las peores formas de trabajo infantil, que la Argentina se comprometió a erradicar.

Esto no implica dejar de investigar, perseguir y sancionar a los adultos que se aprovechen del estado de doble o triple⁴² vulnerabilidad de NNyA. Al contrario, considerarlos víctimas, además de generar que la respuesta estatal tienda a la protección de sus derechos, permitirá la colaboración de esos NNyA en las investigaciones.⁴³

4. Conclusiones

La carencia de aplicación plena de la CDN es, a nuestro juicio, la principal causa de incumplimiento de la normativa en esta materia. Dicho de otro modo, en la medida en que se cumplan y garanticen los demás derechos de la CDN, se estará más cerca de evitar que NNyA consuman estupefacientes o participen en su tráfico y/o producción.

De otra forma, el cumplimiento del deber previsto en el artículo 33 de la CDN será casi una utopía ya que, si ni siquiera en coyunturas de crecimiento y desendeudamiento internacional fue posible generar políticas que garanticen el debido cuidado de NNyA en esta materia, menos lo será en esta coyuntura de pobreza y marginalidad creciente.⁴⁴

41 C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (número 182). Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (entrada en vigor: 19 de noviembre de 2000). Adopción: Ginebra, 87ª reunión CIT (17 de junio de 1999).

42 Ser NNyA, tener un consumo problemático de sustancias psicoactivas y vivir en la calle.

43 Esto requiere una modificación al art. 41 ter inc. a del Código Penal, por la cual se establezca que en el caso de ser NNyA se los considerará no punibles.

44 "Aun cuando mejoraron los índices de pobreza económica y se incrementaron las acciones alimentarias directas, la situación de inseguridad

Entonces, es preciso avanzar en la garantía de los demás derechos de la CDN hasta el máximo de los recursos que se disponen (artículo 4), y en torno al consumo de estupefacientes adoptar políticas públicas que respondan a un *modelo socio-comunitario de abordaje*, en lugar de los modelos ético-jurídico y médico-sanitario. Adoptar un modelo socio-comunitario no solo propicia la reducción de los daños que el consumo problemático podría ocasionar en los NNyA, sino que además privilegia las políticas de inclusión y acompañamiento, por sobre las de su persecución penal.

La evidencia empírica demuestra que existe una relación directa y trascendente entre el consumo de sustancias y la carencia de un proyecto de vida y de lazos que acompañen.⁴⁵ Por ello entendemos que la forma más apropiada de proteger a los NNyA del uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y su utilización como autores de ilícitos vinculados a ello, es la inclusión; paradigma de la justicia social que garantizará todos los demás derechos enunciados en la CDN.

alimentaria se mantiene estable. Lo cual se conjetura responde a un problema estructural de privación en el espacio de la alimentación. La medición de la EDSA Agenda para la Equidad, en 2017, estima un déficit alimentario total de 17,6%, y 8,5% en su nivel más grave. Al tiempo que la cobertura de acciones directas en el espacio de la alimentación se estima en 33,8%. Siendo el Conurbano el espacio con mayor cobertura alimentaria directa (37,7%) (UCA, Observatorio de la Deuda Social, Informe "(In)equidades en el ejercicio de los derechos de niñas y niños. Derechos humanos y sociales en el período 2010-2017", Buenos Aires, 2018, p. 9). Disponible en http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2018/2018-Observatorio-BDSI-Documento%20Estad%C3%ADstico_Infancia.pdf [fecha de consulta 29 de julio de 2019].

45 "(...) frente a la idea de la primacía de las causas individuales en la adicción, (...) el consumo de paco es nuestro juicio la expresión más cabal de la pobreza y el descarte humano de las comunidades. No sería posible su existencia en una sociedad integrada e inclusiva. Es una consecuencia más que una causa, y un producto más que un origen" (Gallardo, Roberto Andrés (coord.), El paco: Informe sobre consumo y efectos en el cinturón sur de la CABA – 2016, prólogo, Buenos Aires, Jusbaire, 2016, p. 13. Resaltado nuestro).

Citas bibliográficas

- Bruera, Matilde M., "Los discursos y las prácticas institucionales en materia de estupefacientes", en *Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA*, Buenos Aires, Jusbaire, 2016.
- Capriati, Alejandro, Camarotti, Ana Clara et al., "La prevención de los consumos problemáticos de drogas desde una perspectiva comunitaria: un modelo para armar", Ministerio de Salud de la Nación, en *Revista Argentina de Salud Pública*, vol. 6, Nº 22; septiembre de 2015, p. 22. Disponible en <http://rasp.msal.gov.ar/rasp/articulos/volumen22/21-28.pdf> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019].
- Gallardo, Roberto Andrés (coord.), *El paco: Informe sobre consumo y efectos en el cinturón sur de la CABA - 2016*, Buenos Aires, Jusbaire, 2016.
- UCA, Observatorio de la Deuda Social, Informe "(In)equidades en el ejercicio de los derechos de niñas y niños. Derechos humanos y sociales en el período 2010-2017", Buenos Aires, 2018, p. 9). Disponible en http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2018/2018-Observatorio-BDSI-Documento%20Estad%C3%ADstico_Infancia.pdf [fecha de consulta 29 de julio de 2019].

Una aproximación a los delitos sexuales

Aldo Gustavo de la Fuente¹

¹ Abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires y especialista en Derecho Penal por la Universidad de Belgrano. Titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional N° 31, se desempeña como Fiscal Interinamente a cargo de la Fiscalía General N° 13 ante los Tribunales Orales en lo Criminal; subrogó distintas dependencias e integró diversas comisiones en el ámbito de la Procuración General de la Nación. Participó de diversos programas de actualización, entre los que se destacan “*IDM-Trafficking in Persons Criminal Investigative Course*” (Lima, Perú, 2006) y “El marco jurídico internacional para la protección de las personas menores de edad contra los abusos sexuales, la pornografía infantil y la explotación sexual” (La Antigua, Guatemala, 2014). Desde el año 2000 es docente de la materia Elementos del Derecho Penal, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y en 2006 fue nombrado Jefe de Trabajos Prácticos. Participó de las cátedras de los profesores Esteban Righi, Daniel Pastor y, actualmente, De Luca. También ha dictado cursos en la Universidad de San Isidro, en el Ministerio del Interior y en la Procuración General de la Nación.

ARTÍCULO 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

1. Introducción

En el campo donde se desenvuelve la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra la Integridad de Niñas, Niños y Adolescentes, se ponen en juego los derechos de las personas menores de edad y los consecuentes deberes y obligaciones del Estado para con ellos.

En este camino hacia la verdad de lo acontecido, los niños encuentran el espacio para ser escuchados, la oportunidad de ser asistidos física y emocionalmente, como también la posibilidad de percibir una reparación del trauma padecido a través de la condena.

2. Acerca de la Fiscalía Especializada

El 26 de abril de 2005, en el marco del convenio de cooperación N° 4/01, aprobado por Ley N° 614, se celebró un acuerdo complementario entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Procuración General de la Nación (en adelante, PGN) mediante el cual ambos organismos se comprometían a realizar las acciones necesarias para la creación de una Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra la Integridad sexual, Trata de personas y Prostitución infantil (UFI-Integridad Sexual).

Como consecuencia de ello, el Procurador General de la Nación dictó la Resolución PGN N° 63/05 –del 3 de junio de 2005–, mediante la cual hizo realidad aquel compromiso, que por distintas vicisitudes se coronó recién el 8 de diciembre de 2006, cuando comenzó a funcionar la dependencia.

Tiempo después, el 2 de marzo de 2016 –luego de excluirse del ámbito de intervención el delito de la trata de personas–, mediante la Resolución PGN N° 427/16 se acotó su competencia a delitos contra la integridad sexual cometidos en perjuicio de personas menores de 13 años.

Las funciones primordiales de la UFI-Integridad Sexual giran en torno a los siguientes ejes: a) impulsar todas las investigaciones preliminares que resulten conducentes para la determinación de acciones u omisiones que constituyan delitos en su esfera de competencia, b) presentar las denuncias penales que se deriven de aquellas, c) relevar datos estadísticos y mapa delictual, d) coordinar y colaborar en la investigación de los hechos en los que tome intervención la unidad (coadyuvancia), e) colaborar en la edificación de políticas de prevención

y f) capacitar en la temática internamente (a su propio personal) como también externamente (demás organismos y auxiliares de justicia).

La razón de ser de esta Unidad Especializada es mejorar los índices de eficacia en la persecución criminal y, en este ámbito, procurar el abordaje de sus víctimas de forma tal que se logre la concreción del interés superior de los niños involucrados. Es precisamente su actuación exclusiva en una clase determinada de delitos y la asignación de recursos destinados específicamente a ese menester lo que constituye un factor esencial para el logro de tal finalidad.

De tal modo, mientras que las fiscalías comunes del fuero criminal deben distribuir sus recursos humanos y materiales, entre una multiplicidad de delitos, la UFI- Integridad Sexual solo lo hace en los casos de las conductas incorporadas en el Código Penal, a través del Título III “De los delitos contra la integridad sexual”, lo que naturalmente implica mayores posibilidades de celeridad y profundidad en la investigación llevada a cabo por esta última. En este sentido, se advierte claramente que no es lo mismo investigar un delito en especial que una pluralidad de ellos.

En la práctica, esta dependencia lleva adelante sus propósitos en materia investigativa de tres maneras: a) mediante la colaboración en causas que podemos rotular como judicializadas, que son aquellas en las que ya interviene un fiscal de origen –de acuerdo con un sistema de turnos diseñado en función de períodos, juzgados y jurisdicciones policiales–, quien delega desde el inicio –o no– la tramitación en la UFI, b) a través de su intervención directa en investigaciones que se denominan técnicamente “investigaciones preliminares” y c) evacuando consultas de otras dependencias en relación al curso de una investigación en trámite.

La experiencia da cuenta de la incidencia que tienen como canal receptor de noticias delictivas distintas entidades que ofrecen sus instalaciones, teléfonos y sitios de Internet para ese fin. Entre ellos podemos citar la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC), dependiente de la PGN;² el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, dependiente del GCABA;³ las Defensorías Zonales;⁴ el Instituto Nacional contra la Discriminación,

² Sita en la calle Perón 671, planta baja, de esta ciudad. Teléfonos de contacto: 6089-9114/9135/9378.

³ Ubicado en Presidente Tte. Gral. Juan Domingo Perón 3175, de esta urbe. Teléfono de contacto: 5030-9884.

⁴ Ver <https://www.buenosaires.gob.ar/cdnnya/defensorias-zonales> [fecha de consulta: 1 de agosto de 2019].

la Xenofobia y el Racismo (INADI);⁵ el Ministerio Público Tutelar⁶ y la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN),⁷ entre otros muchos.

3. Rasgos de la investigación penal. Abordaje de la víctima

Como en todo ámbito de la vida, donde la situación más propicia se alcanza conciliando diferentes intereses, alguno de ellos contrapuestos, en materia penal nos acercamos al ideal de justicia conjugando el interés del Estado en la persecución, el derecho de la víctima y de la sociedad de combatir el delito –y no beneficiar la impunidad– con el del imputado de no ser perseguido injustamente.

Pero esta concepción tradicional ha reaccionado desde hace varios años a la nueva perspectiva sobre la víctima, adicionando en los supuestos de delitos sexuales contra menores de edad (al igual que en el caso de otros fenómenos delictivos, como los enmarcados en la violencia de género) la necesidad de que los damnificados no resulten revictimizados en el trato judicial y de concretar los derechos que hacen al interés superior del niño.

A partir de allí es posible afirmar que la actuación de la justicia penal en este tipo de injusto reconoce un triple objetivo: el esclarecimiento de la verdad, la condena o ratificación de la inocencia del imputado y procurar el bienestar físico y psíquico de la víctima.

4. Características

Este tipo de ilícitos tiene un ámbito probatorio común al resto –existe una columna vertebral– o, diciéndolo de otra manera, todos los delitos desde la faceta investigativa cuentan con un común denominador probatorio y, de acuerdo con la naturaleza de cada cual, demandan ciertas variables. Es decir que, además, revisten ciertas particularidades en función de las características del delito del que se trate.

En lo que respecta a los delitos contra la integridad sexual, el ámbito físico donde

5 Sito en la Avenida 25 de Mayo 145, 8° piso, Teléfono de contacto: 0800-992345.

6 Ubicado en la calle Perú 143, de esta urbe. Teléfono de contacto: 0800-122-7376.

7 Sito en la calle Lavalle 1250, de esta ciudad. Teléfono de contacto: 4123-4510.

tienen lugar, la violencia que se ejerce, la relación familiar o de dependencia –que en ciertos casos existe entre víctima y victimario–, las consecuencias psíquicas y físicas sobre la víctima y la actitud y aptitud de esta para con la pesquisa marcan la diferencia en este sentido.

El curso de acción en la primera etapa de investigación judicial se nutre del acopio de información, en la mayor medida de lo posible, de todo lo que concierne a las circunstancias de tiempo, lugar y modo que rodearon el ilícito, como también de todo lo relativo a la víctima y el victimario, para después realizar el entrecruzamiento que nos permita encausar la reconstrucción de lo acontecido.

Como se puede observar, la pesquisa consiste básicamente en recoger la prueba, entrecruzarla y analizarla, lo que en líneas generales se identifica con dos etapas: la primera, de recolección de evidencias, y la segunda, de cuantificación y análisis de aquella.

5. Evidencias que describen este tipo de delitos

El rol que juega el transcurso del tiempo es sumamente importante para el logro de los fines del proceso, tanto en materia de salud como probatoria. Un holgado lapso en el abordaje de la víctima es inversamente proporcional a la efectividad de sus resultados; esto es, cuanto menos tiempo ha acontecido entre la agresión sexual y la aplicación de métodos de profilaxis o de anticoncepción, mayor es la posibilidad de eliminar el contagio de enfermedades y/o de evitar el embarazo. De la misma manera, cuanto antes se obtiene el relato de la damnificada, como el levantamiento de rastros orgánicos, mayores son las chances de conseguir detalles del suceso o muestras aptas para el cotejo de sangre y/o ADN.

Los delitos sexuales son de investigación compleja en función de la demora y la dificultad en la obtención de la prueba. El ámbito sumamente privado en el que acontecen estos delitos determina la escasez de los elementos de prueba, y la realización de aquellas diligencias que dependen de la participación de la víctima –sobre todo cuando son menores o con capacidades diferentes– está condicionada por la aptitud o el estado emocional adecuado para llevarlas a cabo, lo que a veces genera reticencias y postergaciones. A ello debemos sumarle, en algunas oportunidades, los retardos para concretar las testimoniales en Cámara Gesell, originados por el cúmulo de casos bajo tratamiento judicial.

Es fundamental destacar que, en la labor orientada a la reconstrucción de ilícitos sexuales –que por lo general aparecen cometidos en sitios sustraídos de la observación de terceros ajenos al accionar delictivo–, adquiere particular relevancia, además del testimonio de la víctima, aquel que puedan prestar las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de aquella, a lo que debemos sumar las conclusiones de los especialistas forenses en cuanto a la validación del relato incriminante, como también sobre los rastros físicos y psíquicos que deja este tipo de agresiones.

6. Tratamiento a la víctima

Del comienzo al fin del proceso, amén de nuestro rol judicial específico, la atención está puesta en el trato apropiado de la víctima. En una primera instancia, la preocupación central es neutralizar cualquier riesgo de continuidad delictiva, para lo cual la ley aporta una serie de medidas de protección en favor de los ofendidos por el ilícito, como la exclusión del hogar del sospechado o la prohibición de contacto entre los involucrados. Por lo demás, una de las premisas centrales es evitar la multiplicidad de relatos, porque ello representa la primera fuente de revictimización.

Otra cuestión de relevancia es que el tratamiento que se dispense a la víctima también tiene resonancia sobre el ámbito puramente investigativo, ya que termina constituyéndose en una variable de ajuste sobre el curso que debe imprimirse a la instrucción, en el sentido de que su estado de salud o predisposición para incorporarse a la causa condicionarán la marcha de la investigación.

Así, cuando surjan dificultades en este sentido, se direcciona un abordaje investigativo en dos etapas: la primera, que es un intento de estabilizar a la víctima, para lo cual se debe brindar acceso a un especialista en psicología y/o psiquiatría; y la segunda, en la que se intenta la incorporación de la víctima al proceso, una vez estabilizada.

Esta metodología exhibe el siguiente axioma: en el marco de un enfrentamiento entre el interés por investigar y el interés individual de la víctima, siempre debe prevalecer este último, que nunca puede ser sacrificado en pos del primero.

Recuérdese que, a partir de la prédica internacional plasmada en los tratados de ese tenor –Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención de Belén do Pará, entre otras–, que en la Argentina constituyen ley suprema junto con la Constitución Nacional –art. 75 inc. 22– receptadas en la legislación local mediante las Leyes N° 24.632, 24.417, 26.485, 27.372, 23.849, 26.061 y 26.378, se vigoriza el papel de la víctima durante el proceso penal.

En definitiva, la experiencia recogida por la UFI enseña que, especialmente en el tratamiento judicial de delitos contra la integridad sexual, es imprescindible respetar parámetros de actuación que fortalezcan la intervención de la víctima o de sus representantes, y así posibilitar el sostenimiento de su participación desde las instancias iniciales hasta el momento del juicio.

7. La declaración testimonial

En cuanto a aquella pieza de extraordinario valor probatorio, como lo es el testimonio de la víctima, habrá de asumir diferentes formatos en función de la edad del sujeto pasivo: hasta los 16 años, mediante Cámara Gesell; de 16 a 18 años, previo a descartar riesgos psicofísicos por parte de los especialistas del Cuerpo Médico Forense, podrá recibírsele en sede judicial (arts. 250 bis y ter del Código Penal). Este dispositivo se aplica también, sin perjuicio de la mayoría de edad de los agraviados, cuando estos padezcan enfermedades o alteraciones de sus facultades mentales.

8. Dinámica de la Cámara Gesell

Las gestiones para la concreción de esta clase de declaraciones las iniciamos a través de un oficio dirigido al Cuerpo Médico Forense solicitando un turno para llevar adelante dicha diligencia, en las salas acondicionadas a tales efectos,⁸ y una vez recibida la respuesta se formaliza el acto enviándole a la profesional designada fotocopias de las actuaciones. Luego se convoca para el lugar y día designado a las partes interesadas, como ser el defensor del imputado, la Defensoría de Menores e Incapaces de Instancia Única, Penal, Nacional y Federal –asumen la representación de la víctima desde el inicio del legajo–⁹ y, de haberse constituido

⁸ Ubicadas en la calle Lavalle 1429, 7° piso, CABA.

⁹ Art. 27, inc. c, de la Ley N° 26.061.

formalmente, también se anoticiará a la parte querellante. Asimismo, debe mencionarse que últimamente se ha ejecutado este protocolo a través de la Sala de Entrevistas Especializada del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹⁰

Adentrándose en la medida en sí, es necesario precisar que se requiere expresamente al/la licenciado/a en Psicología que previo a la audiencia, pero el mismo día –para evitar multiplicidad de citas–, establezca la conveniencia de la celebración de dicha audiencia tomando en consideración el estado psíquico del sujeto activo de la diligencia.

Por su parte, a los efectos de evitar reiteraciones innecesarias del relato de los niños, dichas audiencias deberán ser videograbadas, para poder ser incorporadas luego al debate e impidiendo consecuentemente la victimización secundaria. En relación con esto último, si bien de manera excepcional los Tribunales Orales admiten como prueba un nuevo testimonio en Gesell, cuando los ofendidos adquieren la mayoría de edad es de rigor su convocatoria, la que solo podrá neutralizarse mediante un informe médico que dé cuenta de la inconveniencia de tal acto en función del estado de salud de quien padeció el injusto.

Para lograr este objetivo, es necesario resguardar el derecho de la defensa de controlar la prueba, para lo cual se notifica al imputado –si se conoce su identidad y paradero–, o bien al defensor público en turno, del derecho de sus representantes técnicos a participar de la testimonial. Asimismo, se los notifica de la posibilidad de designar consultor técnico, quien posteriormente podrá intervenir –de disponerse– en la pericia psicológica (en consonancia con los arts. 258 y 259 del Código Procesal Penal).

Cabe destacar, al respecto, que la audiencia en Cámara Gesell no deja de ser una testimonial, por lo cual solo pueden concurrir los defensores de las partes, y si lo hacen con consultores técnicos, estos únicamente podrán colaborar con la parte que lo propuso y recién intervendrán como peritos al momento de realizarse los estudios periciales posteriores.

Así, una vez efectivizada la declaración testimonial bajo los recaudos detallados precedentemente, se requerirá la realización de una amplia evaluación psicológica-psiquiátrica respecto de la/el niña/o en cuestión, a los efectos de explorar sus estructuras psíquicas, sus antecedentes familiares y personales, sus niveles cogni-

¹⁰ En las salas acondicionadas a tal efecto, en la calle Perú 143, 12° piso, CABA.

tivos y emocionales. Para ello se solicitará a los expertos que determinen: a) si se observan en la/el entrevistada/o secuelas emocionales, cognitivas y conductuales postraumáticas de naturaleza sexual que sean compatibles con los abusos investigados a su respecto; b) en su caso, si el accionar materia de investigación ha tenido entidad suficiente para impactar sobre el desarrollo psico-sexual de la víctima; c) la presencia, en la/el entrevistada/o, de un aumento en el nivel de ideación confabulada, y d) la verosimilitud, validez y credibilidad integral del testimonio.

Nótese que para el cumplimiento de dichas experticias los profesionales intervinientes deberán tomar en consideración la totalidad de los elementos de prueba reunidos en autos, la declaración de la/el agraviada/o en Cámara Gesell y lo que surja de las entrevistas a llevarse a cabo con posterioridad, ya que para estas diligencias se requiere una nueva entrevista con la/el ofendida/o.

Por su parte, es de suma utilidad a la pesquisa la transcripción de las manifestaciones en la Cámara Gesell, no solo porque permite asentar cuestiones que hacen al hecho delictivo –detalles que pueden no ser descriptos por el profesional que lleva adelante la audiencia–, sino que además ello facilita que las partes obtengan copias de tales piezas y se evita que circule el dispositivo donde se halla registrada la totalidad de la audiencia, preservando así la difusión de material altamente sensible.

9. Valoración del testimonio y de las experticias psicológicas y psiquiátricas

Recordemos que el ámbito de privacidad en que se desarrollan generalmente este tipo de injustos suele ser esquivo a la obtención de pruebas, asumiendo en consecuencia que las manifestaciones de la víctima tienen un papel esencial y suelen ser la prueba de cargo por excelencia.

En esa senda, las pericias que en el campo de la psicología y la psiquiatría se practican sobre el relato de la víctima, en relación con su personalidad y con respecto a las eventuales secuelas generadas por el ilícito, no representan bajo ningún punto de vista un síntoma de incredulidad o dudas sobre la veracidad de sus dichos, sino más bien constituyen una demanda en materia probatoria, originada en la necesidad de alcanzar ciertos estándares convictivos que permitan el progreso de la acción penal.

Así, ante una paridad probatoria entre elementos de cargo y de descargo (dichos contra dichos) desde una perspectiva de género y acceso a la justicia de personas

en condición de vulnerabilidad, se le dará prevalencia al relato de la víctima cuando se encuentre validado científicamente en términos de verosimilitud, a lo que se suman otros aspectos como la no inducción o fabulación, el *estrés postraumático* y la interferencia sobre el desarrollo psico-sexual.

De lo contrario, no llevar adelante dichas diligencias hace correr un riesgo elevado de no arribar a una condena –y no debe perderse de vista que dicha circunstancia también revictimiza–, pues así como la condena tiene efectos reparadores para quien padece los abusos, su ausencia produce un nuevo menoscabo a la integridad psíquica de aquella persona (victimización secundaria).

10. Estudios sobre la psiquis del imputado

La exploración sobre la personalidad del imputado (para determinar la existencia de trastornos o inmadurez en la esfera psicosexual) resulta ser una prueba eventual dentro del proceso, pues al ser una diligencia a través de la cual podría autoincriminarse, no asume la naturaleza de objeto de prueba, dependiendo su realización de la voluntad de este. De hecho, desde el aspecto fáctico y teniendo en cuenta las características de las técnicas que se siguen en este tipo de pericias, la coerción del imputado nunca podría arrojar un resultado válido.

11. Pautas de acción en consonancia con la normativa interna y externa

Tomando en consideración los múltiples indicadores de vulnerabilidad que convergen en la situación de toda niña o niño víctima de delitos sexuales (en función de su edad, género y victimización),¹¹ al abordar la investigación atendiendo a la complejidad del fenómeno se torna imperativo actuar con

... la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial, implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.¹²

11 Ver "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

12 Corte IDH, "Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala", 19 de mayo de 2014, párrs. 133 y 134.

Ello, como concreción de la especial intensidad que, en relación con la situación de niñas y niños, adquiere el deber de garantía derivado del art. 7 de la Convención de Belén do Pará, complementario de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4, 5, 7 y 19) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19).

El cumplimiento de tales estándares se traduce en la articulación con otros poderes del Estado (Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa, Poder Judicial de la Nación y Poder Ejecutivo Nacional) a los efectos de posibilitar y neutralizar los factores de riesgo que comprometan la integridad psico-física de los niños o que, de algún modo, impliquen una situación de posible vulneración de derechos; a cuyo fin, amén de la intervención que, al inicio de la investigación, se otorga a la DOVIC y al defensor de menores, se propicia la actividad jurisdiccional o administrativa necesaria (esto es, ante el propio juez criminal y correccional interviniente o requiriendo la intervención del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (CDNNyA) o del órgano de aplicación de la Ley N° 26.061 que corresponda) con el fin de que sean adoptadas las medidas pertinentes para el resguardo de la víctima.

Tal pauta práctica de actuación se encuentra contemplada en la *Guía de Buenas Prácticas para la Investigación de Delitos contra la Integridad Sexual que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes* (Resolución PGN N° 35/12, apartados C.6 y C.9, en cuya elaboración ha intervenido esta Fiscalía Especializada) y las medidas de protección se disponen con arreglo a la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en el Ámbito Familiar y las Relaciones Interpersonales (art. 26 de la Ley N° 26.485) y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (arts. 4 y 8 de la Ley N° 24.417).

Otro parámetro de actuación obedece a la recomendación de extremar los recaudos necesarios para que, a través de sus representantes, la víctima se halle contenida, acompañada y debidamente informada acerca de los derechos que le asisten y del estado del trámite de las actuaciones, procurando garantizar su *efectivo acceso* a tales procedimientos en los términos del art. 7, "f", de la Convención de Belén do Pará, así como el interés superior del niño (art. 3, CDN).

Ahora bien, tal vinculación de la víctima con el sistema penal debe afrontarse tomando en consideración su especial condición de vulnerabilidad, para lo cual resulta insoslayable conducir la actuación investigativa estatal bajo el parámetro de evitación de toda forma de revictimización; aspecto que se concreta, en

conexión con la regla que en materia de niñas, niños y adolescentes orienta a la protección del *interés superior del niño*, tomando recaudos particulares en materia de tratamiento a la víctima, adaptando los procedimientos a sus necesidades, garantizando su derecho a ser escuchada por personal capacitado en un entorno adecuado y procurando que la/el niña/o no sea interrogada en más ocasiones que las necesarias,¹³ con tendencia a la entrevista única, obtenida mediante la adopción de aquellos recaudos que posibiliten su incorporación en la etapa de debate (ver Resolución PGN N° 8/09, 59/09 y 35/12, apartado D).

12. Diagnóstico sobre el tratamiento judicial de este tipo de fenómeno delictivo

La lógica de antaño que generaba el prejuicio de que los abusos contra menores no sucedían y que en realidad eran producto de una mentira de los niños se fue modificando a fuerza del esclarecimiento de cientos de hechos que demostraron un panorama distinto y preocupantemente habitual. Por eso, la hipótesis acerca de la existencia de este tipo de delitos solo puede abandonarse en una investigación cuando se ha llevado adelante hasta la última de las medidas y la certeza investigativa negativa es realmente apodíctica.

En esa senda, las consecuencias del delito se agudizan cuando se trata de víctimas de delitos sexuales, pues las coloca en una situación de alta vulnerabilidad emocional, lo que demanda mayor paciencia y consideración por parte del operador o agente judicial y policial. Ello trasunta en un perjuicio sobre la agilidad y funcionalidad del proceso penal pues, mientras el/la ofendido/a no esté en condiciones de enfrentarse a la instrucción, no podrá forzárselo/a a participar en la investigación, bajo riesgo de provocar su revictimización. Del mismo modo, las declaraciones resultan ser dilatadas en el tiempo, no solo por lo que implica la tramitación de una Cámara Gesell –en caso de menores–, sino por la naturaleza sumamente privada del tema, que lo hace de difícil comunicación.

Dentro de toda esa conflictiva, se halla inmersa una categoría particular: el abuso sexual intrafamiliar, que representa una problemática cuya gravedad y complejidad trascienden el aspecto puramente humano y social, para manifestarse en el ámbito judicial.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), "Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México", 31 de agosto de 2010, párr. 201.

Este tipo de ilícitos presentan mayores dificultades al momento de investigar y aplicar la ley, porque están íntimamente relacionadas con el ámbito dentro del cual se desarrollan estas acciones; la necesidad de preservar aquel nos enfrenta al desafío de ratificar la cohesión del grupo familiar o bien promover su desarticulación mediante la expulsión de quien delinque.

Todos sabemos la importancia que reviste la familia como núcleo central de la sociedad, a punto tal que no hay política –cualquiera sea su ideología– que no promueva la formación, el fortalecimiento y la protección de dicha institución. Proteger la familia es proteger a la sociedad.

La cifra negra del delito –esto es, aquellos sucesos que no son captados por el sistema judicial por falta de denuncia, entre otras cosas– se incrementa cuando hablamos de delitos intrafamiliares, pues la dependencia y subordinación afectiva o coactiva de las víctimas u otros familiares con el autor del ilícito obstruyen la comunicación con la justicia.

Una oportuna y adecuada asistencia de las víctimas de delitos sexuales define ni más ni menos el destino (futuro) de estas personas, entre una vida signada por el trauma y otra en donde los conflictos emocionales ocasionados pueden superarse. Por esta razón, los operadores judiciales, como interlocutores válidos o intermediarios que son, al tomar el primer contacto con esta problemática deben esmerarse para promover el camino de la asistencia.

Aunque no sea posible diagnosticar con precisión el impacto positivo asociado a las pautas de actuación mencionadas, sí se percibe, en términos generales, cierta respuesta progresiva favorable del Poder Judicial respecto de la disposición de medidas cautelares en el ámbito penal, como así también en relación con la adopción de parámetros de mayor amplitud en materia de apreciación probatoria y de adecuada valoración del testimonio de la víctima, obtenido mediante especiales recaudos que posibiliten su incorporación en juicio.

Como corolario de este esbozo, resta esgrimir que el desafío es precisamente alcanzar la implementación generalizada de tales prácticas de actuación con el fin de garantizar a las niñas y niños víctimas un acceso igualitario a sus derechos, y no me caben dudas de que la sensibilidad frente al drama padecido (que se traduce en el acompañamiento y asistencia permanente) de quienes gestionamos desde distintos ámbitos este tipo de conflictos genera las condiciones adecuadas para tal logro.

Acerca de los conceptos de trata y explotación de niños, niñas y adolescentes. Un análisis bajo el prisma de la figura penal de trata de personas

Marcelo Colombo¹

¹ Abogado, especialista en Derecho Penal. Fiscal General a cargo de la Protex (procuraduría para el combate a la trata de personas de la PGN) desde el año 2008. Autor de numerosos artículos y libros en la temática, especialmente en delitos de corrupción y trata de personas. Docente de grado y posgrado en universidades nacionales y latinoamericanas.

ARTÍCULO 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

ARTÍCULO 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

ARTÍCULO 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

1. Introducción

Este comentario tiene el propósito de aportar algunas ideas en torno a los artículos 34 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) que señalan los siguientes deberes:

Artículo 34. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

A partir de allí, este trabajo también contendrá un implícito desafío que es el de elegir sobre cuál de los muchos e importantes preceptos normativos que los artículos comprenden poner el foco, y frente a ello me inclinaré por desarrollar la figura de la trata de menores de 18 años de edad (artículo 35), para lo que resultará inevitable un previo y resumido análisis con respecto a la norma penal en sí misma.

Seguidamente, me centraré en una de sus formas de manifestación, la más frecuente, que es la explotación sexual. Para esto último tendré en cuenta lo contenido en el artículo 34, pero principalmente en otros instrumentos internacionales, normas y enfoques doctrinarios que entiendo útiles para dotar de significado la expresión “toda forma de explotación sexual”.

Como agregado a ello, repasaré algunos deberes especiales que tiene el Estado para el tratamiento de víctimas de trata menores de 18 años.

Para el final pretendo hacer notar una de las peores formas de maltrato infantil, que constituye una práctica de explotación en los términos concebidos por la figura de la trata de personas, y que, pese a ello, el sistema de administración de justicia no ha logrado captar y procesar en sintonía con la gravedad que representa.

2. La trata de personas. El concepto de explotación como eje de todo

La definición del concepto de trata de personas nace a partir de su incorporación al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños de las Naciones Unidas, complementario de la Convención sobre Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo, y es a partir de allí que casi la mayoría de las legislaciones internacionales lo incorporaron progresivamente a su normativa.²

Hasta el mes de diciembre del año 2000, el término “trata de personas” no había sido conceptualmente definido por el derecho internacional más allá de su previa incorporación a un número de convenciones internacionales, entre ellas parcialmente la CDN. Anne Gallagher³ enseña que el término “trata” comenzó a utilizarse en el campo internacional a comienzos del siglo XX en conexión con la esclavitud blanca; una denominación que fue inicialmente utilizada para referirse solo al reclutamiento forzoso o fraudulento para la prostitución de mujeres.

El protocolo introdujo, entonces, una definición internacional al término “trata de personas” que antes no existía, ampliando su universo de protección a otras posibles formas de explotación –no solo a su variable sexual–; y lo hizo sobre la base de tres componentes.

El *componente de la acción*, que incluye modalidades verbales tales como la “captación, transporte, traslado, acogida y recepción de personas”. Una fórmula que ha pretendido capturar todas las etapas de un proceso que se propone, como veremos en el tercer componente, la explotación de un prójimo.

Un segundo elemento, denominado *medios comisivos*, propone que para configurar la trata de personas mayores de 18 años las acciones deben ser desarrolladas por alguno de los siguientes modos: amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, violencia, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la recepción o entrega de pagos o beneficios.

Para el caso de niños, niñas y adolescentes, este elemento no es requisito de la definición.

² De acuerdo con el Informe Global sobre trata de personas confeccionado bianualmente por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) más del 94% de los países firmantes del Protocolo han cumplido con la obligación de constituir una figura penal que siga lineamientos establecidos en dicho documento. Disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf (fecha de consulta: 15 de agosto de 2019).

³ Gallagher, Anne, *The International Law of Human Trafficking*, Capítulo 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 13.

Por último, el *componente de la finalidad de explotación*, que completa la fórmula indicando cuál ha de ser el propósito o ultra intención del autor al cometer dichas acciones. El autor debe querer, como mínimo, “la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzosos, servidumbre o la remoción de órganos”.

Me interesará, respecto de este punto, resaltar la inseparable relación que tiene la trata de personas en relación con el concepto de *explotación*. Resumidamente, podemos decir que el delito de trata de personas resulta caracterizado como un delito en etapas y de resultado anticipado. La figura penal contiene explícitamente una intención trascendente del tipo objetivo, *la intención de explotar a otro*, que, por otra parte, afirma y define *el verdadero juicio de disvalor de la figura penal*. Ello, creo, es sencillo de advertir a partir del significado de las acciones del tipo penal (ofrecer, captar, trasladar, recibir y acoger), en sí mismas actividades inocuas o anodinas en su afán de pretender afectar o dañar la libertad de autodeterminación o dignidad de otras personas, que son los bienes jurídicos a proteger por la norma. Es imposible extraer de estas acciones, por sí solas, potencialidad de daño para estos bienes jurídicos, mientras que por el contrario algunas de ellas –transportar o acoger, por caso– poseen un positivo valor social. Por lo cual, si estas acciones no estuvieran al servicio de una intención tan grave que se traduce en la intención de explotar a otro, no cabría estar hablando de un delito de la entidad de la trata de personas, definida coloquialmente como formas de moderna esclavitud.⁴

De allí que no se pueda hablar de trata de personas sin entender y precisar su elemento significativo principal, que es la explotación.

El Protocolo de Palermo, en lo que aquí respecta, indicó –o, mejor, ejemplificó– mediante una cláusula no exhaustiva cuáles son, hoy por hoy, aquellas relaciones entre individuos que califican como explotativas. Es su artículo 3, titulado *definiciones*, el que expresa que la “explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

⁴ La idea de que todo el juicio de disvalor de la norma está centrado en el hecho ulterior contenido en el aspecto subjetivo –la explotación– que trasciende a los elementos del tipo objetivo me ha resultado comprensible y a su vez convincente; principalmente, a partir de la lectura e interpretación que el Dr. Marcelo Sancinetti realizó de los *componentes del ánimo* que eran presupuestos de la finalidad del delito en el ex artículo 127 bis del Código Penal. Dice Sancinetti: “La trata de mujeres menores requiere autónomamente un elemento subjetivo que excede el tipo objetivo, a saber: ‘ejercicio de la prostitución’. Ese hecho ulterior, ‘el ejercicio de la prostitución’, define el sentido del juicio de desvalor porque el tipo ‘estrictamente objetivo’ que queda subsistente se agota en algo incoloro o inclusive valioso: promover la entrada y salida del país de una persona es algo que constituye el contenido de infinidad de de empresas útiles desde el punto de vista social (ejemplo, agencias de turismo)” (Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Delito y Disvalor de la Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991).

Una revisión sobre los *Travaux Préparatoires*⁵ del Protocolo permite ver que las consideraciones acerca del término “explotación” resultaron una parte crítica en las negociaciones de los Estados, no solo en términos de su definición sino incluso más extensamente en el establecimiento del alcance de aplicación del Protocolo. Por ejemplo, la preocupación por no estrechar indebidamente el propósito de las acciones de la trata representó una inquietud permanente a lo largo de todo el proceso de negociación.⁶ El texto final refleja el compromiso para asegurar la máxima amplitud en el alcance del término, al establecer la expresión “como mínimo” al frente de aquellas relaciones entre personas que el Protocolo sí identifica como explotativas.

Por eso, estas formas de relaciones interpersonales permiten construir una nómina de relaciones prohibidas en donde todas ellas califican en igual medida expresando, para comenzar, un punto en común que las une: su capacidad para anular o restringir de un modo extremo el plan de vida de quien las padece.

La Ley argentina (Nº 26.842, que es reformatoria de la Nº 26.364) ha seguido al protocolo en esta desaconsejable técnica legislativa de dejar indefinido legalmente el elemento típico más importante de la figura penal, y solo agregó como práctica explotativa el matrimonio servil.

Es decir que, para el Protocolo de Palermo y la Ley argentina, la trata de niños, niñas y adolescentes estuvo y está compuesta desde el nacimiento de la figura penal en el año 2008 (Ley Nº 26.364) por el *elemento acciones* (ofrecer, captar, transportar, traspasar, recibir y/o acoger) y el *elemento finalidad de explotación* (explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos y matrimonio servil). El *elemento medios* (amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, violencia, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la recepción o entrega de pagos o beneficios) NO es parte de la figura básica cuando de menores de 18 años se trata.

5 “*Travaux Préparatoires*” (trabajos preparatorios) es la denominación que se utiliza para describir la prueba documental de las negociaciones, discusiones y la redacción final del texto de un tratado. De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, estos documentos pueden utilizarse como medios de interpretación complementarios de un tratado cuando el significado de un término deje ambiguo u oscuro el sentido, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (artículo 32).

6 Trabajos preparatorios para la Convención sobre Crimen Organizado y sus protocolos, citado en el trabajo realizado por la UNODC. Disponible en https://www.unodc.org/documents/congress/backgroundinformation/Human_Trafficking/UNODC_2015_Issue_Paper_Exploitation.pdf, pp. 334 y 357 [fecha de consulta: 12 de agosto de 2019].

3. La explotación sexual. Aproximación al concepto y diferencias entre adultos y niños

Acercándonos entonces a la definición contenida en el artículo 34 de la CDN, cabe señalar que la *explotación sexual* fue incluida en un mismo plano jurídico que la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados. Ha existido así, de acuerdo con la definición del Protocolo, una decisión de dotar de *autonomía y especificidad* a esta modalidad de explotación que le valió su inclusión por separado pero a la par de aquellas otras graves formas de trato entre seres humanos. Lo que equivaldría a sostener que estas formas de explotación elegidas por el Protocolo, si bien diferentes en cuanto a sus características y causas históricas y sociales, conviven de todos modos bajo un mismo y nuevo elemento normativo, como es la categoría de “explotación”, que expresa el *nomis iure* de las más actuales formas de vulneración de la dignidad y autonomía de las personas; o si se quiere, más coloquialmente hablando, las actuales caras de la esclavitud.

Además, como hemos visto, para el caso de personas menores de 18 años el Protocolo de Palermo prescinde de la necesidad de acreditar que la captación, traslado o recepción con el fin de explotación sexual de un niño o niña lo ha sido mediante algún medio para decir que existe un supuesto de trata de personas, dado que el *elemento medio es un agravante de la figura básica, pero no la incluye*.

Ahora, avanzando dentro del concepto de explotación sexual, conviene recordar que el propio Protocolo no resulta un instrumento auxiliar útil para establecer el alcance y significado que cabe asignar a este término, desde que al momento de su redacción, y cierre de los acuerdos definitivos, el concepto de explotación de la prostitución ajena o explotación sexual quedó intencionalmente indefinido por los países miembros.

Las extensas negociaciones que precedieron a la firma del Protocolo hasta arribar a la propuesta finalmente aceptada de dejar este término sin definir así lo muestran, y son descriptas en la *Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de Personas*:⁷ Las delegaciones que negociaron el Protocolo

⁷ La *Guía Anotada del nuevo Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata de Personas* es una herramienta de apoyo en el desarrollo de un marco normativo de derechos humanos para la elaboración de políticas públicas y legislación nacional sobre la trata de personas. En diciembre de 2000, la Organización de las Naciones Unidas adoptó instrumentos internacionales para luchar contra el crimen organizado transnacional y acuerdos o protocolos adicionales para combatir la trata de personas, el tráfico de migrantes y las armas de fuego. Los diferentes compromisos adquiridos por los gobiernos en cuanto a la trata de personas los encontramos en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas. Juntos, estos tres documentos conforman el paquete completo de obligaciones internacionales expresamente dirigidas a la trata de personas. Sin embargo,

... fueron incapaces de acordar definiciones para estos dos términos y entonces ellos decidieron dejarlos indefinidos. La mayoría de los delegados y el Caucus de Derechos Humanos entendieron que los países tienen diferentes leyes y políticas sobre el trabajo sexual adulto. Muchos países no querían o no podrían firmar el Protocolo contra la Trata si esto les hubiera obligado a cambiar sus leyes internas relacionadas con la prostitución. El Caucus de Derechos Humanos incidió por una solución de acuerdo general que permitiría a todos los países firmar el Protocolo contra la Trata, incluyendo los países que tienen leyes que criminalizan el trabajo sexual adulto y los países que tienen la despenalización de leyes y/o la regulación del trabajo sexual adulto. Todas las delegaciones convinieron que la trata implica la esclavitud, el trabajo forzado o la servidumbre. Sin embargo, ya que no hay ningún acuerdo internacional sobre el significado de "explotación sexual", los *miembros del Caucus propusieron incluir el término, pero dejándolo indefinido*. De este modo, todos los gobiernos podrían firmar el Protocolo contra la Trata, porque la definición de compromiso permitiría a cada gobierno decidir por sí mismo el tratamiento legal del trabajo voluntario sexual del adulto. Eventualmente esta propuesta fue aceptada.

Así todo, concebida la explotación sexual por el Protocolo como una categoría normativa a completar por cada país, corresponde decir que ella reconoce definiciones históricas previas por parte de otros dos instrumentos internacionales, que la han identificado como práctica social contraria a los derechos humanos, principalmente de las mujeres.

El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de la ONU del año 1949 es uno de ellos, y compromete a los Estados firmantes a "castigar a toda persona que, para satisfacer pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) *Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona*".

El Convenio de 1949 compromete también a los países a castigar a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

Las Naciones Unidas no han organizado estos tres documentos en un solo instrumento, obligando a los lectores a referirse a los documentos separadamente. *La Guía Anotada* soluciona este problema al combinar el Protocolo contra la Trata, las partes relevantes de la Convención y los Notas Interpretativas en un solo documento. Disponible en https://www.mpha.gov.ar/files/documents/protocolo_de_palermo.pdf [fecha de consulta: 18 de agosto de 2019].

El Convenio de 1949 utiliza aquí, por primera vez en el campo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, una terminología legal que volverá a ser utilizada por el Protocolo de Palermo para definir la denominada finalidad de explotación sexual del delito de trata: la *explotación de la prostitución ajena*. No obstante ello, al igual que sucederá más de 50 años después con el Protocolo, ninguno de sus articulados define concretamente qué debe entenderse por explotación de la prostitución ajena.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW) es la otra norma internacional sobre derechos humanos que usa el término “explotación de la prostitución”, en este caso de las mujeres, para identificar una práctica social que los Estados firmantes deben suprimir, adoptando todas las medidas del caso, incluso legislativas (artículo 6).

La CEDAW tampoco definió qué debía entenderse por “explotación de la prostitución de la mujer”, y los *Travaux Préparatoires* correspondientes a esa Convención dejaron en claro que los redactores consideraron que la explotación de la prostitución estaba suficientemente abordada bajo el Convenio del año 1949 y, por eso, un artículo detallado al respecto fue considerado innecesario.⁸

Algunos trabajos de interpretación sobre estos mismos *Travaux Préparatoires* dan cuenta de que la CEDAW no habría tenido en miras suprimir la prostitución como tal, sino “la explotación de la prostitución”; y al repasar las tratativas y discusiones que tuvo el artículo 6 previo a acordarse su definitiva redacción, puede verse que algunas delegaciones quisieron expandir la prohibición del artículo hacia toda forma de prostitución, y ello resultó rechazado por otras delegaciones (entre ellas, la holandesa e italiana) por considerarlo inconsistente con el abordaje y la distinción que el Convenio de 1949 había ya realizado en torno a la prostitución y a la explotación de la prostitución ajena.⁹

Hasta aquí tenemos que, pese a la ausencia de una definición directa sobre la explotación sexual, tanto el Convenio de 1949 como la CEDAW la interpretan como una práctica de modo distinto a la prostitución a secas.

También, en esta misma línea, durante la negociación del Protocolo de Palermo el

⁸ Chuang, Janie, “*Commentary On CEDAW Article 6*”, en Freeman, Marsha et al. (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women A Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 176; Naciones Unidas, *Consideration of Proposals Concerning a New Instrument or Instruments of International Law to Eliminate Discrimination Against Women: Working Paper by the Secretary-General*, E/CN.6/573, 6 de noviembre de 1973, párr. 77.

⁹ Chuang, Janie, *op. cit.*, p. 177.

coordinador del grupo de redacción destacó el aceptado significado de la expresión “explotación de la prostitución”, notando que el término “explotación” utilizado en conexión con “prostitución” distinguía a aquellos individuos que pudieran llegar a obtener beneficios de su propia prostitución de aquellos que obtienen ganancias de la *prostitución de otros*.¹⁰

Abonando a esta distinción, la explotación de la prostitución ha sido identificada por la doctrina internacional sobre derechos humanos con el proxenetismo,¹¹ y el Grupo de Expertos sobre trata de personas de las Naciones Unidas ha arribado a una definición similar al señalar que cubre “cualquier acto realizado para obtener beneficios de la prostitución, tal como el proxenetismo”.¹²

La legislación modelo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, UNODC) señala que el término “explotación de la prostitución de otros” puede ser definido de diferentes maneras, pero propone que lo sea del siguiente modo: “la ilegal obtención de beneficios económicos u otros beneficios materiales de la prostitución de otra persona”. La propuesta modelo agrega el término “ilegal” en su definición para destacar que la explotación de la prostitución ajena tiene que ser ilegal de acuerdo con las leyes nacionales que regulan la prostitución.¹³ Se advierte en este documento creado por la UNODC para auxiliar a los países a crear su propia legislación antitrata¹⁴ el cuidado observado por mantener aquel consenso alcanzado en las tratativas previas a la firma del Protocolo de dejar intencionalmente indefinidos los conceptos de explotación de la prostitución ajena y explotación sexual, y dejar librada su definición a la decisión de cada país. Por otro lado, la definición sobre prostitución contenida en otro Protocolo Facultativo sobre la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (ONU, año 2000), enseña que prostitución es la participación en “actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

10 “Travaux Préparatoire for the organized crime Convention and Protocols”, citado por Gallagher, Anne, *op. cit.*, p. 38.

11 *Ibidem*, pp. 12-42.

12 Working Group on Trafficking in Persons, “Analysis of key Concepts of the trafficking in persons Protocol”, CTOC/COP/WG.4/2010/2, 9 de diciembre de 2009; Chuang, Janie, *op. cit.*

13 Gallagher, Anne, *op. cit.*, p. 38.

14 Recuérdese que el artículo 5 del Protocolo de Palermo encomienda a los Estados partes a adoptar en sus respectivas legislaciones una norma que penalice las acciones definidas en el Protocolo.

Así, algunas conclusiones pueden empezar a derivarse de este desarrollo.

La definición que puede comenzar a construirse es que la explotación sexual se dirige a la acción de un tercero que de algún modo se beneficia –casi siempre económicamente– de la prostitución de otra persona. Se trata siempre de un *sujeto* externo y ajeno a los sujetos que participan directamente del intercambio sexual.

Ahora bien, conectando este desarrollo general del concepto del término explotación sexual con el contenido en el artículo 34 de la CDN, podemos afirmar que para esta, cuando las víctimas son menores de 18 años, el concepto de explotación sexual resulta distinto y comprensivo de otras dimensiones.

Si se repara en la Observación General N° 13 de 2011, efectuada por el Comité de Derechos del niño en cuanto a la prohibición de no ser objeto de *ninguna forma de violencia*, se verá que para el Comité el artículo 19 es la disposición básica en torno a la cual deben girar los debates y estrategias encaminados a combatir y eliminar todas las formas de violencia, en el contexto más amplio de la CDN. Una de las formas de violencia específicamente definida por el Comité en el párrafo 25 es precisamente la *explotación sexual*, a la que describe más ampliamente que la expresión contenida en el artículo 34 de la CDN que aquí comentamos, y lo hace así: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial; b) La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial; c) La utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños; d) La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado. Dice el Comité: muchos niños sufren abusos sexuales que, pese a no mediar la fuerza o la coerción físicas, son intrusivos, opresivos y traumáticos desde el punto de vista psicológico.

Resumiendo cuanto hemos venido afirmando hasta aquí, parece claro que el concepto de explotación sexual desarrollado para personas adultas en cuanto busca impedir que un tercero se beneficie económicamente de la prostitución de otra persona, pensando en un sujeto externo y ajeno a los sujetos que participan directamente del intercambio sexual, resulta demasiado corto frente a la protección que la CDN y su Protocolo facultativo buscaron dar a las personas menores de 18 años. Porque, por ejemplo, la prostitución de un niño “a secas”, sin que medie explotación o intermediación beneficiosa por parte de un tercero, también forma parte del concepto “explotación sexual”, y el niño o niña está protegido frente

a dicha práctica. Conforme se ha señalado, en la Observación General N° 13, la “prostitución infantil” representa una forma de abuso y explotación sexual; y, como vimos anteriormente, es el Protocolo Facultativo sobre la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía el que enseña que por prostitución debe entenderse la participación en “actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

De allí que la prostitución en menores de 18 años deba ser considerada siempre una práctica ilegal, y en esa actividad está pensando en artículo 34 de la CDN cuando define como “abuso y explotación sexual” la incitación o coacción a un niño para que se dedique a cualquier actividad sexual ilegal (la prostitución, añadimos nosotros). A modo de ejemplo, en esta categoría de explotación sexual aparecen los prostituyentes, mal denominados clientes responsables legales de la explotación de niños por el acto de pagar por su cuerpo y tiempo.

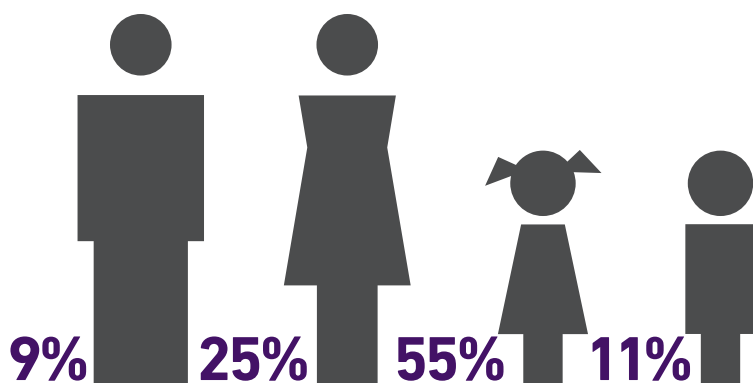
También constituyen supuestos de explotación sexual de niños *la utilización de su figura para la producción de imágenes, grabaciones, espectáculos o material de contenido sexual*. Este supuesto, ligado a la pornografía infantil, representa una modalidad de permanente presencia y desarrollo, producto del avance continuo de la tecnología, que impuso una revolución comunicativa vía internet y sus derivados circuitos de interacción virtual. Una forma de explotación sexual del menor cuya definición conceptual no presenta mayores dilemas, mientras que su eficaz identificación, persecución y prevención sí son un enorme desafío.

Finalmente, es imprescindible aclarar, por si hiciera falta, que cuando se habla de trata y explotación nos estamos refiriendo –en la mayoría de los casos– a mujeres y a niñas. Si bien el término “explotación” expresa neutralidad en su redacción, no lo hace así su aplicación. De acuerdo con el Informe Global sobre Trata de Personas elaborado por las Naciones Unidas,¹⁵ la mayoría de las víctimas de trata de personas detectadas en el mundo son mujeres, mayoritariamente adultas, pero de manera creciente también niñas. Las mujeres adultas representan el 49% de las víctimas de trata de personas en cualquier forma de explotación, mientras que las niñas comprenden el 23% y los niños varones, comprenden el 7%.

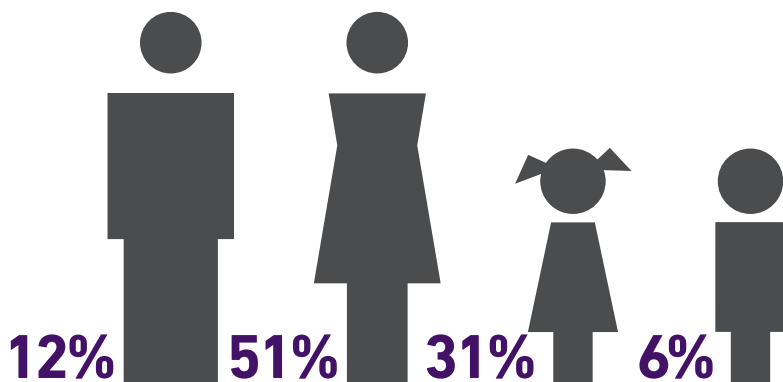
¹⁵ Disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2019].

En la región de América del Norte, América del Sur, Centroamérica y el Caribe la situación es aún peor en representación porcentual de acuerdo con estos gráficos.

Porcentaje de víctimas de la trata detectadas en América Central y el Caribe, por grupos de edad y sexo - 2016



Porcentaje de víctimas de la trata detectadas en América del Sur, por grupos de edad y sexo - 2016



Siguiendo a Marcela Rodríguez,¹⁶ esa

... es la realidad de las vidas de las mujeres en prostitución, ya sea en las rutas o en lugares más elegantes, sus cuerpos vendidos a decenas de hombres por día –en la abrumadora mayoría de los casos– o a un grupo selecto que detenta mayor poder e impunidad, en grandes ciudades o en localidades alejadas, a los doce años o a los ochenta. En todos los casos cuerpos de mujeres usados sexualmente por varones, mediante el pago de dinero, que generalmente es la ganancia de terceras personas, también generalmente varones.

En donde las personas que son prostituidas resultan “la mayoría casi absoluta mujeres y niñas; de edades cada vez más y más tempranas”.¹⁷

Por eso, para cualquier abordaje, sea este preventivo o punitivo en relación con la protección elaborada por los artículos 34 y 35 de la CDN, es importante tener en cuenta las estadísticas que viene generando la casuística de la trata de personas a nivel mundial y particularmente en nuestra región: *una explotación sexual infantil eminentemente femenina*, como su explotación adulta.

4. Derechos y necesidades especiales para niños, niñas y adolescentes víctimas de trata

Otro punto de importancia en torno a la trata de niños, niñas y adolescentes es que la ley internacional reconoce distinciones entre adultos y niños, y para eso establece diferentes respuestas. Las razones son explicadas por Gallagher,¹⁸ citando las Guías Legislativas en relación con la Trata de Personas de las Naciones Unidas:

El particular daño físico, psicológico y psicosocial sufrido por los niños y su incrementada vulnerabilidad a la explotación demanda un tratamiento separado del adulto en términos de leyes, políticas, programas e intervenciones. El mejor interés del niño debe ser un objetivo primario de consideración

16 Rodríguez, Marcela, “Tramas de la Prostitución y Trata con fines de Explotación Sexual”, Buenos Aires, Documentos de Trabajo Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP), N° 84, 2012, p. 4.

17 La edad promedio de entrada a la prostitución es 13 años (Silbert, M.H. y Pines, A.M., “Victimization of street prostitutes”, en *Victimology: An International Journal*, N° 7, 1982, pp. 122-133) o 14 años (Weisberg, D. Kelly, *Children of the Night: A Study of Adolescent Prostitution*, Toronto, Lexington, Mass, 1985). La mayoría de estas niñas de 13 o 14 años son reclutadas o coaccionadas para entrar en la prostitución (Farley, Marissa, “Prostitution: Fact sheet on Human Rights Violations”, en *Prostitution Research & Education*, San Francisco. Citado por Rodríguez, Marcela, *op. cit.*, p. 5).

18 Gallagher, Anne, *op. cit.*, p. 323 y ss.

en todas las acciones tomadas por actores públicos o instituciones privadas de bien común, tribunales de justicia, autoridades administrativas o cuerpos legislativos.

Como sucede también con las víctimas adultas, la falta de una correcta y oportuna identificación del menor víctima de trata de personas acarreará la imposibilidad de un acceso eficaz a los derechos que como víctima le corresponden.

Frente a ello hay varios asuntos claves asociados a una correcta identificación del menor víctima de trata de personas.¹⁹ El primero es la *presunción de edad y de estatus de víctima*. Una víctima menor de 18 años puede no aparentar esa edad, portar documentos falsos, incluso no estar inscrita en el registro nacional de las personas de su país,²⁰ ante lo cual existen indicaciones de creciente aceptación para que frente a caso de duda sea tratada como si fuera menor. Así, *la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*,²¹ en su apartado segundo, parágrafo 65, señala que en caso de que la edad de una víctima de trata de personas fuera incierta y hubiera razones para suponer su minoridad, los Estados deberían darle tratamiento de niño de acuerdo con los derechos establecidos en CDN hasta que su edad sea verificada. Lo mismo establece el Convenio Europeo sobre Trata de Personas (art. 10.3), al requerir a los Estados partes realizar la misma presunción.

Finalmente, el *Manual para la protección de los derechos del niño en casos de trata de personas*, elaborado por UNICEF,²² también establece la presunción a favor de la víctima para lidiar con la incerteza.

Asimismo, cabe añadir que la misma presunción sobre la edad se traslada al estatus; en cualquier caso en que hubiere *cualquier razón* para presumir que un niño es víctima de explotación, debe así ser considerado. Así lo establece el *Manual de mejores prácticas para fuerzas policiales de la Unión Europea en la identificación de víctimas de trata de personas*.²³

¹⁹ *Ibidem*, p. 324.

²⁰ Hubo varios casos en los que víctimas de nacionalidad paraguaya halladas en situación de explotación en la Argentina no registraban en organismos públicos datos de la fecha del nacimiento. Para ello se instrumentó –o improvisó, sería más apropiado– un peritaje antropométrico para establecer aproximadamente su edad.

²¹ Disponible en <https://www.unodc.org/unodc/es/treaties/CTOC/legislative-guide.html> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2019].

²² Disponible en https://www.unicef.org/protection/Unicef_Victims_Guidelines_en.pdf [fecha de consulta: 7 de agosto de 2019].

²³ Disponible en <http://lastradainternational.org/doc-center/1222/identification-and-protection-schemes-for-victims-of-trafficking-in-persons-in-europe-tools-and-best-practices> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2019].

Como se verá más adelante en el punto 5, una incorrecta identificación del estatus de víctima de trata de personas de un adolescente de entre 16 y 18 años puede determinar su vinculación a un proceso penal y no ser tratado bajo la cláusula de exclusión penal prevista para víctimas de trata de personas. Así, el error en la identificación puede adquirir ribetes de fatalidad.

En lo que respecta a la aplicación del mejor interés del niño para la adopción de toda acción concerniente a su protección, cabe señalar que la Observación General N° 6 del Comité de Derechos del Niño consideró que su aplicación debía ser respetada durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento, y eso incluye un claro y completo análisis de su identidad, nacionalidad, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, vulnerabilidades y necesidades de protección. El análisis de su situación debe ser llevado adelante en un amigable y saludable ambiente, por profesionales calificados entrenados en técnicas de interrogación sensibles a la perspectiva etaria y de género. Pasos siguientes, como la designación de un agente tutelar competente del modo más rápido posible, sirven como procedimiento clave de salvaguarda de sus derechos.²⁴

Se ha sostenido también que, en el contexto de una situación de trata, el mejor interés del niño puede estar concretado, por ejemplo, en el derecho a mantener el contacto con ambos padres (artículo 9.3. de la CDN), el acceso a educación (artículo 28) y a su salud (artículo 24); así como, en caso de poseer capacidad para formarse una opinión propia acerca de su presente, debe tener la posibilidad de expresarla libremente y que sea tenida en cuenta (artículo 12).

5. Una práctica de explotación que necesita ser mejor interpretada e investigada

En este último punto, habré de referirme a prácticas tales como el reclutamiento de niños para la *comisión de ilícitos*, supuesto que suele pasar –indebidamente– por debajo del radar de las agencias encargadas de detectar y perseguir el delito de trata de personas y/o sus figuras penales conexas (reducción a servidumbre o trabajo forzoso).

Los casos de explotación o trata de niños a través de una organización criminal

²⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 6 “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párrs.19-22.

se ven con claridad en grupos de narcotraficantes que usan a niños/as y adolescentes como vendedores de droga (soldaditos, en la jerga), donde la finalidad de explotación consiste precisamente en eso: utilizarlos para vender o transportar (dentro o fuera del territorio, es igual) sustancias estupefacientes.

Es el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (Convenio N° 182 del año 1999 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT) el que, en su artículo 3 inciso "c", individualiza como una forma de "explotación la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes".

Por lo demás, la idea de que la realización de actividades delictivas puede ser a su vez una manera, un modo o una forma de ser explotado/a ha sido consagrada normativamente por la Directiva 36/2011 de la Comunidad Europea, que define la explotación en su artículo 2 del siguiente modo:

La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos (destacado propio).

En nuestro contexto normativo, que no contiene una definición expresa en el mismo sentido de la Directiva Europea, el uso de menores de 18 años por parte de sujetos adultos que lideran o integran organizaciones criminales que se valen de la vulnerabilidad de ese ejecutante de propia mano de acciones típicas (tales como el suministro, venta o transporte de drogas) debe ser caracterizado como una forma de explotación, si se alcanza a establecer la relación de subordinación del niño a esa cadena de mando. Pues ello sin dudas representaría ya una relación encuadrable jurídicamente en las figuras de servidumbre o trabajo forzoso, que sí aparecen expresamente estipuladas en la ley de trata argentina, como formas de explotación.

Se ha dicho que el concepto de trabajo forzoso fue definido por una Convención del siglo pasado. El artículo 2.1 del Convenio N° 29 de la OIT lo caracteriza como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente".²⁵

²⁵ OIT, C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) (entrada en vigor: 1 de mayo de 1932). Adopción: Ginebra, 14ª reunión CIT (28

Para el caso que estamos analizando, que sería el de comisión delictiva, la acepción que correspondería aplicar es la de “servicio” y no la de trabajo, por razones obvias. No obstante ello, sí puede predicarse que aquella definición sigue estando compuesta por las mismas coordenadas, que son un elemento subjetivo (la ausencia de intención o voluntad), así como un elemento objetivo que se concreta cuando la realización de un trabajo o servicio personal lo es bajo amenaza de castigo o sanción en caso de desobediencia.²⁶

En el caso de niños, niñas o adolescentes, el elemento volitivo está definitivamente en crisis en buena parte por la falta de agencia que se les reconoce a ellos en tanto menores de edad. Aquí habría un primer y fuerte argumento para sostener que el ingreso de un menor en una organización criminal para la ejecución de “servicios” delictivos es una decisión no voluntaria, por ausencia de agencia.

De hecho, no cabrían demasiadas dudas al respecto si se entiende que el trabajo infantil es una actividad prohibida por el marco jurídico internacional. Si lo es el trabajo, mucho más debe serlo un servicio ilegal.

Fíjese que el trabajo infantil es definido como “todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico”.²⁷ A nivel legislativo, la protección a la minoridad se encuentra presente en las disposiciones vertidas en la CDN (aprobada mediante Ley N° 23.849 y que goza de jerarquía constitucional), así como en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. En dicha normativa se marca tajantemente la prohibición de trabajar (artículo 32 de la CDN) y el derecho esencial a la educación (artículo 28 de la CDN), así como al libre esparcimiento (artículo 31 de la CDN), derechos que deben ser garantizados por el Estado a través de los distintos órganos de asistencia. Desde esta perspectiva, toda inclusión de un niño, niña o adolescente en una actividad delictiva organizada que lo utiliza como fuerza de servicio debería predicarse como involuntaria por contraria a la capacidad o agencia del menor de consentirla.

En caso de no compartirse esta primera observación, y pasando al análisis del objetivo de la definición de trabajo forzoso, debe tenerse en cuenta que la natu-

de junio de 1930), artículo 2.1.

²⁶ Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, 2005, p. 150.

²⁷ Rus, Andrea y Salas, Ana M., “Trabajo Infantil: un punto de partida en la tipificación de los delitos sociales”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Año I, N° 2, Infojus.

raleza del tipo de “amenaza de castigo o sanción” bajo la cual el menor presta el “servicio” consiste en la presencia real y actual de una intimidación, y que esta puede asumir distintas formas y graduaciones conforme lo ha dicho también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil”.²⁸ Desde ese prisma, cualquier coerción, inevitablemente presente en estos circuitos de narco delincuencia u organizaciones delictivas, transformaría la precaria y condicionada voluntad de un menor de 18 años para participar de esa actividad en una relación de servicio forzoso.

Desde otra perspectiva, incluso, la propia OIT ha avanzado en la consideración de algunas situaciones enmarcadas en la prestación de servicios que son equiparables a la figura de “trabajo forzoso”, en donde aquel componente coercitivo de la relación lo constituiría la forma en que se paga un salario. O, mejor dicho, en que no se paga el servicio.

El Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso de 1957 de la OIT, no obstante reafirma la definición del Convenio de 1929, al tomar nota de las pautas establecidas en el Convenio sobre la protección del salario de 1949, prescribe que el salario debe pagarse en “intervalos regulares, prohibiendo todo sistema de retribución que prive al trabajador (en nuestro caso debe leerse como prestador de un servicio) de la posibilidad ‘real’ de poner término a su empleo (en nuestro caso servicio, una vez más)”.

Estos modos más sutiles, y más eficaces,²⁹ de colocar a las personas bajo trabajo forzoso también son advertidos luego en el *Manual para Combatir el Trabajo Forzoso y la Trata de Personas*, de la OIT.

Este documento dice que habrá una relación de *trabajo forzoso* donde exista una *coerción en el pago de salarios, incluida la servidumbre por deudas y el trabajo en régimen de servidumbre*, y llama expresamente a tener en cuenta las siguientes circunstancias: Que a) Los salarios se paguen regularmente, prohibiendo aquellos métodos de pago que privan a los trabajadores de la auténtica posibilidad de poner término al empleo; b) No se utilice el pago “en especies” en forma de bie-

²⁸ Corte IDH, “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde Vs. Brasil”, 20 de octubre de 2016, párrs. 292-293.

²⁹ Se ha sostenido que toda relación de poder que refleje asimetrías profundas entre sus partes se asienta sobre distintas facetas diferenciales conceptualmente. Un aspecto social, que implica el uso o la amenaza de uso de la violencia como última ratio. Un aspecto psicológico, que implica la eficacia de la influencia, la capacidad de la parte dominadora de “persuadir”. Puesto que la imposición de esa voluntad no tiene que expresarse siempre en forma coercitiva, violenta o forzada; y nadie puede, por más poder que tenga, dominar todo el tiempo solamente mediante la coerción, sino que requiere también el consenso. Ampliar en Gruner, Eduardo, *La oscuridad y las luces. Capitalismo, cultura y revolución*, Buenos Aires, Edhasa, 2010, p. 113 y ss. Con cita de Maquiavelo.

nes o servicios para evitar que se cree un estado de dependencia del trabajador respecto al empleador, entre otras variables.

Estos dos aspectos emergen como importantísimos en los casos de utilización de menores para la venta al menudeo de drogas, en donde es una quimera la posibilidad que muchos de ellos tienen de realmente “poner término a ese servicio”, y la corriente práctica de que su servicio nunca es pagado sino deducido de la entrega de droga (en especie) para su consumo en el marco de adicciones avanzadas.

Por otro lado, esta interpretación más dinámica del concepto de trabajo forzoso, que debería aplicárseles a aquellos menores imputables por la comisión de delitos, ya pisa el territorio de la otra forma de explotación prevista en la Ley N° 26.842, que es la de servidumbre. Esta no tiene una Convención internacional que la defina conceptualmente. Antes bien, la referida Convención Suplementaria para la Abolición de la Esclavitud, Trata de Seres Humanos y sus Prácticas e Instituciones Análogas de 1956³⁰ brindó un catálogo de prácticas similares a la esclavitud que identificó como “condición de estado servil”.³¹ Una revisión sobre los más relevantes instrumentos internacionales que así lo sostienen parece confirmar que la servidumbre es distinta y más amplia que esclavitud, y está referida a “toda forma concebible de dominación y degradación de seres humanos por seres humanos”.³² Definición que también aplica sin fisuras para los casos de utilización de menores en la realización de actividades delictivas. Hay dominación y hay degradación.

Por eso es tan importante el encuadre de una investigación bajo un prisma más amplio y representativo de los que habitualmente traen los casos de narcoactividades y otras actividades ilegales que tienen a menores de 18 años como posibles imputados. Pues es imprescindible colocar en el radar de una investigación judicial a todos los posibles actores involucrados en la película de la cual el último acto (supongamos, el transporte de la droga) es en general exacta y solamente eso: un último y recortado episodio cuya historia precisa ser develada, y de eso nos tenemos que encargar los responsables de la aplicación de la ley.

30 Aprobada por la República Argentina por Decreto Ley N° 7.672/63 del 13 de septiembre de 1963. Ratificada por el Gobierno argentino el 13 de agosto de 1964.

31 Art. 7(b).

32 Bossuyt, Marc J., *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987. p. 167 y Nowak, op. cit., pp. 199-201. Citados en UNODC, *Issue Paper, The concept of “exploitation” in the Trafficking in persons Protocol*, 2015. Disponible en https://www.unodc.org/documents/congress/backgroundinformation/Human_Trafficking/UNODC_2015_Issue_Paper_Exploitation.pdf [fecha de consulta: 10 de agosto de 2019].

Comparto, por eso, la mirada de Gabriel Anitua³³ acerca de que las investigaciones penales deben orientarse a desentrañar las circunstancias previas que llevaron a esa persona a involucrarse en una actividad de contrabando o comercio de estupefacientes:

Y ello porque en este tipo de casos la pesquisa judicial se debería orientar a desentrañar la totalidad del proceso que atravesaron las “mulitas” o encargados del envío, tal como se recomienda frente a posibles situaciones de trata de personas con otros fines de explotación. Así, se debería indagar sobre quiénes y cómo contactaron a las “mulas” en su lugar de origen, cuál fue el ofrecimiento que realizaron, quién afrontó los gastos de viaje al lugar de destino, cómo fue realizado el traslado, quiénes las acompañaron, qué posibilidades reales tenían de negarse a transportar los estupefacientes o de retracarse; es decir, es preciso profundizar la investigación sobre toda la cadena.

Por otro lado, si se admite la posibilidad que sugiero, su consecuencia resulta inmensamente positiva, además de justa, por caso para un adolescente de entre 16 y 18 años que cometiera aquel acto de comercio de drogas y cuya punibilidad pudiera abarcarlo pues su caso estaría directamente alcanzado por la excusa absoluta para las víctimas de trata que se encuentra prevista en el artículo 5 de la ley de trata de personas (Ley N° 26.364 reformada por Ley N° 26.842), que establece la no punibilidad en estos términos:

Las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.

Conforme los fundamentos de la Ley N° 26.364, mantenidos por la Ley N° 26.842, lo que se ha querido es

... garantizar la asistencia a las víctimas e impedir toda práctica que provoque que las mismas sean tratadas como infractoras. Es por ello que el artículo 5to. del dictamen establece el principio de la no punibilidad de las víctimas por la comisión de *cualquier delito* que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata, y asimismo, establece que no les serán aplicables las sanciones

³³ Anitua, Gabriel, “Se trata de no criminalizar a las víctimas”, en Ministerio Público de la Defensa, *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos*, 2013, p. 33.

o impedimentos contenidos en la legislación migratoria.³⁴

La letra de la norma es ciertamente amplia; para aplicar esta exigente bastaría con que la víctima haya cometido “cualquier delito”, cualquiera sea su naturaleza y, que este haya sido cometido por aquella como resultado de ser “objeto del delito de trata”, esto es, por su condición de víctima. Según los fundamentos citados, su operatividad parecería querer abarcar entonces aquellos delitos que pueda haber cometido la víctima de manera prácticamente *concomitante* y/o inmediatamente *condicionada* por la situación de sometimiento que sufrió precisamente como producto de ser objeto de trata.

El fundamento internacional de esta norma no surge del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, sino del artículo 10 de la Ley modelo contra la trata de personas elaborada por la UNODC,³⁵ y de algunas directrices, tales como Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas, elaborados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que contienen consideraciones expresas sobre la exención de responsabilidad de las personas objeto de trata. El principio 7, recomendado en este último instrumento relativo a la protección y la asistencia, dispone lo siguiente:

Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de víctimas.

Además, la directriz 8 recomienda que los Estados *se cercioren* de que “las víctimas de la trata de niños no sean objeto de procedimientos o acciones penales por delitos relacionados con su situación de víctimas”.

Este último precepto potencia la obligación de promover investigaciones judiciales omnicomprendivas del fenómeno criminal que puede aparecer revelado por un acto aislado; por caso, la venta o transporte de drogas por parte de niños, niñas o adolescentes.

34 Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Comisión de Justicia y Asuntos Penales, Sesiones ordinarias de 2006, Orden del día nro. 1319, impreso el 30 de noviembre de 2006. El resaltado es propio.

35 La Ley modelo contra la trata de personas se creó atendiendo una petición de la Asamblea General al Secretario General de que promoviera y facilitara las actividades de los Estados miembros para adherirse a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. Se elaboró, en particular, para ayudar a los Estados a poner en práctica las disposiciones del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 37

El art. 37 de la CDN en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Carlos Bigalli¹

Daniela Bianchi²

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Secretaria Letrada, Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1, CABA.

ARTÍCULO 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.³

1. El enunciado normativo establece una clara conexión entre las prohibiciones.⁴

2. La prohibición de tortura⁵ y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, pertenece al *ius cogens*,⁶ se halla consagrada en tratados universales⁷ y regionales⁸ y es absoluta.⁹

3. La prohibición de imposición de la pena de muerte a personas que al tiempo de la comisión del delito tuvieren menos de 18 años de edad pertenece al *ius cogens*.¹⁰

4. Las violaciones de derechos humanos de las que son víctimas personas menores de edad son particularmente graves.¹¹

5. La violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o

3 En sentido concordante, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), art. 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), art. 4.5; Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), art. 6; y Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), regla 17.2.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", 14 de mayo de 2013.

5 La tortura ha sido definida en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

6 Corte IDH, "Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala", 27 de noviembre de 2003; "Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú", 20 de noviembre de 2014; y "Caso López Soto y otros Vs. Venezuela", 26 de septiembre de 2018.

7 PIDCP, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

8 CADH, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos).

9 Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 3; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 2; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 5, y CADH, art. 27.2.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), Informe 3/87, Caso 9.647, 22 de septiembre de 1987.

11 Corte IDH, "Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", 19 de noviembre de 1999; "Caso Bulacio Vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003; "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú", 8 de julio de 2004; y "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", 8 de septiembre de 2005.

degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta.¹²

6. La tortura puede ser perpetrada tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo.¹³

7. La calificación de penas o tratos crueles inhumanos o degradantes debe considerar, necesariamente, la condición de personas menores de edad de las víctimas.¹⁴

8. El Comité contra la Tortura¹⁵ ha señalado la particular situación en que se hallan las mujeres, quienes corren el riesgo de sufrir torturas en el contexto de un tratamiento médico, particularmente en el caso de decisiones relacionadas con la reproducción.

9. La CIDH¹⁶ ha señalado que las personas menores de edad lesbianas, gays, bisexuales, trans o intersex, o percibidas como tales, enfrentan estigmatización, discriminación y violencia por su orientación sexual o identidad de género, reales o percibidas, o porque sus cuerpos difieren de las definiciones típicas de cuerpos femeninos y masculinos.

10. La Corte IDH¹⁷ afirmó que los Estados están obligados a tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección de las personas menores de edad contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

11. Violan la prohibición de tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes, verbigracia, (a) las sanciones que puedan poner en peligro la salud física o psíquica o el bienestar de la persona menor de edad (reclusión en celda oscura, aisla-

12 Corte IDH, "Caso Loayza Tamayo Vs. Perú", 17 de septiembre de 1997; "Caso Familia Barrios Vs. Venezuela", 24 de noviembre de 2011; "Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela", 8 de febrero de 2018; y "Caso López Soto y otros Vs. Venezuela", *op. cit.*

13 Corte IDH, "Caso Cantoral Benavides Vs. Perú", 18 de agosto de 2000; "Caso Baldeón García Vs. Perú", 6 de abril de 2006; "Caso Rosendo Cantú Vs. México", 31 de agosto de 2010; y "Caso López Soto y otros Vs. Venezuela", *op. cit.*

14 Corte IDH, "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú", *op. cit.*

15 Observación General N° 2 "Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes", CAT/C/GC/2 24 de enero de 2008.

16 Informe *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015; e Informe *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, OAS/Ser.L/V/II.170 Doc. 184, 7 de diciembre de 2018.

17 Opinión Consultiva N° 17 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28 de agosto de 2002.

miento en celda solitaria);¹⁸ (b) la violación sexual;¹⁹ (c) la atención médica deficiente de una persona privada de la libertad;²⁰ (d) las penas corporales;²¹ (e) los castigos corporales o severos;²² (f) las sanciones colectivas;²³ (g) la imposición de trabajo forzoso;²⁴ (h) la omisión estatal de garantizar a una joven la realización de un aborto terapéutico;²⁵ (i) el tratamiento médico de carácter invasivo e irreversible, sin finalidad terapéutica, efectuado sin el consentimiento libre e informado;²⁶ (j) la omisión estatal de garantizar a una joven víctima de violación la realización de un aborto;²⁷ (k) las penas radicalmente desproporcionadas;²⁸ (l) la omisión estatal de garantizar el acceso a medicamentos para aliviar el dolor;²⁹ (II) la internación psiquiátrica involuntaria que resulte inadecuada o innecesaria;³⁰ (m) la esterilización involuntaria;³¹ (n) mantener a la persona detenida en condiciones que la priven, temporal o permanentemente, del uso de uno de sus sentidos, como la vista o la audición, o de su conciencia del lugar o del transcurso del tiempo.³²

12. Los Estados son responsables de los actos u omisiones de sus funcionarios

18 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10 "Los derechos del niño en la justicia de menores", CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007; y Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Res. 45/113), regla 67.

19 Corte IDH, "Caso Fernández Ortega y otros Vs. México", 30 de agosto de 2010; "Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México", *op. cit.*; "Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala", 4 de septiembre de 2012; "Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil", 16 de febrero de 2017; y "Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México", 28 de noviembre de 2018

20 Corte IDH, "Caso Cantoral Benavides Vs. Perú", *op. cit.*; y "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.*

21 Reglas de Beijing, regla 17.3; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, regla 67; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal (Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social), directriz 18; Corte IDH, "Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago", 11 de marzo de 2005.

22 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, regla 67; y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), directrices 21.h y 54.

23 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, regla 67.

24 *Ibidem*.

25 Comité de Derechos Humanos, Comunicación N°1153/2003, "K.N.L.H. c. Perú", 24 de octubre de 2005.

26 "Informe del Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013.

27 Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1608/2007, "L.M.R. c. Argentina", 29 de marzo de 2011.

28 Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", *op. cit.* Ver también Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*

29 Declaración conjunta de los Relatores Especiales de la ONU sobre el derecho a la salud y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2008.

30 "Informe del Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes", *op. cit.*

31 Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General N° 19 "La violencia contra la mujer", 29 de enero de 1992; y Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28 "La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)", HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 29 de marzo de 2000.

32 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Asamblea General ONU, resolución 43/73, 9 de diciembre de 1988), principio 6.

y otras personas; por ejemplo, agentes, contratistas privados y demás personas que actúan a título oficial o en nombre del Estado, en colaboración con este, bajo su jurisdicción y control o de cualquier otra forma al amparo de la ley (cárceles, hospitales, escuelas, instituciones que atienden a personas menores de edad, enfermos mentales o personas con discapacidades y situaciones en que la pasividad del Estado propicia y aumenta el riesgo de daños causados por particulares).³³

13. La Corte IDH ha sostenido que la tortura puede ser infligida por particulares³⁴ –sin la participación de funcionarios públicos– en razón de que, de las convenciones, internacional e interamericana, contra la tortura no surge como elemento constitutivo que el acto deba ser cometido por un funcionario público.³⁵

14. El Estado tiene el deber de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad, garantizando que la privación de libertad no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a ella.³⁶

15. Frente a personas menores de edad privadas de la libertad, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad y tomar medidas especiales orientadas por el principio del interés superior.³⁷

16. La declaración obtenida bajo tortura, sea auto inculpatoria o que inculpe a terceros, no puede ser utilizada válidamente como prueba de cargo;³⁸ la exclusión de pruebas obtenidas mediante coacción tiene carácter absoluto e inderogable.³⁹

17. Los Estados deben investigar, castigar y prevenir, prestando especial atención a la responsabilidad jurídica tanto de los autores directos como de los funciona-

33 Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, *op. cit.* Ver también Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 87.a; Reglas Mandela, reglas 32.d y 34; y Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, principio 2.

34 Corte IDH, "Caso López Soto y otros Vs. Venezuela", *op. cit.*

35 Sí lo establece el art. 1 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

36 Corte IDH, "Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay", 2 de septiembre de 2004; "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.*; y "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", *op. cit.*

37 Corte IDH, "Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", *op. cit.*; "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.*; "Caso Servellón García y otros Vs. Honduras", 21 de septiembre de 2006; y "Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala", *op. cit.*

38 Corte IDH, "Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú", 21 de octubre de 2016. En sentido concordante, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 27; y CIDH, Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Documento aprobado en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008), principio V.

39 Corte IDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México", 26 de noviembre de 2010; "Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México", 26 de noviembre de 2013; y "Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú", *op. cit.*

rios que constituyen la cadena jerárquica, ya sea por instigación, consentimiento o aquiescencia.⁴⁰ La obligación estatal de investigar debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.⁴¹ La investigación debe ser seria, objetiva y efectiva.⁴² El Estado debe prever (i) una instancia independiente de monitoreo; y (ii) mecanismos que permitan a las personas menores de edad la presentación de quejas y denuncias en un entorno seguro e incluso de forma anónima, que garanticen el derecho a presentar denuncias sin sufrir tipo alguno de represalia.⁴³

18. El criterio explícito de la prohibición de las penas capital y privativa de la libertad perpetua es la edad de la persona al momento de la comisión del delito, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena.⁴⁴

19. La pena privativa de la libertad perpetua es desproporcionada, no cumple con el fin de reintegración social, no implica una privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permite la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de las personas menores de edad.⁴⁵

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.⁴⁶ La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.⁴⁷

40 Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, op. cit.; y Principios Relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul), principios 2, 3.a, 3.b, 4, 5.a y 5.b.

41 Corte IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", 29 de julio de 1988; "Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México", 28 de noviembre de 2018; y "Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay", 13 de mayo de 2019.

42 Corte IDH, "Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras", 7 de junio de 2003; "Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia", 21 de noviembre de 2018; y "Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay", op. cit. En sentido concordante, en relación con actos ocurridos en centros de detención, ver Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio XXIII.3.

43 CIDH, Informe *Justicia juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.LJ/VIII Doc. 78, 13 de julio de 2011.

44 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, op. cit. En sentido expreso, CADH, art. 4.5.

45 Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", op. cit.

46 En sentido concordante, PIDCP, art. 9.1; y CADH, art. 7, numerales 1 y 2.

47 En sentido concordante, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), regla 6; Reglas de Beijing, reglas 13.1, 17.1.b y 19.1; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 2 y 17; Directrices de Acción sobre el Niño en el sistema de justicia penal, directriz 18; Reglas Mandela, observación preliminar 4.2; y Principios y

20. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad⁴⁸ establecen que por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.⁴⁹

21. Una detención –o “demora”– por un período breve, así sea con meros fines de identificación, constituye privación de la libertad.⁵⁰

22. La privación de la libertad es ilegal cuando no ha sido llevada a cabo de conformidad con la ley.⁵¹

23. El concepto de arbitrariedad tiene un contenido jurídico propio que incluye elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.⁵²

24. La privación de libertad es arbitraria, verbigracia, (a) si, siendo preventiva, su justificación no se reevalúa periódicamente;⁵³ (b) si no se encuentra fundada en la individualización de una conducta punible;⁵⁴ (c) si es producto de una razia o detenciones programadas y colectivas de personas sin causa legal;⁵⁵ (d) si se funda en motivos discriminatorios⁵⁶ (verbigracia, de orientación sexual o identi-

Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio III, numerales 1 y 2.

48 Asamblea General de la ONU, Res. 45/113, 14 de diciembre de 1990, regla 11.b.

49 La CIDH, en Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, define la privación de la libertad como cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean estas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas (disposición general).

50 Corte IDH, “Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina”, 26 de agosto de 2011; y “Caso Familia Barrios Vs. Venezuela”, *op. cit.*

51 Corte IDH, “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador”, 21 de noviembre de 2007; “Caso Servellón García y otros Vs. Honduras”, *op. cit.*; y “Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela”, 27 de agosto de 2014.

52 Corte IDH, “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador”, *op. cit.*; “Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica”, 25 de abril de 2018; y “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México”, *op. cit.*

53 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35 “Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)”, CCRP/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014.

54 Corte IDH, “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana”, 28 de agosto de 2014.

55 Corte IDH, “Caso Bulacio Vs. Argentina”, *op. cit.*

56 Corte IDH, “Caso Servellón García y otros Vs. Honduras”, *op. cit.* Ver también Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35, *op. cit.*

dad de género);⁵⁷ (e) si la decisión jurisdiccional que la dispone no contiene una motivación suficiente;⁵⁸ (f) si constituye una respuesta estatal al ejercicio legítimo de derechos;⁵⁹ (g) si el trato que recibe la persona privada de la libertad no se corresponde con su presunta finalidad;⁶⁰ (h) si carece de control judicial.⁶¹

25. La prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable, no susceptible de suspensión.⁶²

26. La prisión preventiva es la medida más severa que puede aplicarse a una persona imputada de la comisión de un delito, por lo que debe tener un carácter excepcional.⁶³ En caso de personas menores de edad, la regla de la excepcionalidad debe ser aplicada con mayor rigurosidad, ya que la norma prevaleciente debe ser la que impone la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva,⁶⁴ pues el derecho a la libertad no puede deslindarse del interés superior, que requiere la adopción de medidas especiales para su protección.⁶⁵

27. La Corte IDH⁶⁶ –interpretando el art. 7 de la CADH– ha sostenido que la medida privativa de la libertad de una persona sometida a proceso debe respetar,

57 Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

58 Corte IDH, "Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú", 25 de noviembre de 2005; "Caso Amrhein Vs. Costa Rica", *op. cit.*; y "Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México", *op. cit.* Sobre los requisitos de fundamentación de decisiones sobre asuntos concernientes a personas menores de edad y a que su interés superior sea evaluado y constituya una consideración primordial, ver Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)", CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

59 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35, *op. cit.*

60 *Ibidem*.

61 Corte IDH, "Caso de los Hermanos Gómez Paquiayauri Vs. Perú", *op. cit.*; y "Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana", *op. cit.*

62 Corte IDH, "Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú", 26 de noviembre de 2013; "Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia", 14 de noviembre de 2014; y "Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México", *op. cit.*

63 Corte IDH, "Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador", 12 de noviembre de 1997; "Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay", *op. cit.*; "Caso Tibi Vs. Ecuador", 7 de septiembre de 2004; "Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador", 24 de junio de 2005; "Caso Bayarri Vs. Argentina", 30 de octubre de 2008, y "Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México", *op. cit.* Las Reglas de Tokio establecen que en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso y que las medidas sustitutivas se aplicarán lo antes posible (reglas 1.5, 6 y 6.2). En sentido concordante, Reglas de Bangkok, reglas 56 y 58; y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio III.

64 Reglas de Beijing, reglas 13.1 y 13.2. En las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), se indica que deberá evitarse la privación de la libertad de niñas, teniendo en consideración la vulnerabilidad que presentan por razón de su género (regla 65).

65 Corte IDH, "Caso del "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay", *op. cit.*

66 "Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú" *op. cit.*; "Caso Amrhein Vs. Costa Rica" *op. cit.*; y "Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México", *op. cit.*

en el caso concreto, los siguientes requisitos: (i) que tenga por finalidad asegurar que la persona imputada no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; (ii) que sea idónea para cumplir con el fin perseguido; (iii) que sea necesaria (absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una menos gravosa para alcanzar ese objetivo); y (iv) que resulte estrictamente proporcional (el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no debe ser exagerado frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida). Asimismo, ha sostenido que (a) la decisión jurisdiccional que impone la prisión preventiva debe fundar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria;⁶⁷ (b) el peligro procesal que puede motivarla no se presume, sino que debe verificarse en el caso concreto;⁶⁸ (c) debe tener un límite temporal razonable, superado el cual debe cesar, aunque subsistan los motivos para mantenerla;⁶⁹ (d) la decisión jurisdiccional debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción;⁷⁰ y (e) la agencia judicial tiene la obligación de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que la persona imputada se encuentre privada de la libertad.⁷¹

28. En la decisión jurisdiccional que revisa la subsistencia de los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva de personas menores de edad, deberán expresarse las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con la persona imputada en libertad.⁷²

67 "Caso Servellón García y otros Vs. Honduras", *op. cit.* En sentido concordante, Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio III.2.

68 "Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela", 17 de noviembre de 2009; "Caso Wong Ho Wing Vs. Perú", 30 de junio de 2015; y "Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México", *op. cit.*

69 Corte IDH, "Caso Bayarri Vs. Argentina", *op. cit.*; "Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela", *op. cit.*; y "Caso Argüelles y otros Vs. Argentina", 20 de noviembre de 2014.

70 Corte IDH, "Caso Bayarri Vs. Argentina", *op. cit.*; "Caso J. Vs. Perú", 27 de noviembre de 2013; y "Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México", *op. cit.*

71 Corte IDH, "Caso Bayarri Vs. Argentina", *op. cit.*; "Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela", *op. cit.*; y "Caso Argüelles y otros Vs. Argentina", *op. cit.* En sentido concordante, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establecen que los tribunales y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de los casos en que se recurra a la prisión preventiva, a fin de que la detención sea lo más breve posible (regla 17).

72 CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

29. Considerando que la prisión preventiva afecta de manera diferenciada y desproporcionada a las personas pertenecientes a grupos en situación de riesgo, los Estados deben adoptar medidas especiales teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad particulares y los factores que pueden incrementar el riesgo de actos de violencia y discriminación en el contexto de la prisión preventiva, como edad, orientación sexual, identidad y expresión de género.⁷³

30. El Comité de Derechos del Niño⁷⁴ ha afirmado que la duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico, y ha recomendado que los Estados velen por que se ponga en libertad, lo antes posible, a las personas menores de edad que se encuentren en prisión preventiva, a reserva de ciertas condiciones si fuera necesario.⁷⁵

31. La CIDH⁷⁶ considera valioso que los Estados establezcan un plazo máximo de duración de la prisión preventiva, razonablemente breve e improrrogable, y que su vencimiento implique la inmediata libertad de la persona menor de edad.

32. La posibilidad de imponer a personas menores de edad sanciones penales previstas para adultos resulta contraria al principio de proporcionalidad de la sanción.⁷⁷

33. Las penas privativas de la libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho en forma absoluta no deben ser aplicadas a las personas menores de edad.⁷⁸

34. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a una persona menor de edad debe ser objeto de revisión periódica; si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su privación de libertad, es deber de los Estados ponerla en libertad (aun cuando no haya cumplido la pena establecida en el caso concreto); los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada.⁷⁹ La posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico.⁸⁰

⁷³ CIDH, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.LJ/VIII.163 Doc. 105, 3 de julio de 2017.

⁷⁴ Observación General N° 10, *op. cit.*

⁷⁵ En sentido concordante, PIDCP, art. 9.3; CADH, art. 7.5; y Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 39.

⁷⁶ CIDH, *Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

⁷⁷ Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", *op. cit.*

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.* En sentido concordante, Reglas de Beijing, reglas 17.4, 18, y 28.1; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 2 y 79; Reglas de Tokio, regla 9.4; y Reglas de Bangkok, regla 63.

⁸⁰ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*

35. La Corte IDH⁸¹ estima como condiciones mínimas que el Estado debe garantizar a las personas menores de edad que, como medida de último recurso, sean detenidas, que (i) sean debidamente identificadas, se determine su condición de menor de edad y las medidas de protección especial aplicables; (ii) sean presentadas inmediatamente ante el órgano jurisdiccional competente;⁸² (iii) se notifique lo antes posible a sus padres o tutores y tomen contacto con sus familiares,⁸³ y (iv) tengan acceso inmediato a la asistencia jurídica.

36. La Corte IDH⁸⁴ ha precisado que debe existir un registro que permita controlar la legalidad de las detenciones. Dicho registro deberá contener, entre otros datos, la identificación de la persona menor de edad, los motivos de la detención, las constancias de la notificación a la autoridad competente y a los representantes legales y defensores, las visitas que estos hubieren hecho a la persona detenida, el día y hora de ingreso y de liberación, información a la persona menor de edad detenida y a otras personas acerca de los derechos y garantías que le asisten, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados y horario de alimentación. La persona detenida debe consignar su firma y, en caso de negativa, debe indicarse el motivo; su defensa debe tener acceso a este expediente.

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.⁸⁵

81 "Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela", *op. cit.*

82 En sentido concordante, Reglas de Beijing, regla 10.2.

83 En sentido concordante, Reglas de Beijing, regla 10.1; y Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 16.1 y 16.3.

84 "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.* En sentido concordante, ver Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 21; Reglas Mandela, regla 7; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 12; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio IX.

85 En sentido concordante, PIDCP, art. 10.3, CADH, art. 5.5; Reglas de Beijing, reglas 13.3, 13.4, 13.5, 26.1, 26.2, 26.3, 26.4, 26.5 y 27; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 8, 12, 13, 17, 18, 22, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 58, 59, 60, 61, 62, 65 y 87.k; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 20; Reglas de Tokio, regla 9; Reglas Mandela, reglas 1, 3, 5, 11, 36, 68 y 73; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 1 y 8; Reglas de Bangkok, reglas 1 y 56; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principios VIII y IX.

37. El Comité de Derechos Humanos⁸⁶ –interpretando el art. 10.1 del PIDCP– afirma que se trata de una norma fundamental, de aplicación universal, que impone a los Estados una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de privadas de la libertad, que complementa la prohibición de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y que resulta aplicable a todas las personas privadas de la libertad en virtud de las leyes y autoridad del Estado e internadas en prisiones, hospitales, en particular hospitales psiquiátricos, campos de detención, instituciones correccionales o en otras partes.

38. La forma en que se trata a una persona detenida debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquella, función estatal de garantía que reviste particular importancia cuando la persona detenida es menor de edad.⁸⁷

39. Los Estados deben garantizar los derechos humanos de todas las personas menores de edad privadas de su libertad y, además, tienen la obligación de desarrollar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos deteriorantes de la privación de libertad.⁸⁸

40. Los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y no respeten la dignidad del ser humano.⁸⁹

41. El Comité de Derechos del Niño⁹⁰ sostiene que en todos los casos de privación de libertad son aplicables, entre otros, los siguientes principios y normas: (i) el medio físico y los locales deben responder a la finalidad de rehabilitación de la persona, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad,⁹¹

86 Observación General N° 35, *op. cit.*

87 Corte IDH, "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.*

88 Comisión IDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.* En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 13; y Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reglas 57 y 60.

89 Corte IDH, "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela", 5 de julio de 2006; "Caso Vélez Loor Vs. Panamá", 23 de noviembre de 2010; "Caso Díaz Peña Vs. Venezuela", 26 de junio de 2012, y "Medidas Provisionales respecto de Brasil, Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho", 31 de agosto de 2017; y CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

90 Observación General N° 10, *op. cit.*

91 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 31, 32, 33, 34 y 35; Reglas Mandela, reglas 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21; Reglas de Bangkok, regla 5; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principios XI, XII y XVII. La Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados a fijar una capacidad máxima para todos los lugares de detención y a adoptar medidas concretas y sostenidas para hacer frente al hacinamiento en esas instituciones y reducirlo (Res. 69/194, "Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal", aprobada el 18 de diciembre de 2014). Al respecto, la CIDH afirmó que deben existir instalaciones adecuadas para alojar a personas menores de edad con capacidades físicas especiales, como así

de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento;⁹² (ii) la persona en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades, y destinada a prepararla para su reinserción en la sociedad y a recibir formación que lo prepare para un trabajo futuro;⁹³ (iii) la persona tiene derecho a ser examinada por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de privación de libertad⁹⁴ y a recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad;⁹⁵ (iv) deben fomentarse y facilitarse contactos frecuentes de la persona menor de edad con la comunidad en general, en particular comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia;⁹⁶ (v) solo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando la persona represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control;⁹⁷ (vi) el uso de coerción o de la fuerza, incluso la coerción física, mecánica y

también programas de prevención de situaciones críticas (Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, op. cit.*); en sentido concordante, Reglas Mandela, regla 5.2.

92 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 18.c y 47; y Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 21.

93 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 18.b, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 46; Reglas de Bangkok, regla 37; Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principios XIII y XIV; y CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, op. cit.*

94 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 21 y 50; Reglas Mandela, reglas 30 y 32; y Corte IDH, "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.*

95 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 49, 51, 52, 53, 54 y 55; y Reglas Mandela, reglas 24, 25, 26, 27 y 28.

96 Agregó que, para facilitar las visitas, se deberá alojar a la persona menor de edad privada de la libertad en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia y que las circunstancias excepcionales en que pueda limitarse ese contacto deberán estar claramente establecidas en la ley y no quedar a la discreción de las autoridades. En sentido concordante, Reglas Mandela, reglas 58, 59, 60, 61 y 65.3; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 20; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 36, 58, 59, 60, 61, 62; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 19 y 20; Reglas de Bangkok, reglas 2, 4, 26, 27, 28, 43, 44, 45, 49, 50 y 52; Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio XVIII; y CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, op. cit.*

97 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 63, 64 y 65, que prohíbe la portación y empleo de armas por el personal de los centros que alojen a personas menores de edad; Res. 69/194, "Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal", *op. cit.*, que, además, instó a los Estados a prohibir la utilización de todo tipo de violencia o amenaza de violencia por parte del personal de los centros de detención contra estas para obligarlas a realizar determinadas actividades contra su voluntad; Reglas de Bangkok, regla 24, que prohíbe la utilización de medios de coerción sobre mujeres que estén por dar a luz, durante el parto y en el período inmediato posterior; y Reglas Mandela, reglas 48.2 y 47, que prohíben el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que, por su naturaleza, sean degradantes o causen dolor.

médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología;⁹⁸ (vii) nunca se hará uso de esos medios como castigo;⁹⁹ (viii) toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad personal;¹⁰⁰ (ix) la persona menor de edad detenida tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente y a ser informada sin demora de la respuesta; y debe tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente;¹⁰¹ (x) deberá facultarse a inspectores calificados e independientes para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciativa; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con las personas menores de edad en condiciones de confidencialidad.¹⁰²

42. La CIDH afirma que: (a) la ley debe prohibir, en toda circunstancia, la incomunicación coactiva de personas privadas de libertad;¹⁰³ (b) deben existir criterios de clasificación para garantizar los derechos de las personas menores de edad detenidas y prevenir posibles daños y violencia; entre ellos, que las personas menores de edad detenidas deben estar separadas de las adultas, las que se encuentran bajo prisión preventiva deben estar separadas de las condenadas, y las niñas, de los niños,¹⁰⁴ y agrega otros criterios como la edad, la personalidad y la gravedad

98 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 64; y Reglas Mandela, reglas 32.d y 34. Ver también "Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes" (Res. 37/194, 18 de diciembre de 1982), principios 4.b y 5.

99 En sentido concordante, Reglas Mandela, regla 43.2.

100 Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad contienen normas vinculadas con los requisitos que debe observar el reglamento disciplinario de los lugares de detención, así como los procedimientos que se establezcan para la aplicación de sanciones, las garantías que asisten a las personas menores de edad privadas de la libertad frente a la administración y la posibilidad de obtener una revisión judicial de estas. Entre otras prácticas, prohíbe establecer como sanciones todas las medidas que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, el encierro en celda oscura y el aislamiento. Tampoco podrán establecerse como sanciones disciplinarias la reducción de alimentos, la restricción o denegación del contacto con familiares, el trabajo forzoso y los castigos colectivos (reglas 19, 24, 25, 66, 67, 68, 69 y 70). En sentido concordante, Reglas Mandela, reglas 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44 y 45.2; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 30; Reglas de Bangkok, regla 23; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio XXII.

101 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 19, 24, 25, 70, 75, 76, 78; Reglas Mandela, reglas 41.2, 41.3, 54, 55, 56 y 57; y Reglas de Bangkok, regla 25.

102 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 72, 73 y 74; Reglas Mandela, reglas 83 y 84; Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directrices 21 y 22; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 29; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio XXIV.

103 Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit. En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 67; Reglas Mandela, regla 45.2; Reglas de Bangkok, regla 22; y Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, principio XXII. 3.

104 En sentido concordante, Reglas de Beijing, reglas 26.3 y 26.4; Reglas Mandela, regla 11; y Reglas de las Naciones Unidas para la protección

de la infracción;¹⁰⁵ (c) las personas menores de edad deben ser informadas de sus derechos y recibir toda la información relativa a los reglamentos que rigen en cada centro de detención al momento de su ingreso;¹⁰⁶ (d) el derecho a la alimentación adecuada y suficiente adquiere una relevancia fundamental en razón de su condición de sujetos en desarrollo;¹⁰⁷ y (e) para garantizar el derecho al más alto nivel posible de salud, los centros de detención deben contar con programas de salud preventiva y educación sanitaria, programas especiales de salud sexual y reproductiva, salud bucal, prevención del VIH-SIDA, salud mental, tratamientos para personas menores de edad dependientes de sustancias psicoactivas, programas especiales para prevenir el suicidio y servicios especializados necesarios para las niñas, particularmente en lo que se refiere a salud sexual,¹⁰⁸ entre otros, así como con recursos humanos, insumos y medicamentos; las instalaciones médicas y sanitarias deben hallarse debidamente equipadas y con personal médico capacitado e independiente; y debe llevarse un registro de todo tratamiento médico y de los medicamentos administrados a las personas menores de edad privadas de libertad.¹⁰⁹

43. Los Estados tienen el deber de tomar todas las medidas preventivas para proteger a las personas privadas de la libertad de ataques por parte de los agentes del Estado o de terceras personas, incluyendo otras personas privadas de libertad.¹¹⁰

44. La CIDH¹¹¹ considera que la decisión sobre dónde alojar a las personas trans debe tomarse caso por caso y los Estados deben tomar medidas para asegurar

de los menores privados de libertad, regla 17.

105 Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establecen que el criterio principal para separar a los diversos grupos de personas menores de edad privadas de la libertad deberá ser la prestación del tipo de asistencia que mejor se adapte a sus necesidades concretas y la protección de su bienestar e integridad física, mental y moral (regla 28, ver también regla 27).

106 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 24 y 25; Reglas Mandela, reglas 54 y 55; y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio IX.1.

107 En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 37; Reglas Mandela, regla 22; y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio XI.

108 En sentido concordante, Reglas Mandela, regla 28; y Reglas de Bangkok, reglas 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 38, 39, 41.d, 42, 48 y 51. Las personas trans tienen derecho a recibir terapia hormonal o de otro tipo y tratamientos para reasignación de género si lo desearan (Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género).

109 En sentido concordante, Reglas Mandela, reglas 24, 26 y 27; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 22, 24, 25, 26; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio X.

110 CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 64, 31 de diciembre de 2011. En sentido concordante, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 26.

111 CIDH, *Informe Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, op. cit.

que aquellas participen en las decisiones relativas a la asignación de su alojamiento en centros de detención. Las medidas tomadas para proteger a las personas LGBTI privadas de la libertad no deben incorporar mayores restricciones a sus derechos que las experimentadas por la población penitenciaria general.

45. La información relativa al ingreso, lugar de internamiento, traslado y liberación deberá notificarse sin demora a los padres o tutores o al pariente más próximo de la persona menor de edad.¹¹² No deberá trasladarse arbitrariamente a una persona menor de edad de un centro a otro,¹¹³ ni en condiciones que les impongan sufrimientos físicos o morales,¹¹⁴ ni con la intención de castigar, reprimir o discriminar a la persona privada de libertad o a sus familiares.¹¹⁵

46. La Corte IDH¹¹⁶ ha adoptado medidas provisionales para proteger los derechos a la vida y la integridad física de personas menores de edad privadas de la libertad en razón de las condiciones inhumanas de detención que padecían, ordenando el cese inmediato y efectivo de situaciones tales como el hacinamiento, la falta de separación por categorías de edad, la naturaleza de la infracción cometida y la situación procesal, la falta de atención médica, las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, la falta de suficiente personal capacitado; y que se prevengan los amotinamientos y la muerte de internos.

47. La Corte IDH¹¹⁷ ha señalado que las penas ejecutadas en condiciones inhumanas nunca podrán cumplir con la finalidad de reforma y readaptación social de la persona condenada, por lo que consideró plenamente aplicables medidas alternativas al encierro. Asimismo, para el caso en que el agravamiento de las condiciones de privación de libertad sea tan extremo que pudiera ser calificado como tortura o trato cruel, inhumano o degradante, indicó que lo más prudente es reducir la pena en forma que se compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces.

¹¹² Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 22. En sentido concordante, Reglas Mandela, regla 68; y Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 16.

¹¹³ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 26.

¹¹⁴ *Ibidem* y Reglas Mandela, regla 73.

¹¹⁵ Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio IX.4.

¹¹⁶ "Medidas Provisionales respecto de Brasil, Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complejo do Tatuapé" da FEBEM", 17 de noviembre de 2005, 30 de noviembre de 2005, 4 de julio de 2006 y 3 de julio de 2007; y "Medidas Provisionales respecto de Brasil, Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa", 25 de febrero de 2011, 1 de septiembre de 2011, 26 de abril de 2012, 20 de noviembre de 2012, 21 de agosto de 2013, 29 de enero de 2014 y 23 de junio de 2015.

¹¹⁷ "Medidas provisionales respecto de Brasil, Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho", 22 de noviembre de 2018.

48. La excepción contemplada en el enunciado normativo debe interpretarse de manera restrictiva; la alusión al interés superior del niño no se refiere a lo que sea conveniente para el Estado.¹¹⁸

49. El enunciado normativo no impone que una persona menor de edad privada de la libertad deba ser alojada en una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años; debería poder permanecer en el centro especializado si ello coincide con su interés superior y no atenta contra el interés superior de las personas menores de edad internadas en él.¹¹⁹

*d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.*¹²⁰

50. La provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica tiende a compensar la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad; la defensa técnica tiene que actuar de manera diligente y, para ello, deberá tener autonomía funcional y hallarse dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio.¹²¹ El derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autora o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso.¹²² Las personas menores de edad deben tener acceso a la asistencia jurídica en condiciones más favorables que las que se aplican a las adultas; debe prestarse con carácter prioritario, en aras de su interés superior, y debe ser asequible, adecuada a la edad, multidisciplinaria, eficaz y adaptada a las necesidades jurídicas y sociales específicas de las personas menores de edad.¹²³

118 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*

119 *Ibidem.*

120 En sentido concordante, PIDCP, arts. 9, numerales 3 y 4, y 14.3, letras d y f; CADH, arts. 7, numeral 5 y 6, 8.2, letras a y e; CDN, art. 12; Reglas de Beijing, reglas 10.2, 15.1 y 15.2; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 17 y 18.a; Reglas Mandela, reglas 41, 61 y 62; Reglas de Tokio, regla 6.3; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 4, 11, 13, 14, 32, 33 y 37; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 16; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio V.

121 Corte IDH, "Caso Vélez Loor Vs. Panamá", *op. cit.*; "Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador", 5 de octubre de 2015; y "Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala", 10 de mayo de 2019.

122 Corte IDH, "Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela", *op. cit.*; "Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala", 3 de mayo de 2016; y "Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú", *op. cit.*

123 Asamblea General de las Naciones Unidas, Res.67/187, "Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia

51. La Corte IDH¹²⁴ señaló que la notificación acerca del derecho a establecer contacto con un familiar, la defensa y/o información consular debe ser formulada al momento de privar a la persona de su libertad; y, en caso de que la persona sea menor de edad, deben adoptarse providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación. Asimismo, añadió que reviste especial importancia la posibilidad de que la persona detenida se reúna en privado con la defensa.

52. La Corte IDH¹²⁵ afirmó que la información consular permite que adquiera eficacia el derecho al debido proceso, pues el consulado podrá asistir a la persona detenida en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de la persona cuando se halla en prisión.

53. El control judicial inmediato de la privación de la libertad es una medida tendente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que, en un Estado de Derecho, corresponde al órgano jurisdiccional garantizar los derechos de la persona detenida, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario;¹²⁶ para el caso de personas menores de edad, la normativa internacional refuerza el estándar, estableciendo que ellas deben ser conducidas ante los tribunales de justicia especializada con la mayor celeridad posible.¹²⁷

54. El Comité de Derechos Humanos¹²⁸ ha sostenido que la competencia, independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional (art. 14.1 del PIDCP) es un derecho absoluto.

55. La independencia del órgano jurisdiccional debe ser *de iure* y *de facto*,¹²⁹ se

jurídica en los sistemas de justicia penal", noviembre de 2013.

124 Corte IDH, "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.* En sentido concordante, Reglas de Beijing, regla 10.1.

125 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 16 "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", 1 de octubre de 1999. En sentido concordante, Conjunto de principios para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 16.2; y Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio V.

126 Corte IDH, "Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú", 30 de mayo de 1999; "Caso Bulacio Vs. Argentina", *op. cit.*; "Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala", *op. cit.*; "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú", *op. cit.*; y "Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela", *op. cit.*

127 CIDH, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

128 Observación General N° 32 "Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

129 Corte IDH, "Caso Durand y Ugarte Vs. Perú", 16 de agosto de 2000; "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela", *op. cit.*;

requiere no solo independencia jerárquica o institucional sino también independencia real.¹³⁰

56. La imparcialidad de los órganos jurisdiccionales tiene dos aspectos: sus integrantes no deben tener prejuicios personales ni promover los intereses de una de las partes y, en segundo lugar, deben parecer imparciales a un observador razonable.¹³¹

57. En razón de los efectos nocivos de la detención sobre las personas menores de edad –mayores que respecto de las adultas–, a CIDH¹³² ha sostenido que los Estados deberían establecer un plazo máximo de dos horas para el control judicial de las detenciones.

58. El Comité de Derechos Humanos¹³³ afirma que el derecho a recurrir la legalidad de la prisión (art. 9.4 del PIDCP) se aplica a todas las personas privadas de la libertad, como a las personas hospitalizadas involuntariamente o a las menores de edad internadas en instituciones, y no solo a las acusadas de haber cometido un delito.

59. El Comité de Derechos del Niño¹³⁴ sostiene que: (a) el derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad no solo incluye un recurso de apelación, sino también el derecho a dirigirse directamente a un órgano jurisdiccional cuando la privación de libertad haya sido una decisión administrativa; (b) el vocablo “pronta” es más fuerte –lo que se justifica dada la gravedad de la privación de libertad– que la expresión “sin demora” contenida en el art. 40.2.b.

60. El hábeas corpus representa el medio idóneo para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención.¹³⁵

y “Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador”, 4 de julio de 20/07.

130 Corte IDH, “Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador”, *op. cit.*

131 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35, *op. cit.*

132 Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

133 Observación General N° 35, *op. cit.*

134 Observación General N° 10, *op. cit.*

135 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 8 “El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 30 de enero de 1987; “Caso García y Familiares Vs. Guatemala”, 29 de noviembre de 2012; “Caso Contreras y otros Vs. El Salvador”, 31 de agosto de 20/11; y “Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, 14 de octubre de 2014.

Protección de los niños, niñas y adolescentes ante situaciones originadas en conflictos armados

Inés M. Weinberg¹

¹ Abogada. Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Jueza del Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas (período 2009-2016), electa por la Asamblea General de la ONU en marzo de 2009. Primera presidente del tribunal. Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde 2001.

ARTÍCULO 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones emanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

1. Introducción

El art. 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño busca asegurar una protección especial a los niños, niñas y adolescentes que se hallan en el contexto de conflictos armados. La norma reconoce la existencia de un régimen general de protección de todas las personas que se encuentran afectadas por este tipo de situaciones,² pero agrega una exigencia de protección adicional a los menores basada en la circunstancia objetiva de que estos están más indefensos física y emocionalmente y, por ende, más expuestos y en una especial situación de vulnerabilidad.³

El artículo alude a las normas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) que sean aplicables a los conflictos armados. El DIH se refiere al *ius in bello*, es decir, el derecho “en la guerra”.⁴ Ello se incluye en el primer y en el último inciso del artículo, donde se impone la obligación de respeto y control del cumplimiento del DIH pertinentes para el niño (inc. 1), así como una obligación de medios para asegurar la protección de la población civil general, prestando especial atención a los niños (inc. 4).

En los incisos restantes, el artículo establece reglas relativas a la participación directa e indirecta de los niños (aun cuando ninguno de los dos incisos utilice dicho término).

Lo primero que cabe preguntarnos es el alcance del concepto “conflictos armados”.

El DIH distingue entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales.⁵ El conflicto armado internacional existe cuando “se recurre a utilizar la fuerza armada entre dos o más Estados”. Los conflictos armados no internacionales ocurren cuando existen enfrentamientos armados, en el territorio de algún Estado parte de las convenciones, entre fuerzas del Estado y uno o más grupos no gubernamentales o entre tales grupos. Por otro lado, se ha dicho en

2 Beloff, Mary y López Oliva, Mabel, “Art. 38 Protección del menor ante conflictos armados”, en Weinberg, Inés M., *Convención sobre los derechos del Niño*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1° ed., 2002, p. 489 y ss.

3 Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Fernández, Silvia Eugenia, *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1° ed., 2015, T. I, pp. 123-124.

4 Mársico, Osvaldo, “El uso de la fuerza en las relaciones internacionales”, en González Napolitano, Silvana, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 1° ed., 2015, p. 825 y ss.

5 Vite, Sylvain, “Protecting Children during Armed Conflict: International Humanitarian Law”, en *Human Rights & International Legal Discourse*, Vol 5, N° 1, 2011, pp. 14-39.

la doctrina⁶ que la inclusión en el Estatuto de Roma⁷ de crímenes de guerra en supuestos de conflictos armados no internacionales generó inconvenientes debido a que ciertos Estados consideraban que ello era contrario a la costumbre internacional y que podía ser una vía para que la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) pudiera inmiscuirse en sus asuntos internos. Así, analiza el alcance del concepto de conflictos armados citando la definición que surge de lo dicho por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic: "Conflicto armado existe cuando se recurre a fuerzas armadas entre Estados o se extiende a la violencia armada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el territorio de un Estado".⁸

De la definición extrae dos elementos fundamentales que deben estar presentes: 1. Cierta nivel de organización por parte de los grupos armados y 2. Cierta nivel de violencia. Si bien ambos conceptos se deben analizar casuísticamente, existen algunos estándares para poder decir que se está en presencia de estos. En el caso de la organización, suele hacerse referencia a estructuras de características similares a los ejércitos; en especial, se destaca la existencia de una cadena de mando, reglas internas y procedimientos disciplinarios. En relación con el nivel de violencia, se suele decir que debe perdurar cierto tiempo (no ser un evento esporádico o espontáneo de violencia social) y debe ser violencia en una escala mayor, es decir, abarcando un nivel territorial de importancia. Este fue el criterio utilizado en el caso Lubanga para determinar que existió un conflicto armado no internacional y que permitió a la CPI atribuirse jurisdicción. En un estudio de 2016 de la Universidad de Iowa⁹ se detalla que desde 2010 se han utilizado niños en conflictos armados en 20 países; que en el caso de los conflictos en Yemen el 33% de los combatientes eran menores de 18 años; que el porcentaje de niñas combatientes de menores de 18 años llega al 40%, y que se estima que en el mundo hay un total de cerca de 300.000 niños soldados.

6 Sivakumaran, Sandesh, "Identifying an armed conflict not of an international character", en *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 363 y ss.

7 Aprobado en la Argentina por Ley N° 25.390, Boletín Oficial, 23 de enero de 2001.

8 IT-94-1-A, "Prosecutor V. Dusko Tadic", Judgement 15 July 1999.

9 "Children in armed conflict", en *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 26, N° 1, 2016., pp 9-12.

2. Fuentes internacionales

Como ya se indicó, el art. 38 remite al DIH para reforzar las obligaciones que se impone a los Estados parte. En este sentido, debemos tener presentes las normas que expresamente tratan el tema, así como las normas de *soft law* y las derivadas del *ius cogens*.

El DIH busca “humanizar la guerra”,¹⁰ regulando la forma en que los conflictos armados deben desarrollarse (Convenciones de La Haya) e imponiendo el respeto, la protección y el trato humanitario a las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades (Convenciones de Ginebra). Así, el DIH en general y las Convenciones de Ginebra en particular se basan en la obligación pasiva impuesta a los Estados de respetar a todas las personas y en la obligación activa de protegerlas, sin ningún tipo de distinción por raza, sexo, nacionalidad, religión, opiniones políticas o cualquier otro sustento.

Las referidas Convenciones de Ginebra, de 1949,¹¹ junto con los dos Protocolos Opcionales de 1977,¹² forman la normativa fundamental del DIH. Las Convenciones utilizan los términos “civiles”, “fuerzas armadas” y “grupos armados” sin definirlos.¹³ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés) definió a las víctimas como las personas que no participan en forma activa de las hostilidades o que han dejado de participar.¹⁴

El art. 3, común a las cuatro Convenciones de Ginebra, prohíbe en casos de conflictos armados no internacionales que quienes no participen directamente de las hostilidades, así como los miembros de las fuerzas armadas que hubieran depuesto sus armas y las personas que hubieran quedado fuera de combate, sean víctimas de atentados a la vida y la integridad corporal poniendo especial énfasis en el homicidio, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; y la violación del derecho de defensa y debido proceso.

10 Farinella, Favio, “El Derecho Internacional y la conformación de un sistema integrado de protección de la persona humana”, en Travieso, Juan Antonio y Campi, Germán Ciro, *El Derecho Internacional Público. Su ingeniería y Arquitectura en el Siglo XXI*, Buenos Aires, Albremática, 1° ed., 2016, p. 53 y ss.

11 Ratificado por la Argentina mediante Decreto-Ley N° 14.442, Boletín Oficial, 20 de agosto de 1956.

12 Ratificado por la Argentina mediante Ley N° 23.379, Boletín Oficial, 9 de junio de 1988.

13 Art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y arts. 13-15 y 17-18 Protocolo Adicional II.

14 ICTR, “Prosecutor v Jean Paul Akayesu”, Case No ICTR 96-4-T Judgement 2 September 1998, par. 629.

El Convenio IV (Convenio relativo a la protección de los civiles en tiempo de guerra) establece protección especial para los niños en su art. 24. Este plantea que los Estados parte que estén interviniendo en el conflicto deberán tomar las medidas necesarias para que los niños menores de 15 años que resulten huérfanos o separados de sus familias no queden abandonados a sí mismos, y para que se les procure, en todas circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación. Esta última será confiada, si ello es posible, a personas de la misma tradición cultural. Asimismo, favorecerán la acogida de esos niños en un país neutral durante la duración del conflicto, previo consentimiento de la potencia protectora, si la hubiere, y si tienen garantías de que los principios enunciados serán respetados. Además, se esforzarán por tomar medidas conducentes a que todos los niños menores de 12 años puedan ser identificados, mediante una placa de identidad o cualquier otro recurso.

Por su parte, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados Internacionales (protocolo I) regula en su Título IV la protección de la población civil. El Protocolo define tanto a los civiles como a la población civil y sus bienes, y establece medidas de precaución para su protección. Por su parte, el capítulo II de la sección III del Protocolo regula las medidas de protección especiales en favor de las mujeres y de los niños, estableciendo la limitación a la intervención directa por parte de los menores de 15 años y determinando, entre otras protecciones, un sistema de evacuación de estos para su protección.

El ya referido Estatuto de Roma, por medio del cual se creó la CPI, define los crímenes de su competencia. Según el art. 5 del Estatuto, estos son: a) genocidio, b) crímenes de lesa humanidad, c) crímenes de guerra y d) el crimen de agresión.

El alcance de los delitos recién referidos se encuentra explicado en los artículos siguientes. Así, el delito de genocidio se define en el art. 6 como la realización de alguno de los siguientes actos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a. Matanza de miembros del grupo.
- b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

- d. Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Constituyen crímenes de lesa humanidad, definidos en el art. 7:

- a. Asesinato.
- b. Exterminio.
- c. Esclavitud.
- d. Deportación o traslado forzoso de población.
- e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- f. Tortura.
- g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.
- h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.
- i. Desaparición forzada de personas.
- j. El crimen de segregación (*Apartheid*).
- k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Cuando se realicen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y este se entenderá como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos mencionados contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

Luego, el art. 8 define los crímenes de guerra como infracciones graves de los

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949:

1. Matar intencionalmente.
2. Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos.
3. Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.
4. Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente.
5. Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga.
6. Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial.
7. Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales.
8. Tomar rehenes.

Asimismo, agrega una mención especial a cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del art. 7: esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra y reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

De este modo, queda claro que el DIH y los ámbitos en donde este busca ser implementado y quiere ser exigible consideran preponderante la protección de los niños.

Como se puede observar, la normativa del DIH con relación a los niños tiene un enfoque dual. Por un lado, busca protegerlos de las consecuencias de ser víctimas de los conflictos armados y, por el otro, busca evitar que los niños de menos de 15 años participen de tales conflictos.

En el contexto del *soft law*, los Principios y las Guías de París¹⁵ determinan medidas para el cuidado de los niños que se encuentran en situaciones estableciendo principios, tratando los problemas específicos de las niñas, de los refugiados, ra-

¹⁵ Principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados, febrero 2007. Disponible en https://www.unicef.org/protection/Paris_Principles_SP.pdf [fecha de consulta: 9 de agosto de 2019].

tificando estándares internacionales contra el reclutamiento ilegal, disponiendo guías para la reinserción y mecanismos de búsqueda de la verdad para alcanzar la justicia. Por último, promueven el monitoreo y seguimiento del tema a nivel internacional.

Un aspecto interesante a analizar respecto de la remisión al DIH efectuada en el art. 38 está vinculado con su jerarquía entre las fuentes del derecho argentino. La Convención sobre los Derechos del Niño fue incorporada en el año 1994 al inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, goza de jerarquía constitucional. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad,¹⁶ por su parte, recibió jerarquía constitucional mediante Ley N° 25.778.¹⁷ Ahora bien, ni las Convenciones de Ginebra ni los Protocolos adicionales están enumerados en el inc. 22 de la Constitución Nacional, lo que nos hace preguntar si su aplicación en el contexto de un caso en el que hubiera niños involucrados adquiriría jerarquía constitucional.

Debido a que el conflicto aquí planteado surge de la norma interna (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), no vamos a encontrar la solución a este interrogante en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹⁸ por lo que debemos recurrir a la Constitución. Teniendo en cuenta la normativa analizada, sería razonable atribuir el carácter de jerarquía constitucional a las normas a las cuales remite la presente Convención.

3. Crímenes de guerra: casos

Retomando la referencia realizada al Estatuto de Roma, cabe destacar la relevancia del caso Lubanga.¹⁹ En él, la CPI condenó a Thomas Lubanga Dyilo (en adelante, Lubanga) por haber cometido –en los términos del art. 23 inc. a) del Estatuto– por sí solo o con otro, el delito descrito en el art. 8 inc. 2 apartado vii, es decir, “reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”.

¹⁶ Convención que había sido ratificada por Ley N° 24.458, Boletín Oficial, 10 de marzo de 1995.

¹⁷ Boletín Oficial, 3 de septiembre de 2003.

¹⁸ Ratificada por la Argentina mediante Ley N° 19.865, Boletín Oficial, 11 de enero de 1973.

¹⁹ ICC-01/04-01/06, “Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, Verdict 14 March 2012.

En el fallo se detalla cómo el acusado Lubanga fue encontrado responsable como co-autor de haber enlistado y conscripto a niños de menos de 15 años para que actuaran como soldados del *Force Patriotique pour la Libération du Congo* (FPLC), que actuaba como el brazo armado de la *Union des Patriotes Congolais* (UPC), de la cual Lubanga era miembro fundador y presidente. Según surge del caso, la UPC y la FPLC se encontraron involucradas en un conflicto armado con el Ejército Popular Congoleño (*Armée Populaire Congolaise* o APC) y otras milicias Lendu, incluida la Fuerza de Resistencia Patriótica de Ituri (*Force de Résistance Patriotique en Ituri* o FRPI) entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003.

Los actos cometidos por Lubanga incluyen haber enviado niños al frente de batalla a combatir y haberlos llevado a realizar tareas de soporte a los combatientes (poniéndolos en riesgo de convertirse en eventuales blancos de las fuerzas armadas enemigas). De este modo, la CPI interpretó que aquellas tareas, aun cuando no implicaran entrar en conflicto directamente sino que ocuparan un rol indirecto, debían considerarse como el desempeño de un rol directo en aquellos casos en los cuales se expone a los niños a un real peligro de convertirse en un blanco.

En el expediente se demostró que los niños sometidos al entrenamiento militar sufrían un régimen de entrenamiento excesivamente severo y que eran expuestos a castigos extremos. Asimismo, el Tribunal tomó conocimiento de violaciones a niñas, incluso de menos de 15 años, pero no se pudo encontrar suficiente evidencia de esto último para que la condena también abarcara este delito.

Si bien en el caso Lubanga no se hace referencia directa al art. 38, está claro que sus principios fueron receptados y dan sustento a la sentencia.

En un trabajo²⁰ se planteó la posibilidad de perseguir el reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados como delito de genocidio, basado en la doctrina emanada del Tribunal Internacional Criminal para Ruanda en el caso de Jean Paul Akayesu²¹ en cuanto a que, en tal expediente, se planteó que el concepto de genocidio se puede utilizar en forma amplia. En el caso, se sostuvo que la violación y violencia sexual contra mujeres tutsi pueden ser consideradas instrumentos para el genocidio, en la medida en que esta fuera realizada con la intención de destruir, en todo o en parte, a un determinado grupo. El trabajo plantea que

20 Ray, Jeffery R. "Children, Armed Conflict, and Genocide: Applying the Law of Genocide to the Recruitment and Use of Children in Armed Conflict"; en *Barry Law Review*, Vol. 19, N° 2, 2014, p. 335-[i].

21 ICTR, *Prosecutor v Jean Paul Akayesu*, *op. cit.*

los niños pueden constituir un subgrupo factible de ser objeto de genocidio, en los términos planteados en Akayesu, en especial cuando se apunta a utilizarlos debido a su edad y relativa inmadurez mental.

4. Determinación de la edad

El caso Lubanga trae a nuestra atención otra cuestión de especial relevancia: la edad mínima que se considera aceptable para que los niños participen activamente en los conflictos armados. El criterio para aceptar esta edad mínima fue objeto de numerosas críticas desde la propia sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño.²² El análisis histórico de la elaboración del artículo²³ hasta alcanzar el acuerdo necesario para su redacción final varió desde una prohibición absoluta a los menores de 18 años de participar en forma directa en conflictos armados, aceptando el reclutamiento desde los 15 años (dando prioridad de reclutamiento a los mayores de 18), hasta el texto actual.

En ocasión de la segunda lectura, tanto la República Federal Alemana como India y Suecia realizaron propuestas en función de limitar la edad aceptable para entrar en forma directa en acciones bélicas a menores de 18 años. La delegación de Estados Unidos de América insistió con la propuesta de redacción que terminó llegando a la versión final del texto.

Se ha interpretado que el art. 77, inc. 2, del Protocolo Adicional I ya citado estableció un mínimo de 18 años para el reclutamiento en las fuerzas armadas, lo que iría en la dirección deseada por gran parte de la doctrina especializada.

La Argentina, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, efectuó una declaración dejando en claro que hubiera preferido que se mantuviera la edad de 18 años como límite a la posibilidad de participación directa de los niños en los conflictos armados. Esto es acorde a la normativa vigente en el derecho interno.

²² Hanson, Karl, "International Children's Rights and Armed Conflict", en *Human Rights & International Legal Discourse*, Vol. 5, N° 1, 2011, pp. 40-62.

²³ Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Volume II, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations, New York and Geneva, 2007.

5. Concordancias con otros artículos

Este artículo, como corresponde, debe ser estudiado en el conjunto de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero prestando especial atención a los arts. 22, 32, 34, 35, 36, 37, 39 y 40, ya que los tipos de sufrimientos que pueden infringirse a los niños en el contexto de conflictos armados se relacionan directamente con los artículos referidos.

Un largo camino de la invisibilidad a la protección integral

María Fernanda Mattera¹

¹ Licenciada en Psicología. Coordinadora del Equipo Técnico Infanto-Juvenil del Ministerio Público Tutelar. Magíster en Psicopatología y Salud. Profesora Universitaria en Psicología. Ex Perito Ad Hoc del Departamento de Psicología de Cuerpo Médico Forense Justicia Nacional. Ex integrante del Equipo Hospital de Día del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez. Coautora del libro *Víctimas de abuso sexual y proceso judicial. NNyA sujeto de derecho vs NNyA objeto de Prueba* (en prensa, Jusbaibes). Docente de Isalud, Medicina Legal. Docente de APFRA. Ex Profesora adjunta de la Cátedra Psicología Forense, Universidad del Salvador-Universidad de Palermo.

ARTÍCULO 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

1. Introducción

Hace 30 años, cuando se promulgaba la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), se iniciaba un proceso de transformación en el que finalmente comenzaba a quedar en el pasado la doctrina de la situación irregular que amparaba la vulneración de los derechos de los niños.

Si nos retrotraemos a finales del siglo XIX, nos enfrentamos con una etapa oscura donde la infancia era ese período en el que el éxito lo alcanzaba quien podía sobrevivir a las adversidades que la realidad le presentaba.

La situación de la infancia era la siguiente: había un 63% de vagancia infantil, un 33% de niños condenados con penas de cárcel, un 34% de alcoholismo en los jóvenes, el 59% de los nacimientos en las casas de maternidad de la ciudad correspondía a mujeres solteras y menores de edad, registrándose en los prostíbulos un 75% de niñas. El 16% del total de suicidas correspondía a jóvenes cuyas edades oscilaban entre los 16 y los 20 años. Por último, los índices de mortalidad infantil alcanzaban el 17%. El Patronato de la Infancia de la ciudad de Buenos Aires internó a 32.725 niños entre 1880 y 1912. En el mismo período, murió el 51% de esos niños, en las condiciones de privación a las que eran sometidos.²

En 1919 se sancionó finalmente la Ley Nº 10.903, conocida como Ley Agote, luego de los sucesos de la semana trágica a la que quedaron vinculados los niños de la calle, “abandonados y delincuentes”. Ante la necesidad de invisibilizar a estos niños, surgió la tutela estatal que buscaba “proteger” a los “menores” en situación de abandono, riesgo moral o material, víctimas de violencia, a través de intervenciones basadas en la separación de su núcleo familiar, promoviendo su institucionalización.

Durante la vigencia de la Ley de Patronato de Menores, nos encontramos con una niñez sin derechos, sin posibilidades de expresar su opinión, relegada a un lugar de objeto, en la que ser víctima significaba estar condicionado a un futuro de desapego sociofamiliar y tener que afrontar las consecuencias de la institucionalización.

En 2005, cuando en nuestro país se sancionó la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante, NNAyA), que adoptó los postulados establecidos en la CDN, se reafirmó el cambio de paradigma

² Demaría, Viviana y Figueroa, José, “10903: La ley maldita”. Disponible en <https://www.topia.com.ar/articulos/10903-la-ley-maldita> [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

hacia la nueva doctrina de la protección integral, logrando finalmente el reconocimiento de los NNyA como sujetos de derechos.

En estos años, fuimos testigo de los avances que se han ido consolidando en materia de derechos de la infancia: los NNyA pasaron a ser sujetos protagonistas de su historia, con voz para opinar, con autonomía y participación activa en los procesos judiciales.

El art. 39 de la CDN no solamente contempla la necesidad de restituir los derechos vulnerados de los NNyA víctimas de situaciones de maltrato, sino fundamentalmente el modo en que ello debe ser llevado a cabo, teniendo como principios rectores el reconocimiento del respeto y la dignidad que merecen.

2. La complejidad del maltrato infantil

Al referirnos al maltrato infantil debemos considerar su magnitud en cuanto a todos los tipos de formas que puede abarcar. La Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) lo define

... como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.³

La modalidad bajo la cual se puede ejercer el maltrato comprende conductas activas, asociadas con una acción intencional –conocida como abuso–, y conductas pasivas, asociadas con la omisión de una acción necesaria, conocida como desatención.

Entre las formas de maltrato infantil, encontramos que el mayor porcentaje ocurre dentro del ámbito familiar, donde las personas encargadas de ejercer protección –padres o cuidadores a cargo– son las que ejercen el maltrato.

En la actualidad, ha avanzado y se ha difundido la necesidad de ejercer una crianza positiva, donde la base es el respeto y el amor mediante el cual se educa, se ordena, se ponen los límites esenciales para el desarrollo de las capacidades y habilidades

³ https://www.who.int/topics/child_abuse/es/ [fecha de consulta: 27 de julio de 2019].

de un NNyA, erradicando toda forma de castigo físico como medida disciplinaria. Sin embargo, la realidad nos muestra que estas prácticas siguen vigentes, aun cuando su prohibición fue regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación.

ARTÍCULO 647.- Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado. Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

Una investigación realizada por UNICEF ha demostrado cómo la violencia contra NNyA en el hogar puede producirse como método de disciplina, bajo la forma de castigo físico o agresión verbal:

En dos de cada tres hogares con al menos un niño, niña o adolescente utilizan métodos de disciplina que incluyen violencia física o verbal, tales como el zamarreo, chirlos, cachetadas, golpes, gritos o demás formas de agresión verbal, entre otros. Solo uno de cada cuatro hogares emplea métodos no violentos como única forma de disciplina.⁴

Entre las formas más habituales de maltrato infantil encontramos:

Maltrato físico: cualquier acción intencional producida por el uso de la fuerza que provoque daños físicos, enfermedad o que coloque a la persona en grave riesgo de padecerla. Quienes ejercen el castigo físico como método de disciplina suelen justificarse en que fue el modelo de crianza que recibieron en su propia infancia, o en el estrés y tensión emocional que presentan, que ante frágiles mecanismos defensivos promueven la irrupción de conductas desadaptativas.

Maltrato emocional: cualquier conducta verbal (insultar, humillar, denigrar) o no verbal (atemorizar, aislar, ignorar, rechazar) que se produce de manera reiterada provocando en el NNyA sentimientos de descalificación, inseguridad y baja autoestima, y causando deterioro en el desarrollo emocional, social y/o intelectual.

Abandono físico y negligencia: es la dificultad de los progenitores o de quienes estén a cargo de la crianza para responder a las necesidades básicas (alimentación, higiene, seguridad, atención médica, vestimenta, educación, esparcimiento, etc.), por motivos no vinculados con la pobreza.

⁴ UNICEF, "La violencia contra niños, niñas y adolescentes en el ámbito del hogar. Análisis de la encuesta de condiciones de vida", abril de 2016, p. 25. Disponible en <https://www.unicef.org/argentina/media/5156/file> [fecha de consulta: 26 de julio de 2019].

Abandono emocional: situación en la que el NNyA no recibe afecto, estimulación, apoyo y protección necesarios para su adecuada evolución, inhibiendo su desarrollo óptimo. Existe una falta de respuesta reiterada por parte de los padres o cuidadores a las expresiones emocionales del NNyA (llanto, sonrisa) o a sus intentos de aproximación o interacción.

Abuso sexual: cualquier clase de placer sexual con un NNyA por parte de un adulto desde una posición de poder o autoridad. No es necesario que exista un contacto físico (en forma de penetración o tocamientos) para considerar que existe abuso sino que puede utilizarse al niño como objeto de estimulación sexual.

Danya Glaser y Stephen Frosh sostienen que “el abuso sexual infantil consiste en la involucración del niño o del adolescente por parte del adulto, en actividades sexuales que ellos no pueden dimensionar, sobre las que son incapaces de dar un consentimiento válido”.⁵

De acuerdo con los datos estadísticos brindados por la OMS, 1 de cada 5 mujeres y 1 de cada 13 hombres declaran haber sufrido abusos sexuales en la infancia. En la mayoría de los casos, los abusos son cometidos por personas de su ámbito familiar o de su círculo de confianza, en el ámbito privado. Ante la falta de evidencia física y el silencio que impera en la víctima, por temor, vergüenza y culpa, no se puede producir su develación, pero el trauma psíquico opera, pudiendo llegar a manifestarse a través de una variada sintomatología; de aquí la necesidad de capacitar a todas aquellas personas que, por su profesión y/o actividad laboral, tengan contacto con un NNyA, para una temprana detección de los indicadores.

Víctimas indirectas o invisibles: en la actualidad, diversos estudios han demostrado el impacto negativo que tiene para el desarrollo psicoevolutivo la exposición de los NNyA a la violencia entre sus progenitores.

Los organismos de salud, como los de protección de los derechos de la infancia, reconocen que ser “testigos” de violencia doméstica debe ser considerado una de las formas de maltrato emocional.

Al respecto UNICEF, basándose en la CDN –que en su artículo 19 se refiere a la protección ante cualquier forma de violencia física o mental–, determina la necesidad de considerar maltrato no solo la violencia directa, sino también los efectos indirectos de la violencia familiar; basándose en estudios acerca de la violencia

⁵ Glaser, Dany y Frosh, Stephen, *Abuso sexual en niños*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 211.

intrafamiliar que han puesto de relieve los efectos psicológicos potencialmente adversos que tienen sobre las niñas y niños presenciar o escuchar situaciones violentas (tanto físicas como psicológicas) entre sus progenitores.

Las reacciones que pueden tener los niños ante la presencia de una escena violenta son: involucrarse y salir en defensa de la víctima, aislarse y/o presentar una conducta agresiva.

Katherine Kitzmann señala:

Los niños expuestos a la violencia doméstica corren el riesgo de sufrir una serie de problemas psicosociales, incluso cuando ellos no son propiamente el objeto de la agresión física. Estos problemas son similares a los que se constatan en niños físicamente abusados, lo cual sugiere que la violencia en cualquier persona de la familia puede alterar el desarrollo del pequeño.⁶

El aprendizaje que reciben durante su fase madurativa repercutirá en su personalidad, en sus futuras relaciones sociales e interpersonales, aprendiendo modelos de relación inadecuados y modelos erróneos de resolución de conflictos, perjudiciales tanto para los niños como para las personas con las que se relacionen.

Otras formas de maltrato infantil: síndrome de Munchausen por poderes, maltrato prenatal, maltrato institucional, explotación laboral infantil, corrupción o inducción a la delincuencia, trata de personas, sustitución de la identidad.

Todas ellas generan graves daños sobre la salud psicofísica de los NNyA víctimas de estos tipos de maltrato, siendo necesario en estos casos profundizar las acciones tendientes a la detección y erradicación definitiva de estos aberrantes delitos.

3. Las víctimas callan, los síntomas hablan

El silencio de las víctimas de abuso intrafamiliar tiende a ser cuestionado. ¿Por qué callan? ¿Por qué develan el abuso después de tantos años? La víctima calla por miedo, por vergüenza, por culpa, por amenazas, por temor al descreimiento, etc. No habla cuando quiere sino cuando puede; habla cuando logra procesar y entender que es víctima y no responsable, cuando tiene la fortaleza necesaria para afrontar el impacto y las consecuencias que sus palabras traen.

⁶ Kitzmann, Katherine M., "La violencia doméstica y su impacto en el desarrollo social y emocional de los niños pequeños", en *Enciclopedia sobre el Desarrollo de la Primera Infancia*, University of Memphis, 2007, p. 3.

En los NNyA víctimas directas o indirectas de violencia familiar también existen varios los motivos por los cuales quedan silenciados; estos pueden ser voluntarios –por ejemplo, ante el temor de perder sus únicos referentes afectivos o de sufrir mayores represalias– o involuntarios, porque han naturalizado la situación en la cual se encuentran.

Las consecuencias de sufrir maltrato infantil son sumamente nocivas para un NNyA que se encuentra en plena etapa de desarrollo y conformación de su personalidad. Su estructura en plena formación, con un sistema inmaduro de recursos defensivos, los obliga a tener que generar respuestas que le permitan adaptarse a un contexto adverso.

Numerosos estudios científicos han demostrado la afectación que pueden llegar a presentar las víctimas de maltrato, que se refleja con la aparición de sintomatología en diferentes áreas del desarrollo:

En el área física: trastornos en el sueño (pesadillas, dificultades para la conciliación), trastornos psicósomáticos (dolores de cabeza o abdominales recurrentes), cambios en los hábitos de alimentación (anorexia, bulimia), pérdida del control de esfínteres (enuresis, encopresis).

En el área cognitiva: disminución del rendimiento académico o dificultades de aprendizaje, debido a la interferencia de los factores emocionales y conductuales que imposibilitan la adquisición de nuevos conocimientos; tendencia a no enfrentarse a nuevas tareas por miedo al fracaso y la frustración.

En el área conductual: la sintomatología conductual se va incrementando acorde a la etapa evolutiva en la que se encuentra el NNyA. En la primera infancia, como en la media, pueden surgir conductas regresivas, agresivas, hiperactividad, pequeños robos, mentiras frecuentes, y en la etapa adolescente pueden surgir conductas violentas y autolesivas, consumo problemático de sustancias, fugas del hogar.

En el área emocional: puede surgir miedo, hostilidad, angustia, ansiedad, baja autoestima, culpa y vergüenza, falta de empatía, desconfianza y rencor hacia los adultos, aislamiento, sobreadaptación o seudomadurez.

En el área social: dificultades en la interacción social, tendencia a la inhibición, retraimiento social, conductas antisociales, falta de habilidades para la resolución de problemas sociales.

Precisamente ante el silencio con el que transitan los NNyA este proceso de victi-

mización, resulta trascendental la mirada de los adultos con quienes se relacionen (familiares, educadores, profesionales de la salud). Ellos serán los que puedan ver y descifrar que el origen de la sintomatología presentada se corresponde con la huella psíquica del dolor de ser víctima de maltrato.

4. NNyA víctimas, no victimarios

Las consecuencias del maltrato infantil no solamente se reflejan en la sintomatología inmediata que aparece, sino también en los efectos a largo plazo por haber crecido bajo un modelo de aprendizaje de conductas violentas, donde quedan expuestos a la violencia entre sus progenitores, o donde se utilizan estilos de crianza punitivos; estos NNyA se encuentran más proclives a desencadenar conductas adictivas y delictivas en un futuro.

El Dr. Miguel Vallejos, en su investigación sobre el maltrato infantil en personas privadas de la libertad, refiere que

... los delinquentes de diferentes tipos de delitos (sexuales y no sexuales), en una gran proporción, han padecido múltiples experiencias traumáticas infantiles (abuso físico, sexual y negligencia), y concomitantemente, han atravesado su niñez en ambientes desestructurantes y disfuncionales (aislamiento social, abuso de sustancias, hostilidad), lo cual además de aumentar el riesgo de desarrollar apegos inseguros (ansioso/ambivalente y evitativo) parece ser causalmente relevante en el desarrollo de conductas delictivas.⁷

Cuando hablamos de un NNyA involucrado en una conducta por la cual se le puede imputar la comisión de un delito, debiéramos pensarlo desde un lugar de víctima, porque esa conducta puede ser la consecuencia de una historia de privaciones, de abusos, de agresiones, donde la familia no pudo cumplir con la función de amparo y protección necesaria para poder forjar la base de una personalidad segura y confiada.

Esto nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de un nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, que derogue definitivamente la Ley N° 22.278 –que entra en contradicción con el paradigma de protección integral–, debiendo avanzar hacia un sistema adecuado a las exigencias de las normativas internacionales sobre derechos de la infancia, como observamos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁷ Vallejos, Miguel, *Maltrato infantil en personas privadas de la libertad*, Editorial Académica Española, 2017, p. 76.

Los sistemas vigentes en diversas provincias, como a nivel local en el marco de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –bajo la Ley Nº 2.451, que aplica la justicia restaurativa–, se encuentran focalizados en asumir la responsabilidad y buscar la reparación del daño. Se trata de un sistema de solución alternativa de conflictos que requiere una mayor y mejor articulación con los organismos de protección de derechos.

El gran referente del psicoanálisis infantil, Donald Winnicott, planteaba “la delincuencia juvenil como signo de esperanza”. Al respecto refiere:

Quando el muchacho o la niña ya se han endurecido a causa de la falta de comunicación (al no reconocerse el pedido de auxilio que encierra el acto antisocial), cuando los beneficios secundarios han adquirido importancia y se ha alcanzado una gran destreza en alguna actividad antisocial, es mucho más difícil advertir (pese a que aún está allí) el pedido de auxilio revelador de la esperanza que alienta en el muchacho o la niña antisociales.⁸

Esta reflexión nos lleva a evaluar cómo responde hoy el Estado a ese “pedido de auxilio”. En la medida en que no podamos ofrecerle al adolescente una respuesta a su necesidad mediante herramientas socioeducativas y laborales, será complejo que pueda salir del circuito delictivo.

5. Programas integrales de intervención

A nivel local, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó en 1998 la Ley Nº 114, que tiene por objeto la protección integral de los derechos de NNyA. Reúne todos y cada uno de los principios emanados de la CDN, reconociendo a los NNyA como sujetos de derechos, a los que el Estado debe respetar y proteger. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires se convierte, así, en pionera en la implementación del paradigma de la protección integral en nuestro país.

El Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante, CDNNyA), fue creado por la Ley Nº 114 como el organismo especializado en materia de promoción y protección integral de los derechos de la población infanto-juvenil. Su misión es diseñar y coordinar las políticas públicas destinadas a garantizar los derechos de NNyA en la ciudad. Constituye una instancia de encuentro y representa-

⁸ Winnicott, Donald, Conferencia pronunciada en el Congreso de Subdirectores de Reformatorios, reunidos en el King Alfred's College, Winchester, abril de 1967.

ción de las áreas y organizaciones relacionadas con la protección y promoción de los derechos de la infancia, ya que fue concebido en el año 2000 como un espacio para la articulación de las distintas áreas de gobierno y de las organizaciones de la sociedad civil, dotado de autonomía técnica y administrativa y bajo la órbita de la Jefatura de Gobierno.

Las intervenciones realizadas por el CDNNyA, a través de los distintos programas que trabajan en la atención directa de NNyA, tienen el objetivo de resolver las situaciones de vulneración o amenaza de sus derechos. Asimismo, se hace referencia al trabajo desarrollado por otras áreas del organismo, cuyas funciones y responsabilidades no son la atención directa de NNyA.

La intervención consiste en la construcción de un espacio y un tiempo artificial; un escenario integrado por los diferentes actores, con la finalidad de modificar o revertir la situación de vulneración de derechos de NNyA, presentada ante el programa o servicio.

De acuerdo con Alfredo Carballeda, no es un episodio natural, sino que se construye desde la perspectiva de los diferentes actores (trabajadoras/es, sujetos que acuden a los programas y servicios) en un contexto histórico particular. Se encuentra atravesada por la historia de la institución, del programa o servicio, las prácticas profesionales de los que la llevan a cabo, los discursos de las distintas disciplinas, la construcción imaginaria de los sujetos sobre la institución y los propios problemas del sujeto de la intervención.

Carballeda analiza las complejidades de la intervención en lo social:

La Intervención en Lo Social Implica una serie de mecanismos y acciones que van cobrando complejidad a través del tiempo, por el propio desarrollo de las prácticas que intervienen y por la complejidad del contexto de intervención. La emergencia de las Problemáticas Sociales Complejas implica reconocer la Intervención en lo Social como un saber experto que trasciende los campos disciplinares dialogando con cada espacio de saber, generando nuevas preguntas que en definitiva son trasladadas desde los escenarios de la Intervención donde sobresale la incertidumbre, la injusticia y el padecimiento. Entender la Intervención como dispositivo implica también una necesaria articulación con las políticas públicas y las organizaciones de la sociedad civil.⁹

⁹ Carballeda, Alfredo, "La intervención en lo social, las problemáticas sociales complejas y las políticas públicas," Facultad de Trabajo Social

La intervención surge a partir de una demanda que puede ser espontánea, realizada por el propio NNyA, por su familia o sus referentes afectivos, o por medio de una derivación realizada por algún programa o servicio del sistema de protección.

La metodología debe ser definida desde los postulados teóricos y supuestos ideológicos del paradigma de la protección integral de derechos de NNyA, desde el cual la institución comprende la situación y se establecen las acciones y las estrategias para la protección o restitución de los derechos amenazados o vulnerados.

Existen distintas áreas responsables, que son aquellas que están a cargo de la estrategia de una intervención.

En la actualidad hay una diversidad de programas y servicios dependientes del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, destinados a la promoción, protección y/o restitución de los derechos vulnerados. Estos son monitoreados y evaluados por el Observatorio del Sistema de Protección Integral de Derechos de NNyA (SIPROI), que publica y difunde las políticas públicas destinadas a garantizar los derechos de los NNyA, a través de la guía de recursos actualizada al año vigente.¹⁰

En estos programas está contemplado el desarrollo de intervenciones destinadas a prevenir, detectar, intervenir y restituir los derechos vulnerados, desde un enfoque integral e interdisciplinario.

Las intervenciones se centralizan a través de las Defensorías Zonales, que deben articular y ejecutar las políticas públicas específicas que cada caso requiera.

6. Un abordaje articulado para disminuir la necesidad de la medida excepcional

Cuando analizamos la necesidad de aplicar una medida excepcional, es porque han fracasado todas las medidas de protección, y en este punto es importante reflexionar acerca de las dificultades que surgen a diario para poder articular abordajes y recursos, generándose a veces tensiones entre los distintos organismos, dependencias e instituciones que trabajan con un mismo fin: la restitución de los derechos vulnerados.

de la Universidad Nacional de La Plata. Disponible en <https://filadd.com/doc/carballeda-la-intervencion-pdf-intervenciones-en> [fecha de consulta: 15 de julio de 2019].

10 SIPROI, https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/guia_de_recursos_2019_0.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

Ante la detección de la vulneración de un derecho y la intervención del organismo de protección, se inician diferentes acciones institucionales. Sin embargo, ante las dificultades para poder lograr una articulación en las intervenciones, se puede llegar a perder la necesaria mirada integral, pero específica sobre el NNyA, que requiere una medida de protección.

Partiendo de que el art. 39 de la CDN refiere que se debe “promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima”, la primera medida siempre debe ser iniciar un trabajo de fortalecimiento familiar, pero para que sea eficaz, debe estar diseñado de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada NNyA, porque el error consiste en querer forzar estrategias uniformes sin respetar las singularidades.

Poder contar con una evaluación previa a iniciar el proceso de fortalecimiento familiar permite detectar las fortalezas, debilidades, necesidades y conflictos que presenta ese grupo familiar y sobre lo cual se construirá un modelo de intervención.

Para ello, el Ministerio Público Tutelar cuenta con dos equipos de intervención:

- *En el Equipo Técnico Infanto-Juvenil (ETIJ)* se realizan las evaluaciones psicológicas, siempre desde un abordaje integral, donde el NNyA es evaluado en forma individual y vincular, para determinar su estado psicoemocional, su grado de compromiso con el conflicto familiar emergente y los vínculos intrafamiliares establecidos. La evaluación de los progenitores permite analizar las competencias parentales y la necesidad de trabajar sobre el fortalecimiento de estas.

Cuando el pedido de intervención por parte del organismo jurisdiccional surge ya que se ha iniciado una denuncia por violencia familiar y de esta no surge la involucración directa como víctimas de los NNyA, siempre se analiza la afectación emocional que ellos puedan tener por ser víctimas indirectas, ante la exposición en la cual quedan involucrados.

- *En el Equipo de Intervención de la Sala de Entrevistas Especializada (EISEE)*, se diseña una estrategia focalizada en poder alcanzar el fortalecimiento vincular familiar. Los pedidos de intervención son variados, pudiendo estar focalizados en recomponer o en construir un vínculo materno/paterno-filial, en establecer un adecuado vínculo parental o en fortalecer una parentalidad positiva.

La labor del equipo se rige por dos derechos: *el derecho a ser oído y el derecho a vincular con la familia*, pero siempre cuidando que se respeten los parámetros

establecidos en los fundamentos que enuncia el art. 39, que establece: “Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

Cuando surjan circunstancias de extrema gravedad que puedan llegar a vulnerar derechos causando perjuicio a la salud física y/o psíquica de los NNyA, se debe aplicar una medida excepcional, pero debe tenerse presente que siempre se priorizará el retorno a su medio familiar, y solo cuando esto no sea posible se contemplará el instituto de la adopción o una estrategia acorde con el ejercicio de la autonomía progresiva de los NNyA.

En estos casos, las políticas públicas están focalizadas en desarrollar medidas de abrigo tendientes a brindarles referentes afectivos que se consoliden como figuras de apoyo y sostén emocional para el acompañamiento de NNyA en la construcción de su autonomía progresiva y en el ejercicio de sus derechos. En los casos de los jóvenes próximos a un egreso institucional, programas como “Mi Lugar” los acompañan en su proyecto de autovalimiento, favoreciendo su inclusión social, laboral, comunitaria, educativa y en todos los aspectos de la vida cotidiana que requieren sostén institucional.

Para finalizar este análisis destinado a resaltar las consecuencias negativas que trae sobre el desarrollo infantil haber sido víctima de maltrato, llegando en ocasiones a condicionar el destino adverso de un NNyA, es necesario una vez más poder destacar la importancia de estar “alertas” a las señales que nos transmiten los NNyA victimizados. Para ello es esencial continuar trabajando en la formación y capacitación de todos los profesionales, operadores y agentes que están en contacto directo con ellos, porque la detección e intervención temprana permitirán poder brindar una efectiva restitución de sus derechos vulnerados, sin necesidad de tener que llegar a implementar una medida excepcional. El desafío será promover un mayor desarrollo de acciones focalizadas en trabajar en programas de fortalecimiento familiar que permitan afianzar vínculos y establecer una buena comunicación, porque debiera ser allí, el seno de la propia familia, el ambiente más idóneo para fomentar la salud, el respeto y la dignidad que le garanticen al NNyA su condición de sujeto de derechos.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 40

El art. 40 de la CDN en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹

Carlos Bigalli²

Daniela Bianchi³

¹ Documento finalizado y entregado para su edición en el mes de agosto del año 2019.

² Profesor de la facultad de Derecho de la universidad de Buenos Aires.

³ Secretaria Letrada de la Asesoría Tutelar Penal, Contravencional y de Faltas N° 1, CABA.

ARTÍCULO 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.⁴

1. El Comité de Derechos del Niño⁵ enunció los principios básicos de una política general de justicia juvenil, recordando que la protección del interés superior del niño significa 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;⁶ y estableció que las personas menores de edad en contacto con el sistema de justicia penal deben recibir, en todas las fases del proceso y por parte de todos los operadores del sistema, (i) un trato acorde con el sentido de su dignidad y valor;⁷ (ii) un trato que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) un trato que tenga en cuenta su edad y fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) la prohibición y prevención de todas las formas de violencia.

2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha sostenido que dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una clara tendencia a darles a las personas menores de edad una protección mayor que a las adultas, limitando el papel del poder punitivo,⁸ y que la consecución de los objetivos de la justicia juvenil requiere que los Estados tomen en consideración

⁴ En sentido concordante, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), arts. 10, numerales 1, 2.b y 3, 14, numeral 4, y 24; Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), arts. 5, numeral 5 y 19; Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), arts. 2, 3, 19, 27, 28, 29, letras b y d; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), reglas 1, 2, 5.1, 14.2, 17 y su comentario oficial, y 26; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (Res. 45/113), reglas 1, 12, 13, 14 y 28; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), directrices 3, 5.e., 6 *in fine*, 53, 54 y 56; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), reglas 1, 2 y 3; y Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), reglas 1, 36, 42, 54, 56, 57, 58, 63 y 65.

⁵ Observación General N° 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007. Ver también Observación General N° 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

⁶ En sentido concordante, Reglas de Beijing, regla 11; Directrices de Riad, directriz 5; Reglas de Bangkok, reglas 56, 58 y 65; y CIDH, Informe 41/99 “Menores Detenidos”, Caso 11.491 (Honduras), 10 de marzo de 1999, e Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 78, 13 de julio de 2011.

⁷ En sentido concordante, Directrices de Riad, directriz 3.

⁸ CIDH, Informe 41/99, *op. cit.*

el interés superior del niño antes de regular el sistema de justicia juvenil o al aplicar una pena y, en caso de judicializar o aplicar sanciones, que orienten todos los esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los niños que sean intervenidos por la justicia juvenil, a fin de promover su sentido de valor y dignidad, permitirles una efectiva reinserción en la sociedad y facilitar que puedan cumplir un papel constructivo en ella.⁹

3. Los Estados no pueden permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad, prácticas que reproduzcan el estigma de que las personas menores de edad pobres están condicionadas a la delincuencia, o vinculadas al aumento de la inseguridad ciudadana.¹⁰

4. Cualquier respuesta a las personas menores de edad que hayan cometido un delito será en todo momento ajustada a sus circunstancias como personas menores de edad y al hecho delictual, privilegiando la reintegración a su familia y/o sociedad.¹¹

2. *Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:*¹²

*a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.*¹³

5. El principio de legalidad impone cuatro exigencias al ejercicio de poder punitivo relacionadas con las normas y su aplicación: (1) *lex scripta* (ley formal emanada de los órganos constitucionalmente habilitados); (2) *lex certa* (los tipos legales deben contener definiciones claras de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos; su ámbito de aplicación debe hallarse delimitado, en forma

⁹ Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

¹⁰ Corte IDH, "Caso Servellón García y otros Vs. Honduras", 21 de septiembre de 2006 y "Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador", 17 de noviembre de 2015. Ver también Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28 de agosto de 2002.

¹¹ Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", 14 de mayo de 2013.

¹² El Comité de Derechos del Niño, en la Observación General N° 10, *op. cit.*, sostuvo que todas las garantías reconocidas en el párrafo 2 del artículo 40 constituyen normas mínimas; los Estados deben tratar de establecer y observar normas más exigentes. La Corte IDH, en la Opinión Consultiva N° 17, *op. cit.*, afirmó que los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz del avance del derecho de los derechos humanos.

¹³ En sentido concordante, PIDCP, art. 15; y CADH, arts. 9 y 29.

expresa, precisa y taxativa);¹⁴ (3) *lex praevia* (la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta);¹⁵ y (4) *lex stricta* (el órgano jurisdiccional tiene vedado efectuar una integración analógica de los tipos legales y debe efectuar la interpretación más restrictiva que permita la resistencia semántica del texto).¹⁶

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

*i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*¹⁷

6. Del principio de inocencia que ampara a la persona imputada de la comisión de un delito se derivan dos reglas, una relativa al juicio (presunción *iuris tantum* de inocencia solo desvirtuable mediante prueba que genere certeza en el órgano jurisdiccional decisor) y otra relativa al trato de la persona imputada (quien posee el estatus de inocente).

7. El Comité de Derechos del Niño¹⁸ afirmó que los cargos que pesan sobre la persona menor de edad deben ser probados por la acusación; solo se la declarará culpable de los cargos que se le imputen si estos han quedado demostrados más allá de toda duda razonable; la duda beneficia a la persona menor de edad y, al propio tiempo, la persona menor de edad tiene derecho a recibir un trato acorde con esta presunción. Todas las autoridades tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar el resultado del juicio.

8. El Comité de Derechos Humanos¹⁹ sostuvo que los medios de comunicación deben evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia.

¹⁴ Corte IDH, "Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú", 30 de mayo de 1999; "Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala", 20 de junio de 2005; "Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile", 29 de mayo de 2014; y "Caso Pollo Rivera y Otros Vs. Perú", 21 de octubre de 2016.

¹⁵ Corte IDH, "Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", 2 de febrero de 2001; "Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile", *op. cit.*; y "Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú", *op. cit.*

¹⁶ Corte IDH, "Caso Pollo Rivera y Otros Vs. Perú", *op. cit.*

¹⁷ En sentido concordante, PIDCP, art. 14.2; CADH, art. 8.2; Reglas Mandela, regla 111.2; Reglas de Beijing, regla 7; y Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 17.

¹⁸ Observación General N° 10, *op. cit.*

¹⁹ Observación General N° 32 "Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

9. La Corte IDH²⁰ ha expresado que la presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una persona sometida a proceso; ese derecho puede ser violado tanto por la agencia judicial como por otras autoridades públicas, por lo cual estas deben ser prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada.

*ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.*²¹

10. El Comité de Derechos del Niño²² afirma que: (a) la expresión “sin demora” significa lo antes posible, es decir, cuando se inicien las actuaciones judiciales contra la persona menor de edad; (b) la información deberá ser suministrada en términos que pueda comprender, debiendo las autoridades asegurarse de la adecuada comprensión; (c) la facilitación de esa información a los padres o los representantes legales no debe excluir su comunicación a la persona menor de edad; (d) la asistencia gratuita que los Estados deben prestar es jurídico-profesional adecuada y la persona menor de edad y la persona que le preste asistencia deben disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; (e) las comunicaciones entre la persona menor de edad y la persona que la asiste deberán realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente su confidencialidad.

11. Sobre la asistencia jurídica, ver comentario al art. 37, párrafos 50 y 51.

*iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.*²³

²⁰ Corte IDH, “Caso Tibi Vs. Ecuador”, 7 de septiembre de 2004; “Caso J. Vs Perú”, 27 de noviembre de 2013; y “Caso Pollo Rivera y Otros Vs. Perú”, *op. cit.*

²¹ En sentido concordante, PIDCP, art. 14.3, letras a, b y d; CADH, arts. 8.2., letras a, b, c, d y e; CDN, art. 12; Reglas de Beijing, reglas 7, 14 y 15; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 18.a. y 70; Reglas Mandela, reglas 41 y 61; Reglas de Bangkok, regla 2.1; y Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social), directriz 16.

²² Observación General N° 10, *op. cit.*

²³ En sentido concordante, Reglas de Beijing, reglas 7, 10.2 y 20.

12. El enunciado normativo que consagra el derecho de las personas menores de edad a ser juzgadas “sin demora” no resulta coextensivo con el contenido en el art. 8.1 de la CADH que, como ha resuelto la Corte IDH, no solo opera en favor de las personas imputadas²⁴ y no solo se aplica a los procesos penales.²⁵

13. La expresión “sin demora” es más fuerte que “sin dilaciones indebidas” empleada en el art. 14.2.c del PIDCP.²⁶ Adviértase que, en el Pacto, la locución “sin demora” se emplea en el art. 9.3.

14. El Comité de Derechos del Niño²⁷ recomienda que los Estados fijen plazos con respecto al tiempo de investigación, la presentación de cargos y el dictado de sentencia definitiva; estos plazos deben ser más breves que los establecidos para adultos.

15. El Comité de Derechos del Niño²⁸ recomienda que los Estados dispongan expresamente por ley la mayor participación posible de los padres o los representantes legales en el procedimiento incoado contra una persona menor de edad; pudiendo el órgano jurisdiccional resolver, a petición de la persona imputada o de su representante legal u otra representación apropiada, o porque no vaya en el interés superior del niño, limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el procedimiento.

16. La CIDH²⁹ (a) afirma que la especialidad del sistema de justicia penal juvenil tiene también consecuencias en la duración de los procesos, las decisiones deben ser tomadas en forma rápida; (b) considera una buena práctica la desestimación de casos en que haya existido un retraso injustificado; (c) considera que atenta contra ese derecho someter a los procedimientos de segunda instancia a plazos comunes (de adultos); (d) alienta a los Estados a establecer un término máximo para el dictado de la sentencia de primera instancia y plazos especiales para la tramitación de los recursos.

17. Sobre el órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial, ver comentario al art. 37.d, párrafos 54, 55 y 56.

²⁴ Corte IDH, “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual En Atenco Vs. México”, 28 de noviembre de 2018.

²⁵ Corte IDH, “Caso Muelle Flores Vs. Perú”, 6 de marzo de 2019.

²⁶ Observación General N° 10, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

18. La CIDH³⁰ recomienda que los plazos de prescripción dentro del sistema de justicia juvenil sean más breves que aquellos regulados en el sistema ordinario penal para las mismas conductas punibles, conforme al principio de excepcionalidad de la judicialización.

*iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.*³¹

19. El Comité de Derechos del Niño³² afirma que: (a) el término “obligado” debe interpretarse de manera amplia; la edad o el grado de desarrollo de la persona menor de edad, la duración del interrogatorio, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirla a confesar lo que no es cierto. Esa actitud puede ser aún más probable si se le promete una recompensa o se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad. La persona menor de edad sometida a interrogatorio debe tener acceso a la asistencia letrada y poder solicitar la presencia de sus padres; (b) la garantía reconocida en el enunciado normativo pone de relieve que debe observarse el principio de igualdad entre las partes (es decir, paridad entre la defensa y la acusación); (c) para que un juicio sea imparcial, es preciso que la persona menor de edad imputada pueda participar efectivamente en el proceso y para ello necesita comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y penas; (d) la persona menor de edad tiene derecho a ser escuchada directamente, en todas las etapas del proceso; (e) esto significa que, para poder participar efectivamente en el procedimiento, debe ser informada no solo de los cargos que pesan sobre ella, sino también del propio proceso de la justicia juvenil y de las medidas que podrían adoptarse; (f) se debe dar a la persona menor de edad la oportunidad de expresar su opinión sobre las medidas (sustitutivas) que podrían imponerse y deberán tenerse debidamente en cuenta las preferencias que pueda tener al respecto;³³ (g) afirmar que la persona menor de edad es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones relativas a la respuesta más apropiada que debe darse a las alegaciones de que ha infringido la ley penal.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ En sentido concordante, PIDCP, art. 14.3, letras e y g; CADH, art. 8.2, letras f y g; CDN, art. 12; y Reglas de Beijing, regla 7.

³² Observación General N° 10, *op. cit.*

³³ Ver Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 14, *op. cit.*

v) *Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley.*³⁴

20. La Corte IDH³⁵ –interpretando el art. 8.2.h de la CADH– ha sostenido que: (a) se trata de una garantía del individuo frente al Estado; (b) implica el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio (cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada), accesible (sin mayores complejidades, con mínimas formalidades), eficaz (debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido) y antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.

21. El derecho al recurso³⁶ se vulnera no solo si la sentencia condenatoria de primera instancia resulta irrecurrible, sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta no puede ser revisada.³⁷

22. La efectividad del derecho al recurso se ve afectada si la incidencia de impugnación se retrasa indebidamente.³⁸

23. La expresión “conforme a la ley” no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados la existencia misma del derecho al recurso, solo puede referirse a la regulación del procedimiento a seguir para la revisión y la determinación del órgano jurisdiccional que la llevará a cabo.³⁹

vi) *Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado.*⁴⁰

24. La Corte IDH⁴¹ ha sostenido que la asistencia de un traductor o intérprete

34 En sentido concordante, PIDCP, art. 14, numerales 1 y 5; CADH, art. 8, numerales 1 y 2.h; Reglas de Beijing, regla 7; y Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 70.

35 “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, 2 de julio de 2004; “Caso Zegarra Marín Vs. Perú”, 15 de febrero de 2017; y “Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica”, 25 de abril de 2018.

36 La CIDH ha sostenido que el derecho al recurso consagrado en el art. 8.2.h de la CADH exige la disponibilidad de un recurso contra el fallo y todos los autos procesales importantes (. Informe 55/97, Caso 11.137, 18 de noviembre de 1997).

37 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, *op. cit.*

38 *Ibidem.*

39 *Ibidem.*

40 En sentido concordante, PIDCP, art. 14.3.f; CADH, art. 8.2.a; CDN, art. 12; y Reglas Mandela, regla 62.

41 Opinión Consultiva N° 21 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacio-

constituye una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la persona menor de edad a ser oída y para que su interés superior sea una consideración primordial; de lo contrario, su participación efectiva en el procedimiento se tornaría ilusoria.

25. El Comité de Derechos del Niño⁴² ha afirmado que: (a) este derecho comprende todas las etapas del proceso, (b) que el intérprete debe hallarse capacitado para trabajar con personas menores de edad debido a que el uso y la comprensión de su lengua materna podrían ser diferentes de la de las adultas; y recomienda (c) que los Estados proporcionen también a las personas menores de edad con problemas del habla u otras discapacidades asistencia adecuada y efectiva por medio de profesionales especializados.

*vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*⁴³

26. El Comité de Derechos del Niño⁴⁴ (a) afirma que no deberá publicarse ninguna información que permita identificar a las personas menores de edad imputadas de la comisión de un delito; (b) recomienda que todas las actuaciones que se lleven a cabo se celebren a puerta cerrada, debiendo las excepciones a esta regla ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley; (c) solicita que todos los profesionales que intervengan en la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente mantengan confidencial, en todos sus contactos externos, toda la información que pueda permitir identificar a la persona menor de edad; (d) sostiene que los registros serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Con miras a evitar la estigmatización y/o los prejuicios, los registros no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicada la misma persona o como base para dictar sentencia en procesos futuros; (e) recomienda que los Estados adopten normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de las personas menores de edad cuando estas cumplan 18 años.

nal", 19 de agosto de 2014.

42 Observación General N° 10, *op. cit.*

43 En sentido concordante, PIDCP, arts. 14.1 y 17; CADH, arts. 8.5 y 11; CDN, art. 16; Reglas de Beijing, reglas 8, 21.1 y 21.2; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 19 y 40; Reglas Mandela, reglas 9, 26, 50 y 73; y Reglas de Bangkok, reglas 8, 11, 19 y 20.

44 Observación General N° 10, *op. cit.*

27. La intimidad y los datos personales de una persona menor de edad involucrada en actuaciones judiciales u otras intervenciones deben protegerse en todas las fases y esa protección debe estar garantizada por ley. En general, ello implica la prohibición de dar a conocer, sobre todo en los medios de comunicación, cualquier información que permita identificar a la persona menor de edad, con inclusión de imágenes o descripciones detalladas de esta o de su familia, nombres o direcciones de los familiares y grabaciones de audio o de video.⁴⁵

28. Los registros, la toma de muestras corporales y los procedimientos para determinar la edad o género de una persona menor de edad deberán ser compatibles con su dignidad e intimidad. Deberán prohibirse las inspecciones intrusivas vaginales y anales. Asimismo, teniendo en cuenta las necesidades propias de las niñas y su vulnerabilidad a la violencia por razón de género, se deberán emplear métodos de inspección distintos a los cacheos personales y a las inspecciones corporales invasivas (verbigracia, escaneo).⁴⁶

3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes⁴⁷ y, en particular:*

29. La Corte IDH⁴⁸ sostuvo que (a) es evidente que las condiciones en las que participa una persona menor de edad en un proceso no son las mismas en las que lo hace una adulta. Si se sostuviera otra cosa, se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de las personas menores de edad, con grave perjuicio para ellas. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento; (b) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en

⁴⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 67/187, "Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal", noviembre de 2013.

⁴⁶ En sentido concordante, Reglas Mandela, reglas 50, 51 y 52; Reglas de Bangkok, reglas 19, 20 y 21; CIDH, Principios y Buenas Prácticas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Documento aprobado en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008); Res. 69/194, "Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal", aprobada el 18 de diciembre de 2014.

⁴⁷ En sentido concordante, PIDCP, arts. 10, numeral 2.b, 3 y 14.4; CADH, art. 5.5; Reglas de Beijing, reglas 1.4, 1.6 y 2.3; y Directrices de Acción sobre el Niño en el sistema de justicia penal, directriz 14.d.

⁴⁸ Opinión Consultiva N° 17, *op. cit.* Ver también Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", *op. cit.*

el caso de las personas menores de edad el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías; y (c) una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a las personas menores de edad es el establecimiento de órganos especializados para el conocimiento de las conductas delictuales atribuidas a aquellas. Consecuentemente, las personas menores de edad a quienes se atribuya la comisión de un delito deberán quedar sujetas, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a las mayores de edad.

30. El principio de especialidad opera en el diseño de todo el sistema penal juvenil y, por lo tanto, involucra las decisiones de política criminal,⁴⁹ el catálogo de conductas específicas y principios jurídicos que habilitarán la persecución penal de una persona menor de edad, las normas adjetivas que la instrumentarán y las sanciones que podrán imponérseles;⁵⁰ asimismo, responde a la protección especial que la comunidad internacional acordó dispensar a las personas menores de edad.⁵¹

31. Al propio tiempo, requiere la especialización de la totalidad de los operadores que, desde el primer contacto de la persona menor de edad con el sistema penal hasta su finalización, intervendrán en el tránsito de aquella por dicho sistema,⁵² lo que deberá incidir también en su capacitación continua y en los procesos de selección de tales operadores.⁵³ Finalmente, se hallan implícitas las cuestiones vinculadas con la infraestructura de las instalaciones en las que la justicia juvenil funcione.⁵⁴

32. El ámbito de aplicación personal del sistema de justicia penal juvenil lo fija

49 CDN, art. 40, numerales 1 y 3, letras a y b; Reglas de Beijing, reglas 5.1 y 17; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 1; y Directrices de Riad, directrices 3, 5, 6 *in fine*, y 56.

50 CDN, art. 40, numerales 2 y 4; Reglas de Beijing, regla 2.3; Directrices de Riad, directriz 52; Directrices de Acción sobre el Niño en el sistema de justicia penal, directriz 14.a y 14.d; y Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina", *op. cit.*

51 CIDH, *Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

52 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, *op. cit.*; "Caso Bulacio Vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003; "Caso "Instituto de Reeduación del menor" Vs. Paraguay", 2 de septiembre de 2004; "Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador", *op. cit.*; y "Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela", 27 de agosto de 2014.

53 Reglas de Beijing, reglas 6.2, 6.3, 12.1 y 22; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 81, 82 y 84; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 24; Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*; y CIDH, *Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

54 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12 "El derecho del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

la edad al momento de la presunta comisión del delito.⁵⁵ En caso de que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, la persona debe ser tratada como menor de edad.⁵⁶

a) *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.*

33. Los Estados que decidan habilitar el ejercicio de poder punitivo respecto de personas menores de edad deben establecer una edad mínima, no demasiado temprana,⁵⁷ a los efectos de la responsabilidad penal (en adelante, EMRP),⁵⁸ por debajo de la cual no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal.⁵⁹

34. La EMRP no tiene –pese a la literalidad del enunciado normativo en comentario– vinculación con la capacidad⁶⁰ (o imputabilidad),⁶¹ sino con la excepcionalidad del ejercicio de poder punitivo;⁶² debe ser fijada de modo general y sin excepciones,⁶³ y los Estados no podrán reducirla sin violar el principio de no regresividad.⁶⁴

35. El Comité de Derechos del Niño alienta a los Estados a seguir elevando la EMRP⁶⁵ y recomendó no reducir la EMRP fijada en 16 años.⁶⁶

55 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.* Ver también CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

56 Corte IDH, “Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela”, *op. cit.* En igual sentido, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*

57 Reglas de Beijing, regla 4.1.

58 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*

59 *Ibidem.*

60 El Comité de Derechos del Niño afirma que niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal (Observación General N° 10, *op. cit.*).

61 Empleamos el polisémico vocablo “imputabilidad” con el significado de capacidad psíquica de culpabilidad.

62 Ver CDN, art. 40.3.b.

63 El Comité de Derechos del Niño expresó su preocupación por la práctica de prever excepciones a la EMRP, por ejemplo, cuando se acuse a la persona menor de edad de haber cometido un delito grave o cuando se considere que está suficientemente madura para considerársela responsable penalmente, y recomienda firmemente que los Estados fijen una EMRP que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor.

La CIDH ha sostenido que, en los casos en que los niños menores de la edad mínima de imputabilidad penal infrinjan las leyes penales, la exclusión legal deberá ser genérica, sin que deba hacerse un análisis caso por caso.

64 CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

65 Observación General N° 10, *op. cit.*

66 Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, CRC/C/ARG/CO/5-6, 1 de octubre de 2018.

36. La CIDH⁶⁷ insta a los Estados a elevar progresivamente la EMRP hacia una edad cercana a los 18 años.

37. La CIDH⁶⁸ ha expresado su preocupación por la privación de libertad de personas que tienen una edad por debajo de la EMRP, so pretexto de “protección”.

*b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*⁶⁹

38. Los efectos negativos del ejercicio de poder punitivo se ven intensificados cuando tiene por destinatarias a personas menores de edad.⁷⁰

39. El principio de excepcionalidad impone a los Estados promover la adopción de medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales.⁷¹

40. Las medidas alternativas al proceso penal no deben ser aplicadas selectivamente ni dar lugar a casos de discriminación;⁷² no deben limitarse a las personas menores de edad acusadas de la comisión de delitos leves, ni tampoco a quienes se encuentren acusados por primera vez de cometer un delito.⁷³

41. La Corte IDH⁷⁴ sostuvo que, para evitar o reducir la judicialización de personas menores de edad, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias que permitan la adopción de decisiones equitativas, siendo preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se violen los derechos de aquellas.

42. En todas las alternativas a la judicialización, deben cumplirse de manera irres-

67 Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

68 *Ibidem*.

69 En sentido concordante, Reglas de Beijing, reglas 6, 10, 11 y 17.4; Directrices de Riad, directrices 5 y 6; Directrices de Acción sobre el Niño en el sistema de justicia penal, directriz 15; y Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), reglas 2.5 y 5.1.

70 Corte IDH, “Caso “Instituto de Reeducción del menor” Vs. Paraguay”, *op. cit.* Ver también Opinión Consultiva N° 17, *op. cit.* y Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*

71 Corte IDH, “Caso “Instituto de Reeducción del menor” Vs. Paraguay”, *op. cit.*; CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.* En igual sentido, Reglas de Beijing, reglas 6, 11 y su comentario oficial, y 17.4; Directrices de Riad, directrices 5 y 6; y Directrices de Acción sobre el Niño en el sistema de justicia penal, directriz 15.

72 CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, *op. cit.*

73 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*

74 Opinión Consultiva OC N° 17, *op. cit.* Ver también “Caso “Instituto de Reeducción del menor” Vs. Paraguay”, *op. cit.*

tricta las garantías del debido proceso.⁷⁵ Dichas alternativas incluyen programas de remisión,⁷⁶ programas de justicia restitutiva y la aplicación de criterios de oportunidad.⁷⁷

43. Entre las salvaguardias para la aplicación de los programas de remisión⁷⁸ o de medios alternativos de solución de controversias se prevé: (a) que deberán ser empleadas únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar a la persona imputada;⁷⁹ (b) el consentimiento de la persona menor de edad⁸⁰; (c) que, de acuerdo con el principio de mínima intervención,⁸¹ las obligaciones sean razonables y proporcionadas;⁸² (d) la asistencia letrada⁸³ y de los padres o tutor;⁸⁴ (e) la posibilidad de obtener su revisión judicial;⁸⁵ (f) la prohibición de utilización de la participación de la persona menor de edad como prueba en procesos ulteriores;⁸⁶ y (f) la imposibilidad de que el incumplimiento de un acuerdo sirva de justificación para una condena más severa en sede penal.⁸⁷

4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde*

⁷⁵ CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit. y Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 15.

⁷⁶ Reglas de Beijing, regla 11 y su comentario oficial.

⁷⁷ CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

⁷⁸ La CIDH considera que los programas de remisión que administran las instituciones de servicios sociales y que no tienen vínculos con la policía plantean un menor riesgo de que las personas menores de edad sean coaccionadas a participar en estos (Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.).

⁷⁹ Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal (Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Anexo), principio 7; y CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Reglas de Tokio, regla 2.6.

⁸² Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, principio 7.

⁸³ CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

⁸⁴ Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, principio 13.a.

⁸⁵ CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

⁸⁶ Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, principio 8; y CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

⁸⁷ *Ibidem*, principio 17; y CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

*proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*⁸⁸

44. El principio de especialidad implica, también, un trato punitivo privilegiado.⁸⁹

45. La imposición de penas a personas menores de edad cuenta con lógica propia y se rige por los principios de excepcionalidad, máxima brevedad y proporcionalidad;⁹⁰ lo que incluye la delimitación temporal del castigo y la posibilidad de su revisión periódica, al tiempo que la permanencia de personas menores de edad en instituciones de encierro debe ser utilizada como medida de último recurso, durante el período más breve que proceda⁹¹ y ajustarse estrictamente a las normas de protección que su condición demanda.⁹²

46. Los Estados tienen la obligación de establecer alternativas a la privación de la libertad de las personas menores de edad declaradas culpables de la comisión de un delito.⁹³

47. El uso de medidas alternativas a la privación de libertad en el caso de las personas menores de edad no solo garantiza adecuadamente su derecho a la libertad personal sino que, además, sirve para proteger sus derechos a la vida, a la integridad personal, al desarrollo y a la vida familiar, entre otros.⁹⁴

48. Las medidas que impliquen alguna forma de privación de la libertad⁹⁵ no pueden considerarse medidas alternativas.⁹⁶

49. Rigen para su aplicación los principios de proporcionalidad de la pena e intervención mínima.⁹⁷

88 En sentido concordante, Reglas Mandela, observación preliminar 4.2; Reglas de Beijing, reglas 5, 6, 18.1 y 28; Reglas de Tokio, reglas 1.5, 2.3 y 8.1; y Directrices de Acción sobre el Niño, directriz 15.

89 Reglas de Beijing, reglas 5, 6, 17, 18, 19 y 28.1.

90 Reglas de Beijing, reglas 5 y 17.a.

91 CDN, art. 37.b. (ver comentario en esta obra); Reglas de Beijing, reglas 17.b y c, y 19; Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 1, 2 y 3; y Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 18.

92 Reglas de Beijing, reglas 26, 27 y 28; Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 30 y 32; y CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit. Ver también comentario art. 37 en esta obra.

93 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, op. cit. En sentido concordante, CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit. Ver también Reglas de Beijing, reglas 18 y 28; y Reglas de Tokio, reglas 1.5 y 2.3.

94 CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

95 Para evitar eufemismos, ver las definiciones de privación de libertad de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (regla 11.b) y de los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas (disposición general).

96 CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.; Reglas de Tokio, reglas 2.6 y 3.2.

97 Reglas de Beijing, regla 5.1 y 17.1.a; Reglas de Tokio, regla 2.3; CIDH, Informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, op. cit.

50. Entre las salvaguardias legales para la selección e implementación de medidas no privativas de la libertad se encuentran: (a) la necesidad de su previsión legal;⁹⁸ (b) la necesidad de contar con el consentimiento de la persona imputada;⁹⁹ (c) la posibilidad de revisión jurisdiccional a petición de la persona imputada;¹⁰⁰ (d) la prohibición de medidas que conlleven un riesgo de daños físicos o mentales;¹⁰¹ (e) la prohibición de imponer restricciones a los derechos de la persona imputada que excedan las impuestas al momento de disponerlas;¹⁰² (f) el respeto por la dignidad personal, y la intimidad de la persona imputada y la de su familia;¹⁰³ (g) deberán tener una duración determinada, con posibilidad de interrupción anticipada;¹⁰⁴ (h) las obligaciones impuestas deben ser prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tener por objeto incrementar las posibilidades de reinserción social;¹⁰⁵ y (i) la posibilidad de modificarlas, pues el fracaso de una medida no privativa de libertad no podrá significar la imposición de una medida privativa de la libertad.¹⁰⁶

98 Reglas de Tokio, regla 3.

99 *Ibidem*.

100 *Ibidem*.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*.

103 *Ibidem*.

104 Reglas de Tokio, regla 11.

105 *Ibidem*, regla 12.

106 *Ibidem*, regla 14.3. Ver también Reglas de Beijing, regla 23.

Con motivo de conmemorarse 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño hemos reunido en esta obra a diversos autores que desempeñan o han desempeñado una labor de relevancia en la promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Los autores aportan una mirada actual que no solo refleja las transformaciones sociales de estos últimos 30 años sino también la resignificación del contenido y el ejercicio de los derechos por parte de niñas, niños y adolescentes.

Esperamos que constituya una herramienta que colabore con el trabajo diario de los operadores del sistema de protección integral en pos de garantizar los derechos de las personas menores de edad frente a los desafíos que presenta la sociedad actual.

Anhelamos también contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad que comenzó a construirse a partir de la sanción de la Convención.



Ministerio Público Tutelar

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

ASESORÍA GENERAL TUTELAR

Perú 143, 12° piso. C.A.B.A.

(+ 54 11) 5297-8000

agt@mptutelar.gob.ar

www.mptutelar.gob.ar

Líneas de acceso a la justicia



0800 12 ASESORIA (27376)

Lunes a viernes de 9 a 16 hs.



15 7037 7037

Lunes a viernes de 9 a 20 hs.



mptutelar