



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Trabajo de Graduación

**El Interés Superior del Niño y su protección como sujeto de derechos: la
(re)construcción del principio.**

Autora: Juliana Simonetta

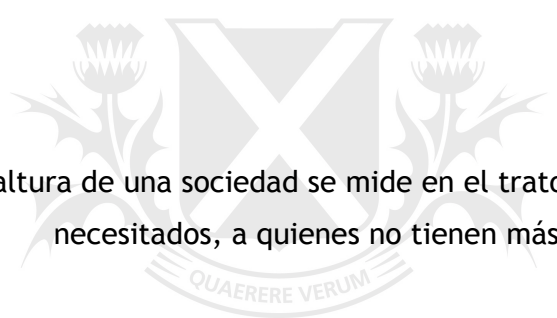
Legajo: 20206

Mentora: Gloria Orrego

San Fernando, 1 de agosto de 2013



Universidad de
San Andrés

The logo of the University of San Andrés is centered in the background. It features a shield with a white saltire (X-shape) on a dark background, flanked by two thistles. Below the shield is a banner with the Latin motto "QUAERERE VERUM".

“La altura de una sociedad se mide en el trato que da a los más necesitados, a quienes no tienen más que su pobreza.”

Francisco¹

Universidad de
San Andrés

¹ Papa Francisco. (Pontifex_es). 25 de julio de 2013. Tweet.



Universidad de
San Andrés

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil de Argentina
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CIDH	Comisión Interamericana de los Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional de Argentina
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CtDH	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CtDN	Comité de los Derechos del Niño
CtIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADDH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DGIN	Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños
DRIAD	Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DUDN	Declaración Universal de los Derechos del Niño
GFS	Goldstein, Freud y Solnit
ISN	Interés Superior del Niño
LPINNA	Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes
OC17	Opinión Consultiva 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
OG10	Observación General No. 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores
OG12	Observación General Nro. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado
OG17	Observación General No. 17, Artículo 24 - Derechos del niño
OG19	Observación General No. 19, Artículo 23 - La familia
OG5	Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la CDN
OG7	Observación General No. 7 (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia.
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNSSPR	Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable
RBEIJ	Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de la Justicia Juvenil
RPMLP	Reglas de la ONU para la Protección de los Menores Privados de Libertad
RTOK	Reglas Mínimas de la ONU sobre las Medidas No Privativas de la Libertad



Universidad de
San Andrés

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	9
División del trabajo	12
CAPÍTULO I: MARCO LEGAL	14
A. El ISN en los instrumentos internacionales	14
B. Los orígenes del ISN	21
B1. Goldstein, Freud y Solnit (GFS): la alternativa disponible menos perjudicial	22
B2. Robert Mnookin y John Eekelaar: la indeterminación y el autodeterminismo dinámico	26
CAPÍTULO II: EL NIÑO	30
A. ¿Quién es un niño?	30
A1. Evolución del término	31
A2. Visión legal	39
A3. El niño en la CDN	44
A4. Otros documentos y organismos.....	45
A5. Dos principios sobre la condición jurídica de los niños.....	46
B. La situación argentina	59
B1. Un cambio de paradigma	59
B2. ¿Qué se entiende por niño en Argentina?	62
CAPÍTULO III: LA (RE)CONSTRUCCIÓN DEL ISN	66
A. ¿Qué es el ISN?	67
A1. La doctrina y el ISN	67
A2. Los roles del ISN	82
CAPÍTULO IV: EL ISN EN ARGENTINA	83
A. ISN en el marco legal	84
A1. Problemas en la definición argentina	90
B. El ISN en el ámbito judicial	95
B1. El uso del ISN por parte del Poder Judicial.....	95
C. Aplicación del ISN en casos concretos	112
C1. El ISN y la restitución de niños	113

C2. El ISN y la diferenciación según la edad	117
C3. El ISN y el derecho a la intimidad	119
C4. El ISN y un fallo contra legem	123
C5. El ISN y la Educación	124
C6. El ISN y el derecho a la salud	125
CAPÍTULO V: LOS LÍMITES DEL ISN	136
A. Lo mejor: sujeto de derechos con protección especial.....	136
B. La sociedad y sus valores.....	137
B1. Los niños	140
B2. La protección de la familia	140
B3. El rol de los padres	147
B4. El rol de la Ley	150
CAPÍTULO VI: EL CONTENIDO SUSTANTIVO del ISN.....	162
A. El consenso de tres valores	162
A1. Interés superior de un sujeto de derechos	163
A2. ISN y la familia como ámbito primario de desarrollo	163
A3. Mínima intervención estatal	165
B. La construcción de dos pilares	170
B1. El trabajo interdisciplinario.....	170
B2. El debate social	173
CONCLUSIONES.....	174
BIBLIOGRAFÍA	183
ANEXOS	197

INTRODUCCIÓN

¿Por qué escribir sobre ‘Derechos del Niño’? ¿Quiénes son los niños?

“Los niños son el futuro”. Esta suele ser la respuesta que a menudo se escucha. Claro que son el futuro, pero para que los niños *tengan* futuro debemos cuidar su presente. Hay datos y cifras que revelan que muchos niños a lo largo y a lo ancho del mundo viven en contextos de pobreza, guerra, maltrato, desnutrición, desigualdad, discriminación y violación de sus derechos.^{2 3} Su presente es aterrador. Argentina no escapa a esta realidad. Aquí también los derechos de los niños son violados de manera cotidiana.⁴

² “Si se hiciera un recorrido por cada uno de los países de la región, cifras de mortalidad, desnutrición, enfermedad, analfabetismo, falta de educación primaria, explotación laboral y sexual y abandono, podría afirmarse que los derechos de los niños son los derechos humanos más prematuramente y más extensamente violados.” Solari, Néstor E.; “La Niñez Y Sus Nuevos Paradigmas”, pág. 12, (Ed.) La Ley, Buenos Aires.

³ “En este momento casi 215 millones de niñas y niños en el mundo no están en la escuela ni jugando: están trabajando (...).” UNICEF Argentina. (@UNICEFArgentina). 2003, junio 12, Tweet.; “Más de 750 niños fueron separados por sus padres por violencia en lo que va del año. (...).” UNICEF Argentina. (@UNICEFArgentina). 2003, junio 19, Tweet.; “Más del 50 por ciento de los Jóvenes privados de libertad está en tratamiento por adicciones (...).” SecNiñezAdolescencia. (@SecNyA). 2013, Julio 3, Tweet.; “En América Latina 14.000.000 de niños menores de 14 años trabajan en minas, plantaciones, calles, basurales (...).” UNESCO en español (@UNESCO_es). 2003, junio 27, Tweet.; “57 millones de niños sin escolarizar; casi la mitad de ellos nunca asistirá a la escuela (...).” Naciones Unidas (@ONUWeb). 2013, junio 10, Tweet.; “Unos 240.000 niños, privados del cuidado de sus padres, viven en instituciones en toda América Latina y el Caribe (...).” Naciones Unidas (@ONUWeb). 2013, junio 5, Tweet.; “215 millones de niños son víctimas de la explotación infantil. (...).” Naciones Unidas (@ONUWeb). 2013, junio 3, Tweet.; “16 millones de chicas menores de 18 años dan a luz cada año (...).” UNICEF Argentina. (@UNICEFArgentina). 2003, julio 11, Tweet.; “Unas 30 millones de niñas corren riesgo de sufrir ablación de clítoris (...).” UNICEF en español. (@UNICEFenEspanol). 2003, junio 25, Tweet.

⁴ Por ejemplo, “26,6% de la niñez urbana, tras casi una década de importantes progresos sociales y económicos, experimenta privaciones sociales en dimensiones de derechos fundamentales como: alimentación, saneamiento, vivienda digna, educación, información y salud.” Nair, Belén Castillo; “*Del modelo fisiológico al modelo social de la pobreza · Un repaso de la evolución del pensamiento y debate en torno a la pobreza*” en Publicación trimestral de la Asociación Civil Observatorio Social Número 37: Nuevos modelos de medición de la pobreza, pág. 4, 2013, http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/Revista_Observatorio_Social_-37.pdf; “43% de

En el presente trabajo se busca analizar uno de los tantos problemas de la niñez en la Argentina: el respeto de los derechos humanos de los niños. Es por ello que se realiza una discusión teórica relativa al principio del *interés superior del niño* (ISN).

Se procura evitar el lenguaje sexista, excluyente y peyorativo. No obstante, de manera de mantener una coherencia con las regulaciones internacionales, se adopta la traducción oficial de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁵ y por lo tanto se habla del interés superior del *niño*. Con ello no se busca excluir a las niñas y/o adolescentes.^{6 7}

las madres adolescentes solo alcanzó la primaria completa (...). El 8% de niñas y niños del país padecen de desnutrición crónica” Estadísticas vitales 2010. DEIS (Dirección de Estadísticas e Información de Salud), Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación. 3. Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de SIDA y ETS, 2012. Citado en “Promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes”, Informe Anual de actividades Argentina 2012, UNICEF ARGENTINA pág. 19, 2012.; “Aproximadamente el 7% de los niños con edades comprendidas entre los 5 y los 14 años trabaja para que sus familias satisfagan sus necesidades alimentarias y de salud.” Descubriendo los Derechos del Niño en Argentina (última entrada 29 de julio de 2013), <http://www.humanium.org/es/argentina/> Niños de Argentina.

⁵ Convención de los Derechos del Niño. Nov. 20, 1989. Ver anexo 4.

⁶ Esta aclaración hace referencia a la especial distinción introducida por la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (de ahora en adelante LPINNA). Ver anexo 5.

Augusto Belluscio ha criticado el trato dado por la ley al sostener que: “Se observa en primer lugar que el Congreso se ha plegado al prurito antidiscriminatorio de pasar por alto las reglas gramaticales incurriendo en la reiteración “niñas y niños” en lugar de utilizar el masculino, que en el idioma español abarca a ambos géneros. En rigor, la alteración del idioma no alcanza para eliminar atisbos discriminatorios, ya que también podría sostenerse que la expresión “niños y niñas” es discriminatoria para el sexo femenino, puesto que coloca adelante al varón, y que “niñas y niños” lo es para el sexo masculino por la razón inversa. El despropósito gramatical llega en el art. 33 a la alusión a “uno o varias niñas, niños o adolescentes”; llevando al extremo la preocupación por la posible discriminación debió haberse dicho “una o varias niñas, uno o varios niños, una, varias, uno o varios adolescentes”, ya que en el “uno” se ha deslizado la supuesta preferencia por el género masculino.” Belluscio, Augusto; “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, pág. 1, (Ed.) La Ley, 2006 (1 - LA LEY2006-B, 701).

Nuestra preferencia se basa en el trato adoptado por la Convención de Derecho del Niño, la cual habla de *niños*. En sentido similar a este trabajo se proclamó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH): “El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes.”

Al mismo tiempo, al hablar de niñez también se debe tener en cuenta que se abarca tanto la niñez como la adolescencia, salvo que se aclare lo contrario.

Se propone hacer uso de legislación internacional, nacional, jurisprudencia y doctrina. Se utilizará la jurisprudencia a modo de ejemplificar las problemáticas relativas a dicho principio. No se trata de llevar a cabo un estudio etnográfico, ni tampoco un análisis empírico, sino de realizar un análisis conceptual sobre el significado y la interpretación que se le ha dado ya que ello ha tenido gran incidencia sobre la práctica judicial y legislativa. Al mismo tiempo, dicho análisis no pretende ser exhaustivo ya que se necesitaría un extenso trabajo de investigación interdisciplinaria para poder hacerlo.

El uso de *determinados* fallos judiciales servirá para retratar la situación de los niños que se busca identificar. A pesar de que existen casos en los que se reivindican derechos, también se han dictado otros tantos en los que la interpretación realizada termina perjudicando a los niños involucrados. Al no realizar un barrido de casos, se ha decidido utilizar fallos que revelen cuáles son los inconvenientes en la interpretación o que

CtIDH, Opinión Consultiva Nro17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A No17, del 28 de agosto de 2002, nota 45. (En adelante OC17).

González del Solar indica que “(...) más allá de las palabras que la ley usa para poner énfasis en que los derechos se reconocen por igual a varones y mujeres, sin preferencia por razón de sexo, nosotros usaremos en adelante la locución ‘niños y adolescentes’ para nombrar a todos los que de uno y otro sexo que se hallan en la niñez, tanto en la infancia como en la adolescencia menor de dieciocho años. Con ellos abreviamos, a la vez que respetamos la terminología legal -pues y como es sabido en la de la Convención basta con hablar de ‘niños’ (...).” González del Solar, José Horacio; “Derecho de la minoridad. Adenda a la ley 26.061”, pág. 4, (Ed.) Mediterránea, Córdoba, 2006.

⁷ Orlando Gabriele se refiere a la distinción entre ambos términos al sostener que “en razón de los alcances jurídicos que la norma minoril quiere brindar a la minoridad en general, indiferente será llamarlos “niñas, niños y adolescentes” o “niños y adolescentes”, ya que no se está preferenciando uno y otro sexo; sin embargo, jurídicamente, las diferencias pueden surgir entre denominaciones como la mencionada en último término, la de menor incapaz y la de “niños” solamente, situación de la cual, por razones de diversa índole y de efectos de acuerdo con la edad del *sujeto menor*, pueden derivarse distintas consecuencias.” Orlando, Gabriela; “Normativa de la familia y la minoridad”, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2006.

contribuyan a dilucidar su aplicación. Esta decisión metodológica supone que la existencia de, por lo menos, un fallo en el que la interpretación sea perjudicial es razón suficiente para advertir sobre la existencia de un problema.

Paralelamente, este trabajo no busca dar respuestas concretas o proporcionar una guía de pasos a seguir, sino que quiere contribuir al debate existente, develando ciertos aspectos importantes que se cree servirán para esclarecer puntos ciegos sobre el ISN -el cual creemos que es una gran herramienta del Derecho para mejorar su situación- y así poder brindarles a los adultos mejores herramientas para continuar con la defensa de los niños y sus derechos.

División del trabajo

Para el análisis estructuramos el trabajo en seis capítulos, que a su vez se dividen en subcapítulos y secciones.

En el Capítulo I se estudiará el marco legal global del ISN. Partiendo de la CDN, se presentarán diversos instrumentos internacionales que hacen referencia al principio. Con ello se pretende entender su rol a nivel mundial. Además, iremos atrás en el tiempo mencionando sus raíces en los sistemas domésticos. Particularmente analizaremos dos aproximaciones que se han hecho antes de la sanción de la CDN y de la consagración del principio del ISN como un pilar de los Derechos del Niño.

En el Capítulo II nos detendremos a reflexionar sobre la concepción del “niño”. El objetivo es el de determinar quiénes son los que gozan de la protección legal. Nuevamente, para obtener una mejor visión nos internaremos en el pasado tanto en términos sociales como legales. Con la ayuda de los trabajos de diversos historiadores y las definiciones legales expondremos las distintas miradas y entendimientos que se fueron teniendo sobre la infancia a lo largo del tiempo. En especial examinaremos el impacto que ha tenido la CDN, y el consiguiente cambio de paradigmas que se suscitó sobre la niñez mundial y nacional.

El Capítulo III propondrá una mirada doctrinaria del principio de ISN. Esta fuente del Derecho permitirá reconstruir un concepto que a nivel legal ha sido reconocido como vago y ambiguo. No sólo se contemplarán definiciones del término sino que también se utilizarán las posturas que ofrecieron una lectura de sus funciones.

Tras haber definido el origen del ISN y la evolución de la niñez, en el Capítulo IV analizaremos la situación particular de Argentina. Primero, se analizará el marco legal doméstico. Usaremos la Ley de Protección Integral de la Niñez y las legislaciones provinciales que tratan sobre el tema. Luego, pasaremos al ámbito judicial. Allí, se tratará el problema de la vaguedad y la discrecionalidad. Asimismo, seguiremos reconstruyendo el principio con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por último, se buscará comprender su interpretación y aplicación en determinados casos.

En el Capítulo V veremos que este principio no fue forjado en el vacío. Su aparición en la CDN estuvo acompañada de una transformación radical del entendimiento del niño. Tal cambio ha generado la necesidad de una reconfiguración de los roles adultos. Utilizaremos esta sección para determinar en qué medida se transformó el mundo de los mayores. Para ello, pensaremos en los padres, en los jueces y en los abogados.

Por último, en el Capítulo VI se analizará el contenido sustantivo del ISN. Por un lado, se propondrán tres valores necesarios para que el ISN pueda satisfacerse: el niño como sujeto de derechos; la protección familiar y la mínima intervención estatal. Por el otro, se plantearán dos pilares a desarrollar para generar una cultura en la que el ISN pueda desenvolverse mejor: la necesidad del trabajo interdisciplinario y del debate social sobre la niñez.

Esta estructura invita a una discusión más profunda del uso incorrecto del principio y la restricción y violación de los derechos humanos de los niños.

CAPÍTULO I: MARCO LEGAL

A. El ISN en los instrumentos internacionales

En la actualidad no se puede hablar de los Derechos del Niño sin hacer referencia a la CDN, uno de los instrumentos internacionales con mayores adherencias y ratificaciones.⁸ Ella ha contribuido al cambio de paradigmas de la concepción de la niñez.

En esta transformación uno de los principios rectores ha sido el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (ISN). La referencia al mismo, a nivel internacional, puede rastrearse hasta la *Declaración Universal de los Derechos del Niño* (DUDN)⁹ del 20 de noviembre de 1959. No obstante, es recién al dictarse la CDN cuando se comienza a concebir tal principio como el eje del cambio de visiones sobre el rol que tienen los niños.

La CDN establece en su artículo 3(1) que: “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.* (...)”¹⁰

Además de este artículo que concentra al ISN, se insiste sobre él en cuestiones de separación de los hijos de sus padres; de mantenimiento de vínculos con los progenitores no convivientes; de adopción; y de protección de niños que han infringido la ley penal.

⁸ Hasta el momento no han ratificado la CDN únicamente Estados Unidos y Somalia.

“[La] importancia [de la CDN] es también destacada por la rapidez sin precedentes con que los gobiernos la han ratificado o se han adherido a la misma y por el gran número de Estados-parte que ha atraído en el espacio de los cuatro años desde que se abrió a la firma (...)” Alston, Phillip; “The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights”, págs. 1 y 2, 8 Int'l J.L. & Fam. 1-23, 1994. (Traducción propia) A los fines de facilitar la lectura, en adelante todas las traducciones serán propias salvo que se indique lo contrario.

⁹ Declaración Universal de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386-XIV del 20 de noviembre de 1959. Ver anexo 2.

¹⁰ CDN. Ver anexo 4. (Énfasis propio. A los fines de facilitar la lectura, en adelante los resaltados serán propios salvo que se indique lo contrario).

Primero, al hablar de la adopción, el ISN debe ser “*la consideración primordial*” (art. 21). También a los padres o representantes legales se les solicita que el ISN sea “*su preocupación fundamental*” (art. 18).

A lo largo del tratado a su vez se hace referencia al ISN de manera más laxa. Tales son los casos del artículo 9 que habla de la separación de los niños de sus padres cuando sea “*necesaria en el ISN*” (art.9.1) y ampara el derecho de un niño a mantener contacto con sus padres en caso de separación salvo que sea “*contrario al ISN*” (art. 9.3); del artículo 20, que se refiere a la separación del niño del contexto familiar “*si el ISN [exige] que no [permanezca] en ese medio*” (art. 20.1); del artículo 37, vinculado a la separación de los adultos de los niños en custodia “*a menos que ello se considere contrario al ISN*” (art. 37.c); y del artículo 40 y el derecho a una audiencia penal justa en la presencia de un padre o representante “*a menos que se considere que ello fuere contrario al ISN*” (art. 40.2.iii).

Dadas estas normas, se entiende que el interés de los niños no es la única consideración a tener en cuenta.¹¹ No obstante, es un aspecto que posee un gran peso y que no debe ser tomado a la ligera en ninguna decisión que los afecte.¹²

Ahora bien, para los asuntos de familia tales como la adopción, la guarda, y el régimen de visita de los padres, la CDN ha calificado al ISN como *la consideración primaria*, tal como se aclara en los artículos pertinentes -y en consonancia con estándares de instrumentos internacionales previos.

Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) del año 1979.¹³ La misma

¹¹ Para una discusión más detallada sobre el entendimiento de la palabra “consideración” ver Alston., *supra* nota 8, en sección 3.

¹² David Archard y Marit Skivenes señalan que es posible que el ISN sea de supremacía global, tal como en Noruega en donde todos los artículos de la CDN deben ser interpretados en función del ISN. Archard, David y Skivenes, Marit; “Balancing a Child’s Best Interests and a Child’s Views”, pág. 2, 17 Int J.Child Rights, 1-21, 2009.

¹³ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General en su Resolución 34/180

sostiene que en temas de educación familiar “el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos” (art. 5.b). En relación con la responsabilidad parental (art. 16.d) y tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos o instituciones análogas “los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (art. 16.f). La CDN no diluye estos estándares.¹⁴

Por un lado, desde su inclusión en la CDN, el ISN también ha sido incorporado en otros instrumentos internacionales.

En el preámbulo del Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados del 2002¹⁵ podemos leer:

“(…) Convencidos de que un protocolo facultativo de la Convención por el que se eleve la edad mínima para el posible reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades contribuirá eficazmente a la aplicación del principio de que *el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que le conciernan* (…).”

En el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹⁶ del 2002, se sostiene que

(A/RES/34/180 del 18 de diciembre de 1979); entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981. Ver anexo 3.

¹⁴ Es interesante resaltar el hecho de que en instrumentos previos a la CDN se hace mención al interés del hijo o del menor. Éste también es el caso del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores adoptado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en su 14a. sesión del 25 de octubre de 1980 (y entrado en vigor el 1º de diciembre de 1983), aprobado por la Ley N° 23.857 (B.O. 27000, 31-10-90).

(En su preámbulo sostiene: “Los Estados signatarios del presente Convenio, Profundamente convencidos de que los intereses del *menor* son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia . . . ”)

¹⁵ Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados adoptado por la Asamblea General en su Resolución 54/263 (A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000). Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.

¹⁶ Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía aprobado por la Asamblea General en su Resolución 54/263 (A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000). Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

“Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, *la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño.*” (Art. 8.3).

También en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁷ del 2006 se hace referencia al ISN.

“En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una *consideración primordial será la protección del interés superior del niño.*” (Artículo 7.2).

“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”. (artículo 23.2).

“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”(artículo 23.4).

Al mismo tiempo, se hace uso del ISN en la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en material de Adopción

¹⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 61/611 del 2006. (A/RES/61/611). (La Convención reconoce que los niños y niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás).

Internacional de 1993 en su artículo 4(b).¹⁸

Por el otro lado, a nivel nacional, el principio había sido incluido en los sistemas legales de varias naciones previo a la CDN. En general, se lo limitaba a casos individuales de asuntos de familias, en su mayoría para tenencia y adopciones; y de manera menos popular, en legislaciones escolares y del cuidado de niños.¹⁹

La CDN no define el ISN.²⁰ “Si analizamos el principio del interés superior en su totalidad, no hay una explicación particular sobre su aplicación. No delinea deberes particulares, ni tampoco declara reglas precisas. En su lugar, postula el principio de que “el interés superior del niño debe ser una consideración primordial.”²¹ Ello ha presentado una serie de problemas en

¹⁸ No se comentará sobre dicho instrumento por cuestiones de espacio, y debido a que la Argentina ha hecho una reserva al art. 21 de la CDN en lo que respecta la adopción internacional.

¹⁹ Hammarberg, Thomas. Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa; discurso “The Principle of the Best Interests of the Child - What it means and what it demands from adults”, Varsovia, 2008. CommDH/Speech(2008)10. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1304019#>

Similarmente se han pronunciado Gil Domínguez, Famá y Herrera: “Hasta la sanción de la CDN, el uso del ISN ‘en el derecho interno de los diversos estados resultaba limitada normalmente al ámbito de la tutela, o sea, enfrentando a los padres biológicos con los no biológicos, a los padres contra los abuelos, a las madres contra las madres sustitutas y a los padres contra los organismos encargados del bienestar de la infancia’.” Gil Domínguez, A., Famá, M. V., & Herrera, M; “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes: Derecho constitucional de familia ; comentada - anotada - concordada” pág. 80, (Ed.) Ediar, Buenos Aires, 2007. Y también Tavip: “Son luego las legislaciones nacionales las que van recepcionando el concepto de interés superior como aplicable a situaciones en material de familia y de ‘minoridad’” Tavip, Gabriel Eugenio; “¿De qué hablamos cuando hablamos de ‘Interés Superior del Niño?’” en Lloveras, N., & Bonzano, M. A. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes, pág. 115, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2010.

²⁰ Similarmente Solari sostuvo: “La CDN no define el ‘interés superior del niño’, lo cual, por otra parte, sería ilusorio precisar en un concepto único y universal, aplicable a todos los casos y en cada uno de las situaciones posibles lo que dicho principio significa. De ahí que sea oportuno señalar que es imposible pretender una definición jurídica, en abstracto, del referido principio.” Solari, Néstor E.; “Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño”, pág. 4, 27 DFyP. 4, 2010.

²¹ Zermatten, Jean; “The best interest of the child principle: Literal analysis and function”, pág. 485, 18 Int J.Child Rights, 483-499, 2010. Ver también Alston, *supra* nota 8, en Secciones 2 y 3.; Archard, David; “The moral and political status of children”, (Ed.) Oxford University Press, Oxford, 2002.

su aplicación e interpretación. Los mismos se relacionan con la falta de un método para determinar qué criterios utilizar para sopesar las alternativas.

Al mismo tiempo, como se ha visto en lo referente a las legislaciones internacionales, este principio no cuenta con una aproximación única. A ello, también se suma la variación de redacciones según los idiomas tanto dentro de la CDN, como en otras convenciones.

No existe una única versión de la CDN dadas sus diversas traducciones. La traducción literal del texto en inglés (*best interest of the child*) sería el *mejor interés del niño*, en vez del utilizado ISN. En este sentido, la opción empleada “da lugar a equívocos (...). ‘Interés superior’ da idea de comparación, esto es, que en la colisión entre el interés del menor y el de otro sujeto del derecho debe prevalecer la solución que prefiera al primero. En cambio, el “mejor interés” es lo que más convenga al menor, lo que no necesariamente ha de coincidir con el interés que se enfrenta con el de otro u otros sujetos del derecho, por ejemplo, los padres”.²²

La CDN no es el único tratado que presenta este problema. Además, a modo de ejemplo, puede encontrarse esta diferencia según idiomas en la CEDAW. En castellano, en ambos artículos en los que es mencionado se lee que el *interés* (art. 5.b) o *intereses* (art. 16.d y f) será/n la/s *consideración primordial*. En el texto inglés hay una diferencia entre los artículos que no ha sido traducida al castellano. En aquel caso, el art. 5.b habla sobre “*the primordial consideration*” mientras que en el otro artículo se lee “*the*

²² Belluscio, *supra* nota 6, en pág. 4.

En similar sentido, “Genera dudas la versión inglesa de la Convención, ya que la expresión utilizada ya no es interés superior sino ‘mejores intereses’ (best interests), términos con los que se describe el bienestar de un niño determinado por una variedad de circunstancias personales, tales como la edad, el nivel de madurez, la presencia o ausencia de padres, su ambiente y experiencias. Una interpretación literal de la locución “interés superior” sugiere una relación de prioridad entre los propios derechos y los de los demás; en cambio, por “mejor interés” podría entenderse como el resultado más beneficioso para el menor, si no fuera porque forma parte de una frase que estatuye otorgarle una consideración capital (primary consideration).” Rodríguez de Taborda, María Cristina; “La Convención de los Derechos del Niño en la jurisprudencia de la Corte”, pág. 3, 1 Sup. Act. 27/09/2012.

interests of the children shall be *paramount*".²³

Ante los problemas que los textos legales presentan por la falta de definición y trato unitario, diversos organismos han proporcionado sus contribuciones. El Comité de los Derechos del Niño (CtDN), creado por la CDN se ha pronunciado sobre el ISN. Aquél se encuentra facultado para formular observaciones y recomendaciones en relación a los informes presentados por las naciones. A su vez, carece de facultades para imponer sanciones.²⁴ Entre varias de sus observaciones destacamos las siguientes:

En la Observación General No. 5 del 2003 sostuvo que “se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los niños.”²⁵

En su Observación General No. 7 del 2005 ha definido al ISN como un principio general que debe guiar la interpretación de toda la CDN. Al mismo tiempo indicó que su aplicación debe realizarse tanto en casos individuales como en relación con los grupos de niños o los niños en general.²⁶

²³ Este es un ejemplo utilizado para ilustrar la situación. Un análisis más detallado de todas las inconsistencias entre las traducción se encuentra fuera del alcance de este trabajo.

²⁴ CNC, *supra* nota 5, en arts. 43-45.

²⁵ CtDN. Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). CRC/GC/2003/5, párr. 45-47. (OG5)

²⁶ “El principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño (...)

a) Interés superior de los niños como individuos. Todas las decisiones adoptadas en relación con la atención, educación, etc. del niño deben tener en cuenta el principio de interés superior del niño, en particular las decisiones que adopten los padres, profesionales y otras personas responsables de los niños. Se apremia a los Estados Partes a que establezcan disposiciones para que los niños pequeños, en todos los procesos legales, sean representados independientemente por alguien que actúe en interés del niño, y a que se escuche a los niños en todos los casos en los que sean capaces de expresar sus opiniones o preferencias.

b) Interés superior de los niños pequeños como grupo o colectivo. Toda innovación de la legislación y las políticas, decisión administrativa y judicial y provisión de servicios que afecten a los niños deben tener en cuenta el principio del interés superior del niño. Ello incluye las medidas que afecten directamente a los niños (por ejemplo, en relación con los servicios de atención de la salud, sistemas de guarda o escuelas), así como aquellas que repercutan indirectamente en los niños pequeños (por

También lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CtDH) en su Observación General No. 17²⁷ y en la Observación General No. 19.²⁸

Todos estos instrumentos demuestran el amplio rango de aplicación que ha adquirido el ISN, así como también su uso generalizado para todo tipo de discusiones legales relativas a los niños.

B. Los orígenes del ISN

Como hemos indicado arriba, el término del ISN comenzó a utilizarse desde antes de la CDN. La reflexión sobre sus orígenes contribuye a entender la decisión de los que redactaron la CDN de incluirlo allí.

El ISN se aplicaba a nivel nacional en asuntos que se vinculaban a la relación de los padres y los hijos. Es así que puede rastrearse “hasta el siglo XVIII en el Derecho Inglés, en el que “(...) aparece en la práctica de la *Chancery Court* a fines del s. XVIII y en el XIX la *Guardianship of Infants* de 1886 prescribía que el *child’s welfare* fuera una *relevant consideration* junto con otras (la conducta y los deseos de los padres). El *1925 Act* hizo del

ejemplo, en relación con el medio ambiente, la vivienda o el transporte).” CtDN. Observación General No. 7 (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia. (CRC/C/GC/7/Rev.1), párr. 13. (OG7).

²⁷ CtDH. Observación General No. 17, Comentarios generales adoptados por el CtDH, Artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989). párr. 6. (OG17). (“En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres”).

²⁸ CtDH. Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el CtDH, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). párr. 6. (OG19) (“Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto. En particular, los Estados Partes deberían incluir en sus informes información sobre las normas adoptadas para dar a los niños la protección necesaria en caso de disolución del matrimonio o de separación de los cónyuges.”).

child's welfare la first and paramount consideration.”²⁹ Los primeros rastros, entonces, se observan en legislaciones relativas a la tenencia de niños. En ellos no se hablaba expresamente del ISN, sino del *bienestar del niño*.

Dentro de este sector del Derecho de Familia, dos aportes muy importantes se han desarrollado en la doctrina de Estados Unidos -su tratamiento comenzó antes de la sanción de la CDN, y continuó dentro del país como consecuencia de la evolución del análisis de la legislación interna-. Por un lado se propuso ver al ISN como ‘la alternativa disponible menos perjudicial’ para los casos que llegaban a la justicia. Esta propuesta partía de un trabajo en el que se vinculaba la ley con diversos postulados psicológicos para dar contenido a tal teoría. Por el otro, se criticó la ‘indeterminación del interés superior’.

B1. Goldstein, Freud y Solnit (GFS): la alternativa disponible menos perjudicial

En 1973, Joseph Goldstein, un profesor de derecho, Anna Freud, una psicoanalista austríaca e hija de Sigmund Freud, y Albert Solnit, un psiquiatra infantil, publicaron *Beyond the Best Interests of the Child*, un trabajo en el que propusieron una guía para las toma de decisiones judiciales sobre cuestiones de tenencia.

Luego, en 1979, difundieron un segundo libro, *Before the Best Interests of the Child*, en el que desarrollaban su teoría en relación a la correcta intervención estatal en casos de custodia y tenencia.

En 1986, anunciaron *In the Best Interests of the Child*, obra en el que se focalizaron en la participación profesional -abogados y jueces- y sus límites en los casos legales.

Posteriormente, en 1996 se imprimió *The Best Interests of the Child*:

²⁹ Beloff, Mary... [et.al.]; “Convención sobre los derechos del niño. Comentada y anotada.”, pág. 36, (Ed.) La Ley, Buenos Aires, 2012, en nota al pie 94. (Resaltado del autor).

The Least Detrimental Alternative,³⁰ una versión que contiene los tres textos anteriores -revisados y actualizados- y el aporte de nueva información dada la evolución en el ámbito de derecho en el que trabajan.

Estos escritos han moldeado e influenciado la discusión sobre la niñez de manera muy profunda. Su teoría se ha derramado tanto en las decisiones legales como en el debate académico.³¹

Los autores parten del presupuesto de que las decisiones que se toman con respecto a los niños afectan su futuro y también el de la sociedad en su conjunto. “El estándar del ISN define en y por sí mismo lo que un niño necesita, [por eso] se propone que el estándar de tenencia de los menores debe ser uno que proporcione la *alternativa disponible menos perjudicial para salvaguardar el crecimiento y desarrollo del niño*. (...) Un niño cuya custodia se debe determinar en un juzgado ya haya sido privado de sus “mejores intereses” [o interés superior] - por la pérdida o la amenaza de la

³⁰ Freud, A., Goldstein, S., Solnit, A. J., & Goldstein, J; “The best interests of the child: The least detrimental alternative” (Ed.) The Free Press, Nueva York, 1996. En este trabajo todas las citas de los autores utilizadas se extraen de esta publicación. No obstante, y cuando es pertinente, se indica sobre qué texto trata en el libro haciendo referencia al año de publicación.

³¹ “Los escritos de Goldstein, Freud y Solnit, y en particular algunos de los conceptos que han desarrollado, han ejercido una profunda influencia en nuestra forma de pensar acerca de los niños. (...) Ya sea que uno esté de acuerdo con todas, o incluso alguna de las ideas contenidas en [su trilogía] o no (...), los conceptos se han grabado, tal vez de forma indeleble, en nuestra forma de pensar acerca de los niños. Nos guste o no, cualquiera que esté pensando derecho del niño o política de la niñez; la relación entre padres e hijos, el Estado y la familia, tiene que lidiar con conceptos como ‘la alternativa menos perjudicial’, el ‘padre psicológico’, el sentido del tiempo de un niño y otras de las ricas ideas que impregnan su colección.” Freeman, Michael; “The Best Interests of the Child? Is *the Best Interests of the Child* in the Best Interests of Children?”, pág. 360, 11 (3) Int J Law Policy Family 360-388, 1997. Él sugiere “On early reactions to their theses see Strauss and Strauss (1974), Freeman (1983(a)) and Davis (1987). An early examination of the arguments is Richards (1986)”. *Id.* nota de pie 2 en pág. 360.

“Hoy, más de una década después de la aparición del primer libro, es evidente que los autores han tenido un impacto en la ley que rige las decisiones de bienestar infantil que superaría las expectativas más salvajes de cualquier académico (...). Las contribuciones de Goldstein, Freud y Solnit son importantes para su revelación, por su impacto y por el debate que han impulsado.” Taub, Nadine; “Assessing the Impact of Goldstein, Freud and. Solnit’s Proposals: An Introductory Overview”, págs. 485 y 494, 12 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 485, 1983-84.

pérdida de sus padres; por su rechazo, abandono o abuso; o por la ruptura de su familia por otros motivos. Está más allá del poder de cualquier tribunal el deshacer los conflictos que ya ha sufrido.”³²

Los autores sostienen que no es realista pensar en una “best option” (mejor opción) del niño sino que se debe considerar aquella que no los ponga en una peor situación. Es por ello que las decisiones se deben tomar, en primer lugar, considerando “la necesidad de todo niño de continuidad ininterrumpida de relaciones afectivas y estimulantes con al menos un adulto”³³ “que, de hecho es o sea capaz de llegar a ser, su padre psicológico”³⁴; y en segundo lugar, “garantizando el derecho de los padres a educar a sus hijos como mejor les parezca - libres de intervenciones estatales, salvo en los casos de abandono, negligencia o abuso-”.³⁵

Entonces, para ellos es necesario preservar la necesidad de continuidad de las relaciones; tener en cuenta el sentido de tiempo del niño y considerar la capacidad limitada de la ley para supervisar las relaciones interpersonales y poder hacer predicciones válidas a largo plazo (por ello *disponible*) y la incapacidad de las ciencias sociales de realizar predicciones del comportamiento (modestia en las intervenciones, eficiencia, y sentencias firmes y finales).³⁶

Los aportes psicológicos se vinculan con estos tres principios. Primero, “(...) La continuidad es una pauta porque los lazos emocionales son tenues y vulnerables en los primeros años, y los niños necesitan estabilidad en las relaciones para su crecimiento y desarrollo saludables.”³⁷ Ello se debe a que “[s]er trasladado de una persona conocida a una desconocida a menudo se asocia con malestar y angustia, y afecta la orientación y adaptación de un niño a su entorno. Los vínculos de los niños son tanto alterados por la separación como impulsados por la presencia y atención constante y

³² Freud et al, *supra* nota 30 (1973), en pág. 50 y 51. (Resaltado de los autores).

³³ *Id.* en pág. 6.

³⁴ *Id.* en pág. xi.

³⁵ *Id.* en pág.7.

³⁶ Strauss, P. L., & Strauss, J. B.; “[Review of] Beyond the Best Interests of the Child. Columbia Law Review”, 74, 5, 996-1015, 1974.

³⁷ Freud et al, *supra* nota 8 (1973), en pág. 20.

consistente de un adulto conocido. Cuando estos niños se sienten abandonados por sus padres su angustia lleva a debilitar sus próximos vínculos. Cuando la continuidad de este tipo de relaciones se interrumpe más de una vez, como ocurre con varios casos de guarda u hogares en tránsito en los primeros años de los infantes, los lazos emocionales de los niños devienen cada vez más superficiales y confusos.”³⁸

Segundo, se necesita más que un vínculo biológico para ser un padre. Es así que hablan del *padre psicológico*. “Nosotros respetamos los derechos de los padres que se basan en el hecho de la reproducción. Vemos el vínculo biológico como un poderoso factor de motivación para que la mayoría de los padres le proporcione a sus hijos un cuidado continuo, cariñoso y responsable. Pero reconocemos que los vínculos de un niño y su desarrollo saludable no dependen sólo de la biología. En última instancia dependen del afecto del adulto que los cuida -correspondido por el niño- y la atención cotidiana a las necesidades del niño.”³⁹

Al cambiar el foco con el que se evaluaban los problemas, en tercer lugar los tres autores proponen una intervención mínima por parte del estado. El principio se basa en la opinión generalmente aceptada de que el niño se crie por sus padres a menos que el padre (o madre) no se encuentre calificado para cuidarlo por conductas objetivamente graves. De esa manera no se le pide a la ley que lleve a cabo juicios morales sobre la aptitud para ser padre o que señale culpables, así como tampoco se mira la concesión o denegación de la custodia como una recompensa o castigo sino que se busca que el niño pueda continuar desarrollándose de la manera disponible menos perjudicial.

El aporte que hicieron GFS a la concepción del ISN ha sido fundamental. Mas no por ello han dejado de ser criticados. Por ejemplo, los autores proponían exclusividad de tenencia en ciertos casos de divorcio. Ello no ha resultado. Con el desarrollo del derecho, y a pesar de argumentos

³⁸ *Id.* en pág. 19.

³⁹ Freud et al, *supra* nota 30 (1986), en pág. 225.

consistentes sobre la necesidad de que el niño viera a su padre como autoridad, y que tal autoridad no fuera desacreditada por el Estado, lo cierto es que se busca preservar el vínculo con el padre sin la custodia, incluso con su familia extendida. Al mismo tiempo, las decisiones de custodia compartida también podrían considerarse opuestas a lo expuesto por ellos.

Además de cierto tipo de decisiones que se toman en oposición a lo que señalan los autores, se los ha criticado por la falta de evidencia empírica,⁴⁰ así como por sostener posiciones contradictorias como, por ejemplo, propiciar la exclusividad del cuidado pero hablar de ‘responsabilidad parental’.⁴¹ También se ha criticado el hecho de producir una teoría en base a su ideología liberal sin tener en cuenta las inequidades estructurales que llevan a que la libertad individual se use para minar la libertad y dignidad de otros. Para Michael Freeman la relación entre padres e hijos no es una relación igualitaria, sino que depende de donde se mire. La falta de intervención puede garantizar la predominancia de la voluntad de los padres por sobre los intereses legítimos de los niños.⁴²

B2. Robert Mnookin y John Eekelaar: la indeterminación y el autodeterminismo dinámico⁴³

Robert Mnookin expuso la indeterminación del principio de ISN en 1975, en su trabajo titulado *Child-Custody Adjudication: judicial functions in the face of indeterminacy*.⁴⁴

Para el profesor Mnookin, en los casos de custodia de menores, “la resolución de lo que es ‘mejor’ o ‘menos perjudicial’ para un niño en

⁴⁰ Freeman, *supra* nota 31, en pág. 363.

⁴¹ *Id.* en pág. 365.

⁴² *Id.* en pág. 370.

⁴³ Se recomienda la lectura para un análisis más exhaustivo de la indeterminación en: Elster, Jon; “Solomonic Judgements, Studies in the Limitations of Rationality”, (Ed.) Cambridge University Press, Cambridge, 1989 en Section III: ‘Solomonic Judgements: Against the Best Interests of the Child’.

⁴⁴ Mnookin, Robert; “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, 39 Law and Contemporary Problems 226-293, 1975.

particular suele ser indeterminado y especulativo”. Ello se debe a tres factores: los problemas de falta de información; la falta de teorías psicológicas confiables que propongan métodos satisfactorios para realizar predicciones futuras; y la falta de un claro consenso sobre un set de valores integrado del cual elegir para determinar “lo mejor”.⁴⁵

En términos procesales sostuvo que el uso del ISN, además de precisar una evaluación orientada en la persona, tal como lo había propuesto Lon Fuller,⁴⁶ requería de la facultad para realizar predicciones individualizadas, teniendo en cuenta las futuras interacciones entre las partes involucradas. Esto tiene estrecha relación con el rol de los jueces. Al momento de resolver un caso sobre custodia el juez debe elegir entre diversas alternativas. “Las mismas palabras del principio de ISN sugieren que el juez debería decidir eligiendo la alternativa que ‘maximice’ lo que es mejor para un determinado niño.”⁴⁷ Tal concepción le permite enmarcar la decisión del juez en una tradición intelectual que considera el proceso de decisión como un problema de *rational choice*.

La indeterminación, sumada a los estándares discrecionales le otorga, según Mnookin, demasiado poder a los oficiales del gobierno para poner en duda decisiones que generalmente se toman en familia; permite que los jueces exageren los riesgos de la permanencia en los hogares mientras se subestiman los que provienen del régimen de familias en tránsito; permite la separación en casos en los que los niños pueden estar más protegidos en sus hogares; y perjudica el sistema de familias en tránsito o de guarda en tanto permite que la burocracia y las cortes no lleven a cabo planes adecuados.⁴⁸

⁴⁵ *Id.* pág. 134.

⁴⁶ Fuller, Lon; “Collective Bargaining and the Arbitrator”, *Wis. L. REV.*3, 19, 1963

⁴⁷ Mnookin, *supra* nota 44, en pág. 154.

⁴⁸ Mnookin, como GFS, presupone una relación liberal entre el Estado y el ciudadano en la que la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos debería ser predecible y definida de la mejor manera posible -con el fin de limitar el poder del Estado.

John Eekelaar, desde una mirada similar, agrega que de otra manera los padres serían muy vulnerables a intrusiones impredecibles -y en gran parte incuestionables- sobre la crianza de sus hijos. Eekelaar, John; “The Interests of the Child and the child’s wishes: the role of self-

A la hora de hablar sobre la falta de predicciones psicológicas confiables, Mnookin cita a Anna Freud: “‘A pesar de (...) los avances, sigue habiendo factores que hacen que la previsión clínica, es decir la predicción, sea difícil y peligrosa’, no menos importante de lo cual es que los ‘acontecimientos ambientales en la vida de un niño siempre serán imprevisibles, ya que no se rigen por leyes conocidas’.”⁴⁹

Finalmente presenta dos reglas intermedias para reemplazar el principio. Por un lado propone que toda decisión no puede crear ninguna amenaza inmediata y substancial a la salud física del menor. Por el otro, en las disputas entre los padres, la corte debe preferir al adulto que, desde la perspectiva del niño, tenga una relación psicológica con él.

De ello se infiere que tanto Mnookin como GFS compartían sus visiones. La diferencia yace en el hecho de que el primero propone reglas para reemplazar el principio, mientras que los segundos entienden que tales supuestos son convicciones sobre las que descansa aquél.

Además de Mnookin, hubo más críticas en la literatura estadounidense sobre la indeterminación. Por su parte, Stephen Parker sostuvo que incluso el uso de reglas suponía la existencia de convenciones comunes.⁵⁰ Carl Scheider arguyó que la indeterminación se reducía en la práctica ya que la aplicación se veía fuertemente influenciada por los estándares de las comunidades.⁵¹

John Eekelaar, por su parte, enfatiza la importancia del principio de ISN. Su utilidad se centra en el hecho de que inserta en el proceso de toma de

determinism”, pág. 45, 8(1) Int J Law Policy Family, 42-61, 1994.

⁴⁹ Freud, Anna; “Child Observation and Prediction of Development – A Memorial Lecture in Honor of Ernst Kris, in 13 The Psychoanalytic custody of the child 92, 97-98 (1958) citado en Mnookin, *supra* nota 44, en pág. 259.

⁵⁰ Parker, Stephen; “The Best Interests of the Child - Principles and Problems. 8(1) Int J Law Policy Family, 26-41, 1994.

⁵¹ Schneider, Carl E.; “Discretion, Rules and Law: Child-Custody Decisions and the Best Interest Standard” in K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion(1993)*. Citado Mnookin, *supra* nota 44, en nota al pie 44.

decisiones una serie de cuestiones que de otra manera no estarían presentes.⁵² Consecuentemente, el autor presenta dos métodos para formar las percepciones relativas al ISN. Por un lado, la *objetivación*. Para que ella sea posible debe haber un consenso previo sobre los valores que se utilizan para elegir. No obstante, dado el caso de que exista tal set de valores, el método resulta insuficiente ya que concurren diversas y variadas experiencias sociales por las que se debe introducir un nuevo elemento en el proceso de la toma de decisiones. Es así que, propone el método del *autodeterminismo dinámico*. En él, el niño contribuye en la toma de decisiones (y el resultado) al ser introducido en un ambiente razonablemente seguro en donde es expuesto a una gran variedad de influencias y en el que debe elegir.

La mayor contribución de tal método es la creación de un espacio para el auto-desarrollo en el que se trata a los niños como portadores de derecho en vez de *objetos*. Este espacio no significa que los resultados deriven necesariamente de los impulsos de los niños. Ellos se sumergen en el contexto de una matriz social que ayuda a reconciliar sus deseos con las vínculos que los rodean. Tampoco se trata de un método autodestructivo por cuanto se guía al niño de manera de que tome las decisiones de la forma más autónoma posible, pero no independiente. El autor aclara que no se trata de delegar la toma de decisiones en los niños. En sus palabras “El auto-determinismo es un modo de posicionar de manera óptima a los niños para que desarrollen sus propias percepciones de su bienestar al entrar en la edad adulta.”⁵³

⁵² Eekelaar, *supra* nota 48, en pág. 46.

⁵³ *Id.* en pág. 58. Eekelaar explica que ‘el auto-determinismo dinámico “no significa ceder ante la licencia, la impulsividad o la autodestrucción” (*Id.* en pág. 54) ni delegar decisiones a los niños por dos razones. En primer lugar, “el método no busca principalmente obtener decisiones de los niños. Tampoco busca principalmente las opiniones del niño en la medida en que esto implique una evaluación equilibrada de toda la situación, ya que si el niño quiere ofrecer un dictamen, debe sin duda ser escuchado.” (*Id.*). “Los deseos del niño, si se encuentran articulados, son factores importantes para la decisión de los adultos,” pero sólo dentro de “un entorno en el que la competencia del niño y la personalidad pueden evaluarse. Es decir que aplicar el auto-determinismo significa llevar a cabo una evaluación que debe incluir la interpretación [del profesional] de los deseos del niño expresados (si los hay), su estabilidad y su coherencia en el proceso de auto-

En resumen, estas dos aproximaciones a controversias desprendidas del interés superior muestran que la discusión sobre la vaguedad del concepto comenzó mucho antes de la sanción de la CDN. De ello podría inducirse que dicha vaguedad es inherente al significado. Y que debe ser contenida mediante otros mecanismos.

A continuación veremos cómo la evolución del término “niño” ha contribuido con el concepto del ISN.

CAPÍTULO II: EL NIÑO

A. ¿Quién es un niño?

Hoy en día, el ISN no opera sólo en el mundo de los conflictos de tenencia y custodia. Él mismo gobierna en *todas* las medidas y decisiones en las que se involucra a niños. Dado este avance y expansión de fronteras, antes de detenernos a analizar el concepto de ISN, queremos determinar a quién se le aplica. El presupuesto que subyace a tal análisis es la convicción de que el rol del niño y su evolución ha jugado un papel fundamental en la definición misma del ISN.

La radical importancia de la definición de *niño* reside en el hecho de que de ella se desprende la forma en la que todo aquel que no es un niño -el adulto- se comporta con quien sí lo es -el niño-. Ello tiene relevancia política y legal: todas las políticas y leyes que se desarrollan en relación a los menores (en realidad, en relación a toda la sociedad) son y serán siempre pensadas, sancionadas, ejecutadas y controladas por adultos. Con esto en mente, es pertinente detenerse a reflexionar sobre lo que significa ser un niño.

realización (...).” En consecuencia afirma que “a menos que el niño sea competente (...) la opinión del niño no es por sí misma determinante.” (*Id.* en pág. 48).

Al referirse a la competencia se basa en el caso “Gillick” y en la noción de autonomía propuesta por Raz, para quien una decisión autónoma es aquella “en la que los deseos que se eligen seguir son consistentes (de manera intencional) con los objetivos últimos del individuo (...) [y] alcanzables dentro de formas sociales realizables.” (*Id.* en pág. 55.)

A1. Evolución del término

Para entender el significado del *niño* es imprescindible hacer referencia a la evolución -social y legal- que ha tenido tal concepto a lo largo de la historia, y las consecuencias que tal entendimiento generó y genera sobre la sociedad.⁵⁴

Por un lado, “es necesario tener presente que el vocablo “niño” (...) es producto de una historia de construcción de esta noción. De hecho, los niños - en un sentido etario- existieron en todas las sociedades desde los inicios de la humanidad. [Lo] que se ha transformado es cómo se concibe al niño en distintos momentos de la historia y contextos culturales.”⁵⁵ No es sólo el significado que se le ha dado a la palabra “niño” lo que ha cambiado, sino también la actitud de los mayores de edad frente al menor.⁵⁶

En concreto, “[p]ensar la infancia como categoría social diferente de los adultos es el resultado de una lenta y progresiva elaboración que se inicia en el siglo XVII y se consolida francamente en el XIX”.⁵⁷ La construcción de la niñez como institución ha sido resultado de un proceso cultural y activo, aún vigente.⁵⁸

⁵⁴ Este trabajo no agota el estudio del origen del “niño” como diferenciado del “adulto” sino que busca reflejar que hay un proceso que viene gestándose desde hace muchos años.

⁵⁵ Pizzo, María Elisa; “El niño como objeto de estudio de distintos modelos teóricos. Una introducción al trabajo en Psicología Evolutiva: Niñez.” Documento interno de la Cátedra Psicología Evolutiva- Niñez- Facultad de Psicología- UBA.

En sentido similar, “No remontemos tan lejos, pero pensemos en Egipto que ha creado las escuelas para los niños y el primer manual escolar, ‘le kemit’, o a Mesopotamia que ha creado la más antigua escritura del mundo, para ser enseñada a los niños. Ya se preocupaban entonces, dos mil años antes de nuestra era, de la suerte de los niños. Esto significa que la suerte de los niños preocupaba a la sociedad, aunque esto no nos dé sin embargo muchas indicaciones sobre el estatuto de los niños.” Zermatten, Jean; “El Interés Superior Del Niño: Del Análisis Literal Al Alcance Filosófico”, pág. 22, Sion: Institut international des droits de l'enfant, 2003.

⁵⁶ Áries, Philippe; “La infancia”. En *Revista de Educación*, N° 281, pp. 5-17. 1986.

⁵⁷ Pizzo, *supra* nota 55.

⁵⁸ “La concepción actual de la infancia no es natural o dada. Como sucede con otras elaboraciones de la cultura, nos resulta tan obvia que olvidamos que deviene de un proceso histórico que las fue configurando.

El término infancia ha sido utilizado a lo largo de todo el proceso de formación de la sociedad moderna, con muy variadas acepciones dependiendo del tiempo social, de las necesidades materiales,

Philippe Aries, un renombrado historiador de la familia y la infancia, ha revelado interesantes datos sobre el proceso de construcción social del concepto. En él han contribuido la esperanza de vida, el tiempo social, el tipo de actividades económicas y necesidades materiales, las visiones políticas e ideológicas del momento, así como otros factores determinantes de la historia.

Antes del siglo XVII, no existía la niñez tal como se entiende hoy. Por el contrario, hubo un período de dependencia física materna que fue seguido de manera inmediata por la entrada en el mundo de los adultos. El niño era un pequeño hombre sin personalidad, y desprovisto de palabra tal como lo indica el término infante, infant (el que no habla), que aparece a fines del siglo XIV.⁵⁹

Durante la Edad Antigua y la Edad Media, tanto en Grecia como en Roma, la infancia no era reconocida como una etapa propia. Al mismo tiempo, dado que la tasa de mortalidad infantil era muy elevada, el bebé era poco estimado. No sucedía lo mismo con aquellos que superaban los cuatro o cinco años de edad. En palabras de aquel autor, “[l]a sociedad medieval no poseía una construcción social clara de la infancia y de la adolescencia. La duración de la infancia se reducía al período de su mayor fragilidad (...); en cuanto podía desenvolverse físicamente, se lo mezclaba rápidamente con los adultos, con quienes compartía sus trabajos y juegos. El bebé se convertía en seguida en un hombre joven sin pasar por las etapas

económicas, políticas e ideológicas de cada época.” Pérez Scalzi, Alejandra; “De pequen@as y grandes ciudadan@s, un enfoque desde los derechos económicos, sociales y culturales”, pág. 68 en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.

En la misma línea se ha pronunciado Appell al sostener que “La infancia, Infancia, la categoría que sostiene, define y regula los niños, es una construcción social que depende del tiempo y lugar.” Appell, Annette Ruth; “The Pre-political Child of Child-Centered Jurisprudence”, pág. 704, 46 Houston Law Review, 703-758, 2009.

⁵⁹ “Infant.” *Online Etymology Dictionary*. N.p., n.d. Web. 11 Jan. 2013. Disponible en http://www.etymonline.com/index.php?term=infant&allowed_in_frame=0

de la juventud, las cuales probablemente existían antes de la Edad Media (...).”⁶⁰

Por lo tanto, la Edad Media continuó con la misma idea de la Antigüedad. El niño no tenía personalidad propia. Una vez que podía expresarse era introducido en el mundo adulto, y por lo tanto, trabajaba. Él aprendía mediante la reproducción de los gestos de los adultos.

Por su parte, un sector de la tradición judeo-cristiana, concebía al niño como un “ser perverso y corrupto que [debía] ser socializado, redimido mediante la disciplina y el castigo.” En el S. XVII, el Abad Bérulle escribía: “No hay peor estado, más vil y abyecto, después del de la muerte, que la infancia”.⁶¹

Otro sector destacaba que el niño era un hombre en miniatura. No había evolución gradual o cambios cualitativos sino un salto de un estado de inferioridad a la adultez. Por ello debía ser educado. Dado que la educación era el privilegio de unos pocos niños varones, el resto sería mano de obra. La vida de los niños no era sagrada. “El infanticidio, el aborto, el exilio, el abandono y la crianza por nodrizas, eran costumbres de la época, incluso los padres podían disponer de sus hijos para cambio u uso según su interés”.⁶²

El surgimiento de una concepción más específica a partir del siglo XVII se caracteriza por la intervención de la familia y del Estado en los procesos educativos y de socialización. Así, también la escuela cobra un rol fundamental en la asignación de un lugar específico de la infancia en la estructura social.⁶³

⁶⁰Ariés, Philippe; “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”, (Ed.) Taurus, Madrid, 1987. Citado en Pérez Scalzi, *supra* nota 58, en pág. 69.

⁶¹ Enesco, Ileana; “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006.

http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf.

⁶²“Concepciones Acerca Del Niño En La Antigüedad Y Edad Media.” *El Niño*. N.p., 5 Oct. 2011. Web. 31 July 2013. Disponible en, <http://elinfante-visioneshistoricas.blogspot.com.ar/2011/10/concepciones-del-nino-traves-del-tiempo.html>

⁶³ “Hacia el siglo XVII, la crianza de los niños y de las niñas va quedando en manos de la familia dentro del ámbito privado como un proyecto de larga duración y de gran responsabilidad para los adultos. Se define a la niñez como dependiente y necesitada de protección y cuidado por parte de los

La evolución también se observa en el arte⁶⁴ y en la moda.⁶⁵ Ello se debe a que la conciencia de una distinción entre niños y adultos comenzó a impregnar toda la vida: desde el leguaje⁶⁶ y ciertos ritos o costumbres⁶⁷

adultos, esta concepción resulta de la idea de que la *infancia es un producto inacabado y que requiere de tiempo de dedicación para un pleno pasaje a la vida adulta*. Los cuidados son transferidos, por la construcción de las relaciones de género, a las mujeres -madres o nurses-, mientras que los hombres -padres o tutores- serán los encargados de las acciones de control y disciplinamiento.

La relación adultos-infancia coloca a esta última en una posición de dependencia, a partir de la paradoja de que debe ser 'protegida' pero a la vez, 'controlada'. Surge así, una clara diferenciación entre un mundo de "adultos" y otro de "niños y niñas", que fue consolidada en las relaciones entre padres e hijos e hijas, a través de las relaciones entre la infancia y las instituciones y por las regulaciones jurídicas que afirmaban estas diferencias entre mayores y menores de edad(...). Así, surge la necesidad de institucionalizar el espacio propio de la infancia, a través de la creación de una nueva organización, que colabore con la familia en la formación de las nuevas generaciones. Esto da lugar a la creación de la institución escolar, la que poco a poco fue organizando más sistemáticamente el aprendizaje de roles sociales y laborales, lo que antes se realizaba en forma doméstica. De esta manera, se constituyó en la institución cuyo objetivo consistía en producir la inserción de los niños en la vida productiva adulta y, a la vez, en establecer para los niños y niñas un espacio separado de los adultos. La escuela, como organización institucional que coadyuvaba a la formación de los futuros adultos, fue transmisora de los valores morales y sociales imperantes (...)." Méndez, Susana; "Niñez y adolescencia" pág. 71 en UNICEF, Democratización de la Familia, 70-89, 2005.

Similarmente, Enesco sostiene que "Es importante recordar que, durante siglos, hay un interés por "educar" al niño (sobre todo por razones prácticas), no por su desarrollo, y que es en el S. XVII cuando aparecen algunos pensadores que se preocupan por adaptar la educación al niño y critican las prácticas pedagógicas tradicionales (por ej. la *escolástica*)". Enesco, *supra* nota 61. (Resaltado de la autora).

⁶⁴ "En lo que se refiere a la representación de la infancia en el arte, es interesante que en las efigies funerarias no aparece la figura del niño hasta el S. XVI (posiblemente porque el niño es considerado como algo más próximo a un animal doméstico que a un ser humano). La idea del "niño-homúnculo" se refleja también en la pintura. Según los historiadores, el arte medieval no "conocía" la infancia o no trataba de representarla. Las pinturas de niños muestran a éstos como hombre minúsculos, sin rasgos de infancia (la musculatura era la misma que la de los adultos pero reducida de tamaño). No se observa ninguna idealización de la infancia en el arte. Los griegos son excepción." Enesco, *supra* nota 61.

⁶⁵ "A partir del siglo XVI -y éste es un hecho muy importante- precisamente en las clases acomodadas, el niño va a tener un modo propio de vestir; esto se refiere sobre todo a los varones, ya que a las hembras, excepto en determinados detalles, se las seguía engalanando como a las señoras." Aries, *supra* nota 56, en pág. 13.

⁶⁶ "Es probable que el romano tuviese a su inmediata disposición más términos para designar al niño que el francés antiguo, (...); además, la palabra se ha utilizado durante mucho tiempo como adjetivo

hasta el trato legal que ellos recibían.

Ahora bien, para un análisis de las visiones que se tenían de la infancia, además de observar comportamientos sociales también podemos dirigirnos a lo que varios pensadores han reflexionado a lo largo del tiempo.

En Grecia, cuando Aristóteles se refería a los niños los separaba del grupo de adultos de la misma manera que concebía a las mujeres y a los esclavos como separados. En su visión, estos tres grupos eran vistos como inferiores a los hombres adultos. En todas estas relaciones, el ser inferior era concebido como parte del ser superior. Ello era así ya que el extremo dependiente carecía del poder de la deliberación, de decisión, de elección y de dirección. No obstante, el caso de la relación padre-niño era diferente de aquella que el adulto desarrollaba con una mujer o un esclavo ya que un día el niño no sería más un niño sino que se convertiría en adulto, una persona que lideraría en su propio hogar. Esto lo llevó a sostener que: “Cosa cierta es que el niño es imperfecto y que su virtud no se ha de conferir con él mismo, sino con el varón perfecto que gobierna; y de la misma manera el siervo respecto del señor.”⁶⁸

(según Manson, *puer infans*). Usada como sustantivo aparece más tarde; se la encuentra en Cicerón, e indica probablemente el niño que no va a la escuela. El lenguaje popular utilizaba el término *parvus* con connotaciones, ora afectivas ora negativas: lenguaje de nodrizas que demuestra, en conjunto, el hábito de jugar con el niño, actitud hoy llamada <<de mimo>>, la indiferencia en sus relaciones como si fuese un objeto y, por último, la tendencia a extender la designación más allá de la verdadera infancia”. *Id.* págs. 9 y 10. (Resaltado del autor).

⁶⁷ Por Ejemplo, “[e]xisten tumbas de niños en los siglos XVI y XVII, pero son pocas y, salvo algunas excepciones (en Westminster), no son fastuosas. En cambio, en el siglo XIX, y en especial a finales de ese siglo, sobre todo en los cementerios de la Europa meridional, las tumbas más lujosas, las más patéticas, las más adornadas con figuras, son las de niños”. *Id.* págs. 16.

⁶⁸ Aristóteles, (Trad.) Alegre, A., Santolaria, A. J., & Lavado, F. M. (1985). “Política”, pág. 54, (Ed.) Orbis, Barcelona, 1985. (1260a 30-34).

En inglés se lee: “[t]he child is imperfect, and therefore obviously his excellence is not relative to himself alone, but to the perfect man and to his teacher, and in like manner the excellence of the slave is relative to a master.” Aristotle, ., Everson, S., Geuss, R., Skinner, Q., & Tuck, R.; “Aristotle: the politics and the constitution of Athens”, pág. 29, (Ed.) Cambridge University Press, Cambridge, 1996. (1260a 30-34).

En pocas palabras, el niño no sólo era visto como un potencial adulto, sino que además era propiedad del adulto, una parte del padre “porque los seres nacidos de nosotros son como otros yos existiendo separadamente (...)”⁶⁹ En estos términos Aristóteles concebía al niño como un *objeto*. Para el filósofo “En la juventud, por causa del crecimiento, están los hombres en un estado análogo al de la embriaguez”.⁷⁰

Por último, para Aristóteles, la virtud que guiaba al padre no era una relación de protección o derecho, sino de afección *-philia-*. La emoción filial empujaba al padre a amar a su hijo. No se trataba de una obligación impuesta, sino de una virtud que nacía del derecho natural. La obediencia por parte del hijo también provenía del derecho natural y se basaba en el hecho de que el padre le había regalado al niño todo: la vida.⁷¹

Años más tarde, Locke propuso su visión de los niños. “[E]l niño no nace bueno ni malo sino que todo lo que llegue a hacer y ser dependerá de sus experiencias.”⁷² En su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, hizo hincapié sobre la diferencia entre los niños y los adultos, y la necesidad de instrucción y educación dado el estado de aquellos.

“(...) Aunque ya he dicho más atrás que <<todos los hombres son iguales por naturaleza>>, no quiero que se me entienda que estoy refiriéndome a toda clase de igualdad. La edad o la virtud pueden dar a los hombres justa precedencia (...) Los niños, debo confesarlo, no nacen en este estado de igualdad, si bien a

⁶⁹ Aristóteles, & Gómez, R. A; “Ética nicomaquea. Política”, pág. 113, (Ed.) Porrúa, México, 1996. (1154b 10-11).

En inglés: “for those who come from them are like other selves separately existing.” Aristotle, ., Bartlett, R. C., & Collins, S. D; “Aristotle’s Nicomachean ethics”, pág. 181, (Ed.) University of Chicago Press, Chicago, 2011. (1161b 27-28).

⁷⁰ Aristóteles, & Gómez, R. A; *supra* nota 69, en pág. 100.

En inglés: “(...) during youth, because of the process of growth that then occurs, people are in a condition like that of those who are drunk.” Aristotle, ., Bartlett et al, *supra* nota 70, en pág. 161. (1154b 10-11).

⁷¹ Zermatten, *supra* nota 55, en pág. 23.

⁷² Enesco, *supra* nota 61.

él están destinados. Sus padres tienen una suerte de jurisdicción de gobierno y jurisdicción sobre ellos cuando vienen al mundo, y también durante algún tiempo después; pero se trata solamente de algo transitorio. Los lazos de esta sujeción son como los refajos en que son envueltos los recién nacidos a fin de darles soporte durante el tiempo de su infancia en que son más débiles; la edad y la razón a medida que van creciendo, aflojan esas ataduras hasta que por fin las deshacen del todo y queda el hombre en disposición de decidir libremente por sí mismo (...)

Las necesidades de su vida, la salud de su cuerpo y la formación de su mente requerirán que sea dirigido por la voluntad de otros, y no por la suya propia. [Y ello no se opone a la libertad y soberanía a las que tiene derecho.]”⁷³

Para ambos pensadores, entonces, la niñez es un período transitorio, en el que el padre gobierna por sobre ellos. Al mismo tiempo, este estado de dependencia justifica que los padres decidan, a la vez que los eduquen para que se vuelvan los jefes del hogar (Aristóteles) o guardianes (Locke).

Durante el siglo XIX, en Europa continental continuó la influencia de Rousseau,⁷⁴ quien defendía “la bondad natural del niño y la idea de una educación permisiva. Por el contrario, en EEUU e Inglaterra es la tradición calvinista la más influyente: el niño debe ser reformado mediante una educación autoritaria que haga uso del castigo físico y público.”⁷⁵

⁷³ Locke, J., & Mellizo, C. “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil”, párrs. 77, 78 y 61, (Ed.) Alianza Editorial, Madrid, 2009. Ver anexo 7.

⁷⁴ Este autor sostuvo que “por ley natural, el padre no es dueño del hijo más tiempo que aquel que éste tiene necesidad de sus auxilios; que pasado ese término, son iguales, y que entonces el hijo, perfectamente independiente del padre, sólo le debe respeto y no obediencia, pues la gratitud es un deber que es preciso cumplir, pero no un derecho que se puede exigir.” Rousseau, Jean-Jacques; “Discurso sobre el origen de la desigualdad”, pág. 78, (Ed.) Leviatán, Buenos Aires, 2004.

⁷⁵ Enesco, *supra* nota 61.

Como se puede observar, además de la evolución y construcción social de la niñez como etapa, también es cierto que el entendimiento de lo que dicha etapa significa ha ido cambiando. En otras palabras, y siguiendo a Aries, entender que la niñez era una etapa diferente (reflejada en las costumbres, en el lenguaje, etc.), no debe llevarnos a asumir que, una vez establecida la conciencia sobre un periodo diferenciado, ese período significa lo mismo para todos. Un ejemplo de ello se relaciona a la importancia de la descendencia a lo largo del tiempo: “en un castillo del siglo X, o del XI, (...) [e]l nasciturus ya no era el fruto del amor que se podría evitar con alguna atención y sustituir con ventaja mediante una elección, con la adopción, como sucedía en la época de los antiguos romanos. El hijo se convierte en un producto indispensable, en cuanto que es insustituible. En el siglo VI empiezan, y durarán mucho, tiempos duros, en los que las ciudades se contraen y se fortifican, se erigen castillos, y en los que diversos vínculos de dependencia sustituyen a las relaciones de derecho público existentes en la polis antigua y en los estados griegos: vínculos de lealtad personal, compromisos de hombre a hombre. El poder de un individuo ya no depende de su rango, del cargo que ocupa, sino del número y de la lealtad de su clientela, la cual se confunde con la familia, y de las alianzas que se puedan establecer con otras redes de clientelas”.⁷⁶

Con estos ejemplos vemos que a lo largo de un proceso histórico de muchos siglos, la sociedad occidental fue otorgándole un espacio propio a la infancia. Ello definió también los vínculos con los adultos, así como los roles dentro de la familia y en relación con el Estado. De igual manera, también moldeó el trato que la ley tuvo y tiene de ella.

⁷⁶ “Estos vínculos personales se sancionan con un simbolismo fastuoso (la ceremonia del homenaje) que hace presa en los ánimos. A pesar de todo, la Fidelidad más segura es la de la sangre, la del nacimiento. Eso vale para los varones: el primogénito garantiza la continuidad del apellido; los hijos menores colaboran con todos sus medios (cuando no salen huyendo). Eso vale también para las hembras, que, en aquella sociedad aparentemente viril, constituyen una importante moneda de intercambio en las estrategias para extender y reforzar las alianzas”. Aries, *supra* nota 56, en págs. 7 y 8.

A2. Visión legal

En la ciencia jurídica se ha usado el término *menor*, para diferenciarlo de las personas *mayores de edad*. El primero hace referencia al estado en el que no se ha alcanzado la plena capacidad legal. El mayor, por el contrario, goza de plena capacidad civil.

Ahora bien, el término menor está cargado de connotaciones negativas en tanto se lo relaciona con una visión que cosifica a los niños al estar vinculado con la tutela judicial. Para entenderlo debemos mirar el pasado.

El ministro Zaffaroni sostiene que el sistema tutelar de menores comenzó a manifestarse en la época de la Revolución Industrial, en Gran Bretaña. Allí, las sociedades protectoras de animales advirtieron sobre el maltrato de los niños en las minas y pregonaron sobre la necesidad de tutelar al niño.

Más tarde, del otro lado del océano, a fines de ese siglo se crea el primer tribunal tutelar de *menores* en Chicago “bajo la idea de una tutela humanitaria. El niño como un ente débil, inferior, vulnerable, necesitado de tutela, debe ser sacado de la consideración de lo punitivo para darle tutela: el discurso descriminalizante es un discurso aparentemente de gran humanitarismo”⁷⁷ pero acarrea un sistema que discriminará a los niños a partir de entonces.⁷⁸

Este sistema controlaba y socializaba a los menores mediante mecanismos implementados por los aparatos administrativos y judiciales. Así, el Estado controlaba la vida de un sector de la infancia. Los ‘menores tutelados’ vivían a disposición de un juez hasta llegar a la mayoría de edad. “Asimismo, desde ese lugar la ley estableció una autoridad masculina para hacerse cargo del ‘control de los hijos’, siempre con el objetivo de

⁷⁷ Zaffaroni, Raúl; “Infancia y poder punitivo”, pág. 87, en Faur, Eleonor y Lamas, Alicia (comps.), Derechos universales, realidades particulares, UNICEF, Buenos Aires, 2003.

⁷⁸ Según Jean Zermatten, es recién en 1802 cuando se promulga el primer instrumento jurídico de protección de los niños en Gran Bretaña. y se tendrá que esperar hasta los años 1970 para ver la OIT adoptar la primera Convención internacional sobre el trabajo de los niños. Zermatten, *supra* nota 55, en pág. 25.

‘protegerlos’.”⁷⁹ De esta manera el paradigma de la situación irregular “ nombra a un sujeto más por aquello que lo coloca en una situación de inferioridad (la característica de ‘menor’) que por lo que lo reconoce como sujeto de derechos: su condición de persona humana. “Menor” no designa una realidad ontológica sino un elemento técnico junto al conjunto de los elementos técnicos consensuados para operar doctrinaria y jurisdiccionalmente.”⁸⁰ Es menor quien no es mayor. Esta definición a contrario no permitía distinguir las características de la infancia ya que se la consideraba inferior e insuficiente.⁸¹ Desde el discurso jurídico se definía a los menores de edad desde su subjetividad inferior a la del adulto.⁸² Esto permitía la existencia de relaciones de dominación y autoritarismo en la que el adulto decidía sobre el menor-objeto.⁸³ Los menores eran niños excluidos de las instancias de socialización formal: familia y escuela, y aprehendidos por la instancia judicial de control social. Los niños tampoco tenían voz ya que solamente se protegían jurídicamente las facultades -discrecionales- de los padres.⁸⁴

⁷⁹ Méndez, *supra* nota 62, en pág. 72.

⁸⁰ Orlando, *supra* nota 7, en pág. 52.

⁸¹ “En consecuencia, este niño, negado de su existencia jurídica y a quién el papel de persona no le está reconocido, aunque detenga una existencia física, no puede verdaderamente ser titular de derechos, ni puede mantener relaciones jurídicas, con otras personas.” Zermatten, *supra* nota 55, en pág. 22.

⁸² “[D]esde distintos discursos, muy especialmente desde el jurídico, las personas menores de edad fueron definidas en una subjetividad inferior a la del adulto, traducidas en declaraciones legales de incapacidad recogiendo una construcción social que naturalizó su incapacidad de hacer, decir y decidir” Crescente, Silvia M.; “III. De La Vigencia Normativa a La Vigencia Social De La Ley 26.061”, pág. 30, en *Protección Integral De Derechos De Niñas, Niños Y Adolescentes: Análisis De La Ley 26.061*. Comp. García Méndez, Emilio, 29-42, (Ed.) Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁸³ “Ideología autoritaria y dominadora. ‘El perfil sobreprotector de la minoridad configuró un sistema tramposo en tanto se alimentó de una vigorosa dominación sobre los hijos, con la imposición a ellos de una dependencia estéril que a la postre les resultó debilitadora y desestructurante.’ Mizrahi, Mauricio Luis; “V. La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, pág. 71, en García Méndez, *supra* nota 82, págs.71- 92.

⁸⁴ “Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como

Fue recién durante el siglo XX que se articuló el *corpus juris* de los derechos del niño en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁸⁵ En primer lugar, en el ámbito de la Sociedad de las Naciones, se creó el Comité de Protección de la Infancia en 1919. Cinco años más tarde, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños (DGIN)⁸⁶ de 1924 fue la primera en consagrar los derechos de los niños. Veinticuatro años más tarde, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁸⁷ que sólo incluía a los derechos del niño de manera implícita. Posteriormente, la infancia fue reconocida legalmente por la DUDN. No obstante, dicho documento no era de cumplimiento obligatorio para los Estados.

En el ámbito regional, ciertas convenciones de protección derechos humanos también dieron contenido a la protección de la niñez. Así, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)⁸⁸ -especialmente en su artículo 7-; Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁸⁹ -artículo 19- y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁰ -artículos 13, 15 y 16-.

alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.” Cillero Bruñol, Miguel; “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, págs. 131 y 132, en UNICEF, 9 Justicia y Derechos del Niño, 125-142, Santiago de Chile, 2007.

⁸⁵ Según la OC17 en el siglo XX se produjeron, por lo menos, 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. OC17, *supra* nota en párr. 26 (citados en su nota al pie 19).

⁸⁶ Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños. Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1924. Ver anexo 1.

⁸⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en París.

⁸⁸ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948 en Bogotá, Colombia.

⁸⁹ Convención Americana de Derechos Humanos. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

⁹⁰ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Suscrita 17 de noviembre de 1988.

La historia muestra que se ha necesitado diferenciar a los niños de los adultos para poder protegerlos de una mejor manera. A pesar de la existencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ha sido necesario el dictado de un pacto separado.⁹¹ Es por eso que en 1989 se adopta la CDN. Con ella se puede responsabilizar a un Estado en caso de falta de protección de los menores.⁹²

“[L]a Convención constituye la divisoria de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina. Antes de la Convención todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular.”⁹³

⁹¹ Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) -en sus artículos 10.2.b; 10.3, 14.1; 14.4 y 24- y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) -en su art. 10.3 y 12.2.a.- contienen normas que se aplican especialmente al niño/menor. Sin embargo no proveen definiciones de estos términos.

No obstante, el CtDH de la ONU, en la Observación General 17 sobre el art. 24 del PIDCP sostuvo que: “Todo niño, debido a su condición de menor, tiene derecho a medidas especiales de protección. No obstante, el Pacto no precisa el momento en que se alcanza la mayoría de edad. Esa determinación incumbe al Estado Parte, a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes. A este respecto, los Estados deben indicar en sus informes la edad en que el niño alcanza la mayoría de edad en los asuntos civiles y asume la responsabilidad penal. Los Estados deberían indicar también la edad legal en que el niño tiene derecho a trabajar y la edad en la que se le trata como adulto a los efectos del derecho laboral. Los Estados deberían indicar además la edad en que un niño se considera adulto a los efectos de los párrafos 2 y 3 del artículo 10. Sin embargo, el Comité señala que no se debería establecer una edad irracionalmente corta a los efectos antedichos y que en ningún caso un Estado Parte puede desentenderse de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en relación con los menores de 18 años de edad, aunque a los efectos de la legislación nacional hayan alcanzado la mayoría de edad.” OG17, *supra* nota 27, en párr.4.

En sentido similar, “La CDN es el primer cuerpo normativo en el que se reconoce como titulares *específicos* de los derechos económicos y sociales a los niños y adolescentes” Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, 42-66, en Lloveras, N., & Bonzano, M. A., *supra* nota 58, en pág. 43.

⁹² Uno de los rasgos importantes de la segunda mitad del siglo XX ha sido la consagración del concepto del individualismo. “Se puede decir que la segunda mitad del siglo XX ha provocado una ruptura de esta concepción de la familia, célula intocable, para consagrar el concepto del individualismo, que confirma el principio de que el hombre es libre y responsable: no son los vínculos sociales quienes le obligan, sino que es él quien elige los lazos por los que entiende vincularse.” Zermatten, *supra* nota 55, en pág. 26.

⁹³ Musa, Laura Cristina; “I. La dimensión política de la ley 26.061”, 1-14, en García Méndez, *supra* nota 82, en págs. 6 y 7.

La CDN, como instrumento jurídico garantista de los derechos del niño, legalizó el cambio de paradigma sobre el que se venía trabajando. Ello se ve sustentado por la ratificación de casi todos los países del mundo.⁹⁴

La CDN busca dar por terminado el sistema de situación irregular del niño. “No es más el niño quien se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción o omisión.”⁹⁵ Los derechos

El autor propone una lista de los rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas. Entre ellos destacamos:

- a) Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niños-adolescentes y menores (entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.). En consecuencia, estas leyes, que son exclusivamente de y para los menores, tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia.
- b) Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnimoda y discrecional.
- c) Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con una clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural. (...)
- f) Consideración de la infancia, en la mejor hipótesis, como objeto de protección.” (*Id.*)

⁹⁴ “La ratificación universal de la CDN revela un consenso poco usual entre países cultural, socioeconómica y jurídicamente diversos, fenómeno digno de ser analizado no sólo desde la perspectiva de la evolución histórica de los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también desde un ángulo más afín a la sociología del conocimiento y la historia de las ideas, disciplinas orientadas a desentrañar los procesos sociales e ideológicos más profundos que subyacen los llamados cambios paradigmáticos. Lo señalado, cobra especial relevancia al considerar la magnitud y el alcance de los cambios asociados a la aplicación de la Convención, mismos que el *Panorama Social* de la CEPAL de 1997 considera equivalen nada menos que a la generación de una cultura de derechos. En efecto, en dicha publicación se señala que la Convención propugna básicamente una nueva perspectiva y un cambio cualitativo fundamental en la percepción jurídica y social de la infancia, cuya aplicación en América Latina afectará diversos ámbitos de la sociedad incluyendo, entre otros, los vinculados a las políticas públicas y las reformas legislativas, así como los que dicen relación con las actitudes, valores y sensibilidades de sus miembros.” CEPAL; “Panorama Social de América Latina”, Santiago: Naciones Unidas, pp. 95-96. en Pilotti, Francisco; “Globalización y Convención sobre los Derechos, del Niño: el contexto del texto”, 1998. (Resaltado del autor).

http://pendientedemigracion.ucm.es/info/polinfan/2006/area-lectura/mod-1/pilotti_contexto-del-texto.pdf

⁹⁵ García Méndez, Emilio; “Infancia de los derechos y de la justicia”, pág. 13, (Ed.) Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

En sentido similar, “La CDN impone un cambio de paradigma constitucional respecto a la niñez y la adolescencia. La manda es clara: apartarse del caduco concepto jurídico con el que se abordaba a la niñez y la adolescencia, mediante concepciones tales como: incapacidad matriz y regla general; la situación irregular frente a las leyes penales; la calificación de “objeto” de derechos, la acotada participación cívica y electoral que se le otorgaba en los diferentes estamentos personales como

del niño no dependen de ninguna condición especial, se aplican a todos por igual. Gracias a la CDN no deben existir dos infancias. Los derechos del niño son derechos humanos⁹⁶ que constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de tales derechos.⁹⁷

“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.”⁹⁸

A3. El niño en la CDN

En términos normativos la CDN define al niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” (artículo 1). Aquí se observa una categoría objetiva de la edad.⁹⁹

sociales, etc.” Salomón, Marcelo; “La CDN y el derecho reglamentario argentino: en búsqueda de la eficiente protección de la niñez”, 89-108, en Lloveras, N., & Bonzano, M., *supra* nota 58, en pág. 99.

⁹⁶ No está de más señalar que existen visiones que se oponen a considerar los derechos del niño propuestos por la CDN como derechos humanos. Tal es el caso de James Griffin quien se considera erróneo pensar que los niños son portadores de derechos humanos dada su falta de agencia normativa. Nosotros, sin embargo, no concordamos con tal postura. Griffin, James; “On human rights”, (Ed.) Oxford University Press, Oxford, 2008.

⁹⁷ Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 130.

⁹⁸ OC17, *supra* nota 6, en párr. 41.

⁹⁹ La doctrina se ha pronunciado sobre esta definición. En especial se ha mencionado su vaguedad a la hora de definir en qué momento se considera que hay vida y la falta de diferenciación entre las distintas etapas de la niñez como pueden ser la infancia y la adolescencia. Empero, también se ha destacado que ello fue resultado de una negociación política a la hora de redactar la convención.

“En aquello que se refiere al plano sustantivo, es evidente que para lograr los amplios consensos requeridos para una aceptación casi universal del tratado, muchos temas polémicos están ausentes o bien fueron regulados de manera tal que no quede establecido un estándar categórico. Ello se

Según Alston los redactores de la CDN decidieron definir quién debe ser considerado un niño para maximizar la protección que ofrece el instrumento y asegurarse que los derechos contenidos en ella se aplicaran de manera uniforme al mayor grupo de edad posible.¹⁰⁰ Sin embargo se necesitaba cierta flexibilidad ya que la edad de dieciocho años no era (ni es) consistente con la mayoría de edad de numerosos países, y la aplicación de los derechos reconocidos en la CDN a una persona mayor podría ser incompatible con su estatus legal. Por ello se estableció que los dieciocho años eran el límite salvo que, conforme a la ley aplicable en cada caso, se lograra la mayoría de edad antes.¹⁰¹

A4. Otros documentos y organismos

Si buscamos definiciones de “niño” fuera de la CDN, nos encontramos con las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de la Justicia Juvenil (RBEIJ)¹⁰² que entienden que “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto.” (art. 2.2.a). En las Reglas Mínimas de la ONU sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (RTOK)¹⁰³ no se establece salvedad alguna al límite de dieciocho años de edad.

La CtIDH, en su OC17 declaró que “‘niño’ o ‘menor de edad’ es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la

advierte en lo que se refiere a la definición del sujeto niño, a la falta de consideración de diferentes franjas etarias (niños y adolescentes, por ejemplo), a los derechos sexuales y reproductivos, a la prohibición de castigos físicos, al trabajo infantil, a la adopción, a los límites a la protección, a las tensiones entre derechos-deberes de los padres y derechos de los niños y niñas, entre otros.” Beloff, Mary; “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina”, pág. 15, en UNICEF, 10 Justicia y Derechos del Niño, 11-44, Santa Fe de Bogotá, 2008.

¹⁰⁰ Alston, Philip, “The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child”, pág. 4. en *The Rights of the Child*, 1-15, Centro de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, 1992. (Boletín de Derechos Humanos Nro. 91/2).

¹⁰¹ Ver más sobre un límite más alto en Detrick, Sharon; “A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child”, (Ed.) Nijhoff Pub, La Haya, 1999 en especial pág. 58.

¹⁰² Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de la Justicia de Menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.

¹⁰³ Reglas Mínimas de la ONU sobre las Medidas No Privativas de la Libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42.”¹⁰⁴

A5. Dos principios sobre la condición jurídica de los niños

Ahora bien, ¿qué diferencia a las personas menores de dieciocho años de las mayores aparte de la edad? Dicho de otra manera, ¿por qué este grupo particular de personas tiene un tratado que regula sus derechos específicos? En parte, la CDN contesta a estas preguntas mediante dos de los principios que introduce al cuerpo normativo de los Derechos del Niño. Por un lado reconoce que los niños son titulares de numerosos derechos fundamentales de los que antes sólo los adultos eran titulares ya que ellos son *sujetos de derecho*. Por el otro, reconoce la existencia de una gama de derechos especiales dada su situación vital de crecimiento que requieren de una *protección especial*.¹⁰⁵

Primeramente, en lo que concierne a este principio, la CDN comienza *recordando* en su preámbulo sobre el estado especial que conforma la infancia, que “tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”. Es decir que ella no introduce un concepto nuevo, en todo caso, la explicitación que hace sobre la necesidad de asistencia especial otorga un status jurídico distinto a una concepción preexistente en la sociedad. La CDN habla sobre la necesidad de una *protección especial* que ha de proporcionársele al niño. Es decir que el Derecho del Niño se basa sobre el *principio de protección especial*.¹⁰⁶ Aquella sostiene que “Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez

¹⁰⁴ OC17, *supra* nota 6, en pág. 86 -DECLARA-.

¹⁰⁵ “Es decir, existe un doble ámbito de protección hacia los niños, niñas y adolescentes, son sujetos de derechos por su calidad de persona - con los derechos y obligaciones correlativos que emanan de esa calidad- y además, su atención es prevalente por su condición de sujeto en desarrollo -lo que provoca un trato preferencial o prioritario por la legislación-.” Salomón, *supra* nota 95, en pág. 100.

¹⁰⁶ Este principio no aparece en el vacío, sino que refleja la manera en la que la sociedad ha ido comportándose. Él puede encontrarse en el uso cotidiano y coloquial de las personas. Uno de los ejemplos más claros de ello se observa en los casos de emergencia en los que se busca salvar a “los niños primero”.

A la vez, no debe dejarse de mencionar que así como el origen del ISN puede rastrearse en discusiones en Estados Unidos, R. Mnookin ya hablaba sobre la función de protección del niño en 1975. (Cfr. Mnookin, *supra* nota)

física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (...)’.”

Es en su mismo preámbulo, entonces, en donde recoge el principio de los otros instrumentos. En él destaca “la necesidad de proporcionar al niño una protección especial [que] 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 artículos 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”. En la DGIN, sus principios 3 y 4¹⁰⁷ tratan sobre la protección. Es cierto que ellos no explicitan la necesidad de protección especial como una característica estructural de la niñez. No obstante, y aunque sea en casos concretos - calamidad y explotación- se reconoce la necesidad de una asistencia distinta a la que se le proporcionaría a los adultos. Tal como se recuerda en la CDN, la DUDN es más explícita en cuanto al alcance de la protección. Ello puede observarse en su segundo principio.¹⁰⁸

La DUDH de 1948 también resalta este principio en su artículo 25.2. Allí señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”¹⁰⁹

En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos destacó en la Declaración y Programa de Acción de Viena “que el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño exige que éste crezca en un entorno familiar, que merece, por lo tanto, una mayor protección.”¹¹⁰

¹⁰⁷ DGIN. Ver anexo 1.

¹⁰⁸ DUND. Ver anexo 2.

¹⁰⁹ DUDH, *supra* nota 87.

¹¹⁰ Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 1993. (A/CONF.157/23)

Este principio también puede encontrarse en la CADH.¹¹¹ El artículo 19 versa sobre los Derechos del Niño. En él se lee que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Es también recogido por la CtIDH tanto en su OC17¹¹² como en varios de sus casos.¹¹³

Por el otro lado, el principal cambio que se introduce con la CDN es el de entender al niño como un *sujeto de derecho* y ya no más como un objeto.¹¹⁴
¹¹⁵ Es así que todo niño es sujeto titular de derechos fundamentales que

¹¹¹ CADH, *supra* nota 89, art. 19.

¹¹² “El *corpus juris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. Voto Concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade a la OC17. párr. 53.

“En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.” OC17, *supra* nota 6, en párr. 60.

¹¹³ Por ejemplo la CtIDH se refiere al art. 19 de la CADH en el “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú” para sostener que “el concepto ‘medidas de protección’ puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones.” CtIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, párr. 164, pág. 62.

Al mismo tiempo, en el Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay indica que “las medidas de protección especiales para niños implican no sólo la obligación de respetar los derechos de estas personas, sino también la de garantizar sus derechos y de tomar todas las medidas positivas, guiadas por los principios de no discriminación y de interés superior del niño, que aseguren la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.” CtIDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No 112, par. 138, pág. 88.

¹¹⁴ Tal como con el principio de protección especial, es interesante destacar que Lon Fuller, en 1969, había propuesto que las disputas sobre custodia, en las que el ISN jugaba un papel importante debían ser orientadas a las personas en vez de a los actos, es decir que se requería una evaluación de la persona en su totalidad, concebiéndola como un ser social. L. Fuller, *Interaction Between Law and Its Social Context* 9 (item 3 of unbound class material for Sociology of Law, Summer 1971, University of California, Berkeley) Citado por Mnoonik, *supra* nota 44, en pág. 251.

¹¹⁵ Mariana Santi propone concebir al niño como Sujeto de Derecho *Participativo*, entendiendo que esta participación varía según las facultades acordes a su edad y a la etapa de madurez que curse, es decir, que no puede dejarse de lado la manifestación de la autonomía progresiva. (“Para poner las cosas en su término justo, nos parece que vale la pena señalar que no se trata de una abrupta

puede ejercer por sí mismo y de manera autónoma.

Este pronunciamiento también fue expuesto por la CtIDH en su OC17. Allí reconoció al niño como sujeto de derecho por primera vez.¹¹⁶ Ser considerado como tal significaba que, aún si dentro del sistema jurídico nacional no disponía de capacidad jurídica, podía hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus

transformación que opera sobre un modelo de niño-objeto hacia uno de niño-sujeto con plena autonomía. Es cierto que el paradigma ha variado sustancialmente, pero ello ha sido acorde a la evolución que la realidad fue produciendo sobre niños, adolescentes y jóvenes con el correr del tiempo, la era de la globalización y la apertura de las sociedades a modelos más respetuosos de decisiones familiares. Las sociedades han cambiado, las familias han cambiado y los sujetos de menor edad dentro de ellas también han cambiado, ello conlleva, como premisa lógica, un cambio en el paradigma de minoridad. No se trata, en nuestro parecer, de que el niño ahora es reconocido como sujeto de derecho; siempre lo fue, aun cuando el anterior modelo parental y familiar lo ubicaba como sujeto netamente destinado a ser protegido, cuidado y tutelado; recurriendo a tal fin a excesivos recortes sobre su autonomía sin perjuicio de la etapa madurativa que se encontrara cursando. Tampoco implica que el modelo actual lo deje librado a su propio parecer, sin protección ni cuidados suficientes. Se trata de concebir al niño como sujeto de derecho participativo, en la medida de lo razonable y conveniente.”) Santi, Mariana; “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, (Ed.) LA LEY, 13/05/2013.

¹¹⁶ “Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.” OC17, *supra* nota 6, en pág 87.

Ello también puede observarse en el voto concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade: “Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como *sujeto de derecho*. Es este, a mi juicio, el *Leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’”. Voto Concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade a la OC17, considerando 40.

“El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual, a su vez, ha fomentado una visión holística e integral de los derechos humanos”. (*Id.* en considerando 53).

derechos y contar con un representante legal si fuera legalmente incapaz. Esta visión del sujeto de derecho se complementaba por la aproximación que proponía la CDN de reglamentar un tratado para el *niño universal*.¹¹⁷

Para dar mayor información sobre lo que es un 'niño', las Naciones Unidas se han vuelto a proclamar en diversos documentos. En la OG7 el CtDN indicó que el niño es un *portador de derechos*. Consecuentemente la condición de niño se ha vinculado tanto a su interés superior como a su derecho a expresar sus opiniones. En ella se sostiene que “[e]n razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables.”¹¹⁸

En la Observación General No. 10 del 2007, se diferenció al niño del adulto. A la vez, se trató sobre los efectos de tal divergencia en el marco de la justicia. En breve “Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”.¹¹⁹

Como hemos visto, cuando el Derecho define lo que entiende por niño, no puede dejar de lado lo que se ha dicho desde otras disciplinas. Una

¹¹⁷ “La Convención representa, en muchos aspectos, la culminación de medio siglo de esfuerzos internacionales para establecer normas ‘universales’ en el campo de los derechos humanos.” Alston, *supra* nota 8, en pág 2.

¹¹⁸ “Los niños han sido considerados poco desarrollados, carentes incluso de la capacidad básica para la comprensión, la comunicación y la adopción de decisiones. Han carecido de poder dentro de sus familias, y a menudo han sido mudos e invisibles en la sociedad. (...) Como portadores de derechos, incluso los niños más pequeños tienen derecho a expresar sus opiniones, que deberían “tenerse debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño” (art. 12.1). Los niños pequeños son extremadamente sensibles a su entorno y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad. Pueden hacer elecciones y comunicar sus sentimientos, ideas y deseos de múltiples formas, mucho antes de que puedan comunicarse mediante las convenciones del lenguaje hablado o escrito (...)” OG7, *supra* nota 26, en párr. 13.

¹¹⁹ CtDN. Observación General No. 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores. (CRC/C/GC/10), párr. 10. (OG10)

definición de *niño*, en especial dentro del paradigma de protección integral, debe abarcar todo el universo que afecta al infante. En este sentido, la definición debe ser sensible a las necesidades psicológicas de los niños por el hecho de que aquella protección especial que necesita se vincula con su dependencia de un adulto tanto en términos físicos como emocionales. No alcanza con señalar una definición en términos de edad sino que se debe profundizar en las características propias de dicha etapa de la vida.

Aquí es importante el trabajo interdisciplinario. Un ejemplo de ello fueron los textos de Goldstein, Freud y Solnit.

Al suponer que los adultos son responsables de sí mismos y capaces de decidir qué cosas se alinean a sus intereses, la ley es diseñada para salvaguardar su derecho a decidir sobre sus asuntos personales sin la intrusión del gobierno. Por el contrario, los niños se presumen seres dependientes que no son plenamente competentes para determinar y salvaguardar sus propios intereses. Por ello necesitan del “cuidado directo, íntimo y continuo por parte de adultos que se han comprometido personalmente a asumir tal responsabilidad.”¹²⁰

Ellos son dependientes ya que no pueden proveer sus propias necesidades básicas o incluso mantener sus vidas sin ayuda ajena. Tal es el caso para un recién nacido que necesita ser alimentado como de un niño más grande que necesita que se lo lleve a la escuela, al médico, etc. Esta dependencia justifica que sean “asignados automáticamente al nacer a sus padres biológicos o, cuando esta relación no se desarrolla o no funciona, asignados por los jueces a sustitutos de los padres. (...) La situación jurídica del niño se adapta al aspecto psicológico por una serie de postulados. El problema surge si el niño se considera como un simple apéndice al mundo de los adultos, un receptor pasivo de impacto parental. El hecho es que los niños interactúan con el medio ambiente sobre la base de sus características intrínsecas individuales.”¹²¹

¹²⁰ Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 5 (1973).

¹²¹ *Id.* en pág. 8.

La necesidad de protección especial no puede justificarse sin basarse en necesidades reales que distinguen a los niños de los adultos. Aquellos tres autores proponen diversas características a tener en cuenta:

“1. Los menores cambian constantemente, de un estado de crecimiento a otro. (...)”

2. A diferencia de los adultos que miden el paso del tiempo según el reloj y el calendario, los menores tienen incorporado su propio sentido del tiempo, basado en la urgencia de sus necesidades emocionales e instintivas y en los límites de sus capacidades cognitivas. Esto se traduce en su intolerancia para retrasar la gratificación y su sensibilidad a la longitud de la separación.

3. A diferencia de los adultos, los niños pequeños experimentan los eventos como si sucedieran solamente en referencia a su propia persona. (...)”

4. A diferencia de los adultos, los menores se rigen en gran parte de su funcionamiento por las partes irracionales de la mente- sus deseos primitivos e impulsos. (...)”

5. A diferencia de los adultos, los menores no tienen una concepción psicológica de las relaciones consanguíneas hasta muy tarde en su desarrollo. (...) Son emocionalmente inconscientes de los acontecimientos que condujeron a su existencia. Lo que les importa es el patrón de interacciones diarias con los adultos que se encargan de cuidarlos y que, dada la fuerza de tales interacciones, se convierten en las figuras paternas a las que se unen.¹²²

Los niños, entonces, *no son adultos en miniatura*. Se diferencian de sus mayores en su naturaleza mental, su funcionamiento, su

¹²² En sentido similar, “Un niño es el ser más indefenso no sólo por su fragilidad física, sino más aún por su disposición amorosa, su confianza expandida frente al adulto que lo cuida. El niño carece de todo recaudo de defensa física o emocional frente a lo que sus padres dicen o hacen con él. Y esa disponibilidad y confianza cuando es avasallada por el adulto a quien se entrega produce en él daños inexorables. El niño no puede defenderse y frente al maltrato (...) le están vedadas todas las vías que la naturaleza ofrece para proteger la integridad humana.” Jofré, Graciela Dora; “Los niños y la justicia”, Revista Derecho de Familia y Personas (Ed.) La Ley, abril de 2012.

entendimiento de los eventos y sus reacciones ante ellos. Esto, a su vez, no debería oscurecer la enorme variedad en la calidad y grado de tales diferencias no sólo entre distintos niños sino también para cada uno a lo largo de su crecimiento y desarrollo.”¹²³

Entonces, los niños no son distintos de los adultos sólo por una cuestión de edad. El mundo de un niño es diferente del de un adulto, incluso del de ese mismo niño cuando pasa a ser adulto. Si las decisiones que versan sobre los niños son tomadas por adultos -inclusive en el mejor de los casos en el que se considera la opinión de aquellos- no podemos dejar estas diferencias de lado.

Bajo el nuevo paradigma, considerar a los niños como objetos de derecho es perjudicial para el niño y para la sociedad en su conjunto. “[L]as visiones mayoritarias esconden el paternalismo y verticalismo de los adultos, castran las potencialidades del niño y desconocen la responsabilidad del conjunto de la sociedad en la promoción y defensa de sus derechos.”¹²⁴

Los niños dependen de sus padres, pero no por eso pertenecen a ellos de la misma manera que se diría que un objeto pertenece a su dueño. Andrew Rehfeld, habla sobre la necesidad de entender que los niños son agentes activos.¹²⁵ Es cierto que la infancia es una etapa que tiene un fin. Se es niño hasta que se es adulto. No obstante, también puede decirse que uno es niño hasta que se convierte en adulto. De esa manera, el proceso implica cierta evolución. En este proceso, puede concebirse al adulto como individuo autónomo, independiente y racional, y al niño como alguien que un día lo será. Se ha dicho que visto desde una perspectiva “de desarrollo, social, moral, y en última instancia política, los niños son diferentes de los adultos

¹²³ Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 9. 1973.

¹²⁴ Pérez, Jaime Jesús; “El niño como sujeto social de derechos: una visión del niño para leer la Convención” citado por Solari, *supra* nota 2, en pág 8.

¹²⁵ Rehfeld, Andrew; “The Child as Democratic Citizen”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 633, 141-166, pág. 142, 2011. (“[L]os artículos vinculados a los derechos legales y políticos de los niños los tratan como “una clase protegida en vez de cómo agentes activos, subordinados a las visiones de los padres.”).

y menos que los adultos. Los niños no son todavía personas plenas."¹²⁶ Ello también es cierto si se analiza la capacidad legal de los menores de edad.

Ahora bien, habría que hacer una aclaración a dicha afirmación. Que el niño no sea plenamente capaz no significa que valga menos que un adulto. No se trata de valor moral, ni humano. Ni siquiera debería tratarse de valor político.¹²⁷ De hecho, el pensar al niño como un *adulto en potencia* debería generar mayor protección no por las carencias que caracterizan al niño sino por lo que ese niño es y será siempre: una persona, un sujeto *con* derechos, un sujeto de derecho.

Martha Minow, se opone a tratar a los derechos de los niños como “derechos de adultos extendidos a personas más jóvenes o como protecciones especiales diseñadas para aquellos con menores capacidades o mayores vulnerabilidades dadas su edad e inexperiencia”¹²⁸ y prefiere entenderlos simplemente como derechos humanos. Como seres humanos, merecen ser tratados con “dignidad, respeto y libertad.” Para ella, ello no le quita autoridad a los padres sino que les recuerdan de las responsabilidades fundamentales que deben tener con sus niños. Al formular los derechos de esta manera, se opone a la aparente igualdad de los adultos y los niños en todos los aspectos relevantes a la ley. Así, dado su entendimiento de los niños, nos habla de derechos de desarrollo.¹²⁹

Por su parte, Thomas Campbell critica la reducción del significado de un niño a una imagen de una persona que será adulto y, por ende, tendrá algún rol importante en un futuro. Tal discriminación no contempla al niño como sujeto. Por el contrario, lleva a tratarlos como “materia prima del futuro de

¹²⁶ Appell, *supra* nota 58, en pág. 714. (Recomendamos su lectura para temas de “competencia política”).

¹²⁷ Es posible decir que debido a que los niños no pueden votar ellos valen menos que los adultos. Esto no debería ser así bajo ninguna perspectiva. A pesar de no votar, las personas a cargo del gobierno deberían representar a los menores. Esta discusión, sin embargo, escapa a los objetivos de este trabajo.

¹²⁸ Minow, Martha; “What Ever Happened to Children's Rights?” pág. 127. 80 Minn. L. Rev. 267, 1995.

¹²⁹ “[D]erechos a la educación, a las actividades culturales, al juego y al ocio, y la libertad de pensamiento - para satisfacer las necesidades de los niños a alcanzar su máximo potencial. (...) Por ende, como seres humanos, los niños merecen beneficios económicos y sociales adecuadas a sus necesidades.” (*Id.*)

la sociedad, (...) privándolos de la felicidad y libertad de la verdadera infancia.”¹³⁰ La falta de sensibilidad frente al status de niño también se evidencia en la producción de investigaciones iniciadas por preocupaciones de adultos. Para él se trata de otra manifestación del “*adulthood*.”¹³¹ Todo ello “no tiene en cuenta la importancia de las experiencias de los niños en su situación presente, su actual felicidad y sus preocupaciones actuales.”¹³²

133

Es indispensable diferenciar entre un adulto en potencia, y un ciudadano actual. Es cierto que el niño es un ciudadano futuro, y que ello se vincula con su fase de desarrollo madurativo. No obstante, es también un ciudadano actual, viviendo en democracia. “Ciertamente, el niño no está todavía reconocido como un ciudadano a parte entera, dotado de derechos cívicos completos, ni tampoco de una capacidad jurídica ya que todavía se le define como “incapaz”. ”¹³⁴ No obstante, goza de una supraprotección de sus derechos que se funda sobre la protección jurídica general.¹³⁵

La ciudadanía debe abarcar al niño independientemente de si vota o no. Debemos recordar que, aún cuando en Argentina el voto es obligatorio, otras naciones lo consideran voluntario y no por ello se reducen los derechos políticos. Puede sostenerse sin embargo, que el voto optativo supone la posibilidad de ejercerlo aunque la voluntad de hacerlo o no quede al arbitrio personal, y que los niños no poseen tal oportunidad.¹³⁶ Se debe

¹³⁰ Campbell, Thomas; “The Rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult” (Review), 6 IJLF, 1-23, pág. 17.

¹³¹ *Id.* en pág. 3.

¹³² *Id.* en pág. 20.

¹³³ Similarmente se ha pronunciado Stacia Tauscher (“Nos preocupa lo que un niño va a ser mañana, pero nos olvidamos de que es alguien hoy.”). Stacia Tauscher citada por Lecce, Steven; “Should democracy grow up? Children and voting rights”, pág. 133. 9(4) *Intergenerational Justice Steven Review*, 133-39, 2009.

¹³⁴ Aunque se admite que él no sea solamente un infante del hombre y que dispone, si no es de la plena capacidad, al menos de ciertas capacidades que deben ser reconocidas y tomadas en cuenta. Zermatten, *supra* nota 55, en pág. 16.

¹³⁵ Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 125.

¹³⁶ El 31 de octubre de 2012 Argentina sancionó la Ley 26.774 de Ciudadanía Argentina por la que se habilita el voto no obligatorio a los menores mayores de dieciséis años a la vez que se le reconocen “todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República” (art. 1). La

entender que “(...) en la actuación del niño como titular de derechos fundamentales, ‘ciudadanía’ es sinónimo de desarrollo democrático de la estructura comunicativo-decisional frente al Estado y los particulares, en el seno de una sociedad que debe reconocer y respetar su autonomía.”¹³⁷ El niño es ciudadano en tanto se lo reconoce como sujeto de derechos.¹³⁸ “La visión predominante considera al niño como objeto social. Bajo la figura de ‘ciudadano del futuro’, es asumido socialmente sin presente. Es decir, como objeto pasivo de protección y cuidado, beneficiario de políticas y programas dirigidos ‘hacia él’, a la espera del futuro que lo convierta formalmente en ciudadano.”¹³⁹ En la actualidad tanto su futuro como su presente deben ser protegidos, no porque ello sea ideal, sino porque su condición de sujeto de derecho así lo exige.

La conceptualización que puede hacerse de un niño ayuda a definir el rol que deben cumplir tanto los padres, como el resto de la sociedad y el Estado.

Se debe partir del hecho de que los niños *no son propiedad de los padres*. “El compromiso de la ley de respetar los derechos de los padres no significa que los niños deben ser considerados como propiedad. Sin embargo, a veces se los trata como tales. Esta percepción errónea se ve reforzada por un

discusión sobre este tema particular excede este trabajo. Ley N° 26.774 (B.O. 32514, 2-11-2012).

¹³⁷ Orlando, *supra* nota 7, en pág. 49.

¹³⁸ “La CDN propicia ‘una forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos’, mediante el reconocimiento de todo niño (...) como un sujeto social de derechos, en un contexto democrático que facilita su interacción *en y con* la familia, y *en y con* la sociedad.” .” Gil Domínguez, *supra*, nota 19, en pág. 20.

“La ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales. En su forma integral, ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política.” Así, “el pleno ejercicio de esos derechos tiene como condición el ejercicio de otros derechos fundamentales, de los derechos civiles y de libertad y de los derechos económicos, sociales y culturales.” Baratta, Alessando; “Infancia y democracia”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, (Ed.) Temis-De Palma, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998, págs. 42 y 43 citado por Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág 20.

¹³⁹ Pérez , *supra* nota 124.

lenguaje que hace hincapié en los derechos de los adultos en vez de referirse a sus deberes. La presentación de un certificado de nacimiento es considerada como una cesión de un niño a los adultos en lugar entenderse a la inversa.”¹⁴⁰ GFS hacen referencia al caso del “Bebé Richard” de la Suprema Corte de Illinois en 1995. Allí el juez Rizzi sostuvo que “Afortunadamente, ha pasado mucho tiempo desde que nuestra sociedad consideraba a los niños como propiedad de sus padres. Poco a poco, pero finalmente, cuando se trata de niños, incluso la ley se ha librado de la mentalidad Dred Scott sobre otro ser humano [es decir, la mentalidad de la esclavitud]. Sostener que un niño es propiedad de sus padres es negar la humanidad del niño. Por lo tanto, en el presente caso partimos de la premisa de que Richard no es un pedazo de propiedad de los derechos de propiedad que pertenecen a cualquiera de sus padres biológicos o adoptivos. Richard “pertenece” a nadie más que a sí mismo. (...) [E]s su *interés superior* y sus derechos corolarios que vienen antes de cualquier otra cosa, incluyendo los intereses y derechos de los padres biológicos y adoptivos. (...) El *ISN* no es parte de una ecuación. No ha de ser medida contra cualquier otro interés.”¹⁴¹

“Los hijos no son propiedad de los padres, algo que pueden gobernar a su gusto, sino regalos que tienen que amar y cuidar. (...) el niño no es de su propiedad privada, sino un don (...) a la comunidad”.¹⁴²

¹⁴⁰ Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 227. (1986).

¹⁴¹ *Id.* en pág. 53. (1973) (Resaltado del autor).

¹⁴² Nouwen, H. J. M., & Ortega, E.; “Tres etapas en la vida espiritual: Un proceso de búsqueda”, págs. 77, 78 y 79, (Ed.) PPC, Madrid, 1997.

“La difícil misión de ser padres es ayudar a los hijos a crecer en la libertad que les permita mantenerse sobre sus propios pies, física, mental y espiritualmente, y moverse en su propia dirección. Se da la perpetua tentación de apegarnos a nuestros hijos, servirnos de ellos para colmar nuestras necesidades incumplidas y apoyarnos en ellos, sugiriéndoles de forma directa o indirecta que nos deben cantidad de cosas. Es difícil ver a nuestros hijos abandonar la casa después de muchos años, de mucho amor y mucho trabajo para que lleguen a su propia madurez. Pero cuando nos recordamos a nosotros mismos que son huéspedes que tienen su propio destino, que desconocemos y que no hemos dictado, vamos adquiriendo la capacidad de dejarlos ir en paz (...) un buen anfitrión no es sólo capaz de recibir a sus invitados con honores y ofrecerles todos los cuidados que necesiten, sino que también les permite marcharse cuando les ha llegado el momento de partir.”

Al sostener que los niños no son propiedad, la visión de los padres también cambia. Por ejemplo, y tal como se pronunció Savater, los padres tienen un rol protector y mediador ya que son las personas que ayudan a los niños a crecer.¹⁴³ Este rol de guías también es desatacado por Locke de la siguiente manera:

*“(...) Por consiguiente, el poder que los padres tienen sobre los hijos surge del deber que les incumbe, a saber, cuidar de su descendencia durante el estado imperfecto de su infancia. Formar la mente y gobernar las acciones de quienes todavía son menores de edad e ignorantes hasta que la razón se desarrolle en ellos y los ayude a salir de esa dificultad, es lo que los niños necesitan y lo que sus padres están obligados a procurarle. (...) [E]l que ya está en posesión de entendimiento y puede entender por quien carece de él habrá también de ser el que realice actos voluntarios en lugar del menor de edad; y deberá prescribir su voluntad y regular sus acciones. Mas cuando el hijo llegue a la edad en que su padre alcanzó el estado de hombre libre, él también será hombre libre”.*¹⁴⁴

Esta nueva conceptualización del niño tiene una relación estrecha con el ISN. En su OC17, la Corte señala que “el ISN debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño pueda gozar de todos sus derechos y así, permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.”¹⁴⁵ Finalmente, la Corte también establece que una manera de asegurar la primacía y real vigencia del ISN es proporcionando al niño medidas especiales de protección.

La CDN busca “reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las

¹⁴³ Savater, Fernando; “La educación es básica en el desarrollo de la libertad”. Ver anexo 6.

¹⁴⁴ Locke, *supra* nota 73, en párr. 80.

¹⁴⁵ OC17, *supra* nota 6, en párr. 59, pág. 62.

particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños -como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.”¹⁴⁶ Pero para ello necesita de la asistencia de las normas de fuente nacional ya que no se trata solamente de reafirmar los derechos del niño como ser humano sino especificar los derechos para sus circunstancias especiales de vida.

B. La situación argentina

B1. Un cambio de paradigma

En Argentina, previo a la sanción de la CDN, la situación del menor se encontraba regulada por una ley de protección tutelar. En 1919, el Congreso Nacional había sancionado la Ley Nro. 10.903 de Patronato de la Infancia¹⁴⁷. Ella, la primera en América Latina, se constituyó como modelo para otras naciones. También conocida como “Ley Agote”, les otorgó un poder compartido a los jueces y a un órgano administrativo, el Consejo Nacional del Menor, sobre todas las personas menores de dieciocho años que se encontraran en *situación irregular*.

El Patronato de Menores fue una institución creada para ejercer la patria potestad suspendida a los padres.¹⁴⁸ Ello sucedía cuando había “abandono de menores”, la presencia de un “peligro moral o material”, o la “delincuencia juvenil”, entre otras causas. De esta manera, otorgaba a los jueces un amplio poder para disponer sobre la vida y libertad de aquellos. El magistrado, en ejercicio del Patronato, debía actuar como “buen padre de

¹⁴⁶ Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 121.

¹⁴⁷ Ley N° 10.903 (B.O. 7711, 27-10-19)

¹⁴⁸ Ella derivó en cambios en el Código Civil, específicamente en la institución de la patria potestad.

familia”, pudiendo disponer del menor en los casos que considerara necesarios.

Durante su vigencia se podía hablar de dos infancias. Por un lado los niños y adolescentes; por el otro, los menores. La primera infancia estaba “representada por los estratos sociales altos, en los que la crianza y socialización de los niños eran principalmente de carácter privado, característica también predominante en los sectores medios. (...) [La otra estaba] signada por la intervención directa por parte del Estado, concentrada en los niños pertenecientes a los sectores de bajos recursos económicos, tanto a través de programas compensatorios destinados a paliar las carencias básicas de un modo asistencialista como mediante la ejecución de medidas consistentes en la separación de los niños de su entorno familiar decidido por el juez, la mayoría de las veces, a instancias de los organismos administrativos de ‘protección’ a la infancia’.”¹⁴⁹

Es allí que surge el derecho de menores.¹⁵⁰ Recién con la ratificación de la CDN comienza a cambiar este sistema. No obstante se trató de un cambio lento. A pesar de que la CDN cobró jerarquía constitucional con la reforma de 1994, la Ley de Patronato de la Infancia fue derogada recién en 2005, con el artículo 76 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.¹⁵¹ Con ella se terminó de derogar un sistema que había estigmatizado a los menores.¹⁵² Ahora, todos los menores de dieciocho son niños (y adolescentes).¹⁵³

¹⁴⁹ Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 17.

¹⁵⁰ “Esta supuesta especialidad ha cumplido un papel fundamental en las técnicas de exclusión, no sólo en cuanto a su contenido, sino también en función de la casuística de su forma, focalizando su atención en la tutela de niños pertenecientes a determinadas categorías: pobres, en riesgo, abusados, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de la libertad, etc.” *Id.* en pág 16.

¹⁵¹ Ley N° 26.061 (B.O. 30767, 26-10-05). (En adelante LPINNA). Ver anexo 5.

¹⁵² En el debate parlamentario de la LPINNA, la senadora Perceval dijo: “Simplemente quiero decir que la palabra ‘minoridad’ no siempre existió, sino que se creó para definir una realidad que se cristalizó en instituciones de minoridad a fines del siglo XIX, cuando se instituyeron dos infancias: la de los niños propiamente dicha, con posiciones de sujeto con pertenencia a una familia legítima-como se definía- y al sistema de educación pública; y la de los otros, los menores, que son aquellos sujetos objeto carentes de familia y de recursos y que están en situación de desamparo moral y, por ende, pupilos del Estado. Creo que esto es lo que hoy estamos reconstruyendo, criticando y modificando, en

La doctrina de la Protección Integral abarca todas las dimensiones de la vida y del desarrollo de los niños.¹⁵⁴ Ella condensa la existencia de cuatro instrumentos: la nombrada CND; las RBEIJ; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (RPJPL);¹⁵⁵ y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. (DRIAD).¹⁵⁶

En resumidas cuentas, la CDN permite pasar de un sistema tutelar represivo a uno de protección integral, es decir de considerar al niño como un sujeto pasivo de medidas de protección a reconocer que es un sujeto pleno de derechos.¹⁵⁷

Gráfico del cambio de paradigmas¹⁵⁸

función de palabras con fuertes cargas ideológicas y visiones éticas que construyeron y constituyeron realidades”. Antecedentes Parlamentarios, 2006-1, La Ley, Buenos Aires, p. 380 citado en Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 30. Aclaramos que al momento de sancionar la ley, la mayoría de edad en el país se alcanzaba a los veintiún años.

¹⁵³ De ahí que la palabra “menores” importa una categoría en crisis, asociada a la vieja escuela de la minoridad. Representa, en todo caso, un contenido estigmatizante. En cambio, la denominación “niños” expresa una idea más acorde con el cambio de ideología, a partir de la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.” Solari, Néstor; “Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional”, 1 .LA LEY 2006-C , 1179.

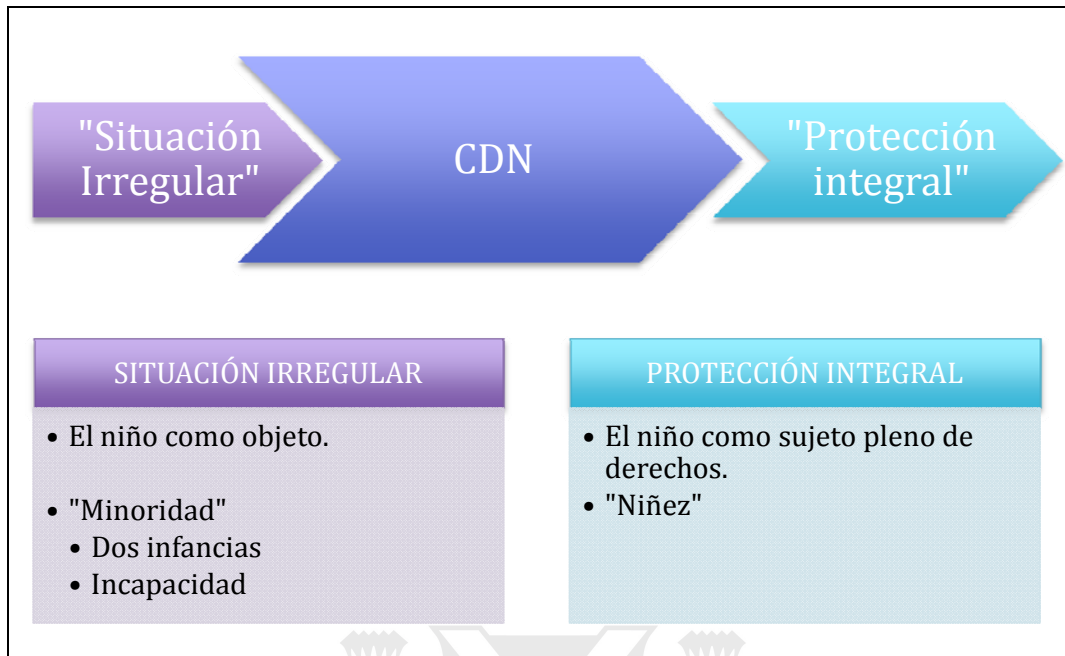
¹⁵⁴ En contraste, la doctrina de la protección integral de derechos de modo abstracto y genérico abarca, tal como su nombre lo indica, todas las dimensiones de la vida (...) de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia.” Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 19.

¹⁵⁵ Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

¹⁵⁶ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.

¹⁵⁷ “La visión del niño como sujeto social de derechos busca el reconocimiento del rol activo de éste frente a su realidad. De su capacidad para contribuir al desarrollo propio, a de su familia y al de su comunidad. Y lo incorpora en la construcción de la aplicabilidad de la Convención, como auténtico promotor de cambio y desarrollo. (...) La Protección Integral reconoce un rol fundamental y participación del niño en la familia y en la sociedad.” Solari, *supra* nota 2, en pág 9.

¹⁵⁸ Elaboración propia. Ver anexo 9 para una distinción más completa entre paradigmas.



B2. ¿Qué se entiende por niño en Argentina?

Al momento de ratificar la CDN, el Congreso Nacional sostuvo que “Con relación al art. 1° de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por *niño* todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta las 18 años de edad.” (Art. 2).¹⁵⁹ Ella es la definición de niño que prima en la nación.¹⁶⁰

A pesar de que hoy la normativa nacional se ha adaptado a tal artículo,¹⁶¹ siguen existiendo diversas excepciones que se extienden hasta

¹⁵⁹ Ley N° 23.849 (B.O.26.993, 22-10-90)

¹⁶⁰ Recordemos que la CDN goza de jerarquía constitucional. Por ello ‘niño’ es todo menor de dieciocho, tal como en ella se define. Queda en duda en qué momento la ley entiende que se comienza a ser niño. Con respecto al artículo 1 de la Ley 23.849, en “F.A.L s/ medida autosatisfactiva”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido que el Congreso “se limitó a plasmar una declaración interpretativa”. CSJN, “F.A.L s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, (F. 259. XLVI), Considerando 13 del voto mayoritario. Esta discusión excede el marco de este trabajo.

¹⁶¹ El artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional (CN) sostiene que se debe “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

los veintiún años de edad.¹⁶² La ley 26.579¹⁶³ sostiene que “Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los DIECIOCHO (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los VEINTIUN (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta.” (Art. 5).

El Código Civil (CC) define como menores a “las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años” (art. 126). A su vez, diferencia entre menores impúberes y menores adultos, siendo los primeros aquellos menores a catorce y los segundos los que tienen entre catorce y dieciocho (art. 127). Según aquel, los menores son incapaces de hecho, y “La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de personalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces.” (Art. 129). Al mismo tiempo, a partir de los diez años los menores tienen discernimiento para los actos lícitos, mientras que es a partir de los catorce que tienen discernimiento para los actos lícitos (art. 921).

A nivel provincial, diversos entes han elaborado normas en las que se refieren a los niños, y los definen.

La Ciudad de Buenos Aires, en su Constitución, “reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, [y] les garantiza su protección integral (...) [D]eben ser informados, consultados y

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.

Gustavo Feldman ha interpretado que de acuerdo a dicho artículo, al entender que por enseñanza elemental se entiende la escuela primaria “el Estado argentino tiene más compromiso con los niños de hasta trece años que con los que han superado esa edad, a pesar de que la Convención y otros instrumentos protectivos de derechos humanos receptados ninguna distinción o subcategorización hacen dentro de la categoría jurídica “niño.” Feldman, Gustavo, “Los derechos del niño”, pág. 18, (Ed.) Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

¹⁶² La discusión sobre la mayoría de edad, y la reforma del Código Civil (CC) excede el marco de este trabajo.

¹⁶³ Ley N° 26.579 (B.O. 31.806, 22-12-09).

escuchados.” (Art. 39) ¹⁶⁴ Sin embargo, no propone límites objetivos de edad.

Existen leyes provinciales de protección integral que sí lo hacen. Primero, las leyes de Protección Integral de Río Negro, ¹⁶⁵ La Rioja, ¹⁶⁶ Neuquén ¹⁶⁷ y Santa Cruz ¹⁶⁸ entienden por niño (niña y adolescente) a toda persona menor de dieciocho años de edad. Segundo, en Santiago del Estero ¹⁶⁹ y Tucumán, ¹⁷⁰ se entiende que se es niño (niña y adolescente) desde la concepción hasta los dieciocho años de edad.

Tercero, Córdoba, ¹⁷¹ Santa Fe ¹⁷² y Buenos Aires, ¹⁷³ aunque no definen al niño, sostienen que sus leyes de protección integral comprenden a las personas hasta los dieciocho años de edad.

Por su lado, la ley de Mendoza comprende a “todas las personas que no hubieran alcanzado la mayoría de edad”. ¹⁷⁴ Usando un criterio similar, Tierra del Fuego, ¹⁷⁵ aplica sus sistema de protección integral a las personas menores de veintiún años de edad.

Aunque la ley de La Rioja indica que “las particularidades propias de cada etapa del desarrollo infantojuvenil, que deben ser tenidas concretamente en cuenta en toda intervención o medida que se adopte”, ninguna de estas legislaciones diferencia a los niños (y niñas) de los adolescentes.

Por consiguiente, a nivel nacional la adolescencia no es un concepto jurídico como lo es, por el contrario, la minoría de edad. LA LPINNA no define lo que entiende por niño. Es por ello que en su aplicación se debe

¹⁶⁴ Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 39.

¹⁶⁵ art. 2

¹⁶⁶ art. 3

¹⁶⁷ art. 2

¹⁶⁸ art. 3

¹⁶⁹ art. 1

¹⁷⁰ art. 3

¹⁷¹ art. 2

¹⁷² art. 2

¹⁷³ art. 2.

¹⁷⁴ Art. 1

¹⁷⁵ art. 3

volver a la CDN. Ninguna de estas normativas distinguen entre niños y adolescentes.

Sin embargo, en ciertas provincias, las leyes han proporcionado una diferenciación entre las etapas. Así definen con mayor precisión el ámbito de su aplicación.

La ley de San Juan considera “niño a toda persona física desde su concepción hasta los dieciocho (18) años de edad.” Y “adolescencia como una etapa especial de la niñez comprendida entre los doce (12) años y los dieciocho (18) años de edad.¹⁷⁶ Tanto Chubut¹⁷⁷ como Misiones¹⁷⁸ también entienden que un adolescente es aquel que tiene entre doce y dieciocho años de edad.

Por último, además de estas pautas legales, en el Derecho Penal argentino los menores tiene menos culpabilidad que los adultos. Tal fue la regla que sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el fallo Maldonado.¹⁷⁹ Allí indicó “Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.¹⁸⁰

¹⁷⁶ art. 2.

¹⁷⁷ Art. 2

¹⁷⁸ Art. 3.

¹⁷⁹ Fallos: 328:4343. Según la autora Mary Beloff, el caso Maldonado ha sido el primer fallo en el que la CSJN interpreta la CDN. Beloff, *supra* nota 99 en pág. 35.

¹⁸⁰ Fallos: 328:4343. Considerando 40 del voto de la mayoría.

CAPÍTULO III: LA (RE)CONSTRUCCIÓN DEL ISN

Con la CDN, el ISN pasa a ser un principio jurídico que obliga a los Estados y que se proyecta más allá de los casos de tenencia y custodia, e inclusive más allá del ordenamiento jurídico. Él se extiende al proceso de creación de políticas públicas, así como a toda medida en la que se involucren los niños. En consecuencia, deja de ser un mero objetivo social deseable y se sumerge en un mundo en el que el niño es un sujeto de y con derechos humanos.¹⁸¹

Sin embargo, “Los gobiernos - o los adultos en forma individual - a veces han hecho mal uso del ‘interés superior del niño’ para justificar acciones que, en realidad, han violado los derechos del niño”.¹⁸²

La sanción de la CDN fue una de las medidas que contribuyeron a desarrollar el principio mas no la única. Para poder desentrañar la raíz del ISN, debemos sumar la evolución de los Derechos del Niño de los últimos años (de manera de evaluar también el trato doctrinario que se le ha dado al ISN) y las recomendaciones que ha realizado el Comité creado por la CDN para dilucidar su profundo significado.

¹⁸¹ “En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia”. Cillero Bruñol, *supra* nota 84, pág. 135.

¹⁸² “El castigo corporal ha sido defendido con el argumento de que enseña a los niños los límites necesarios, y que por ello es por su propio bien en el largo plazo. Se les ha impedido a niños adoptados conocer su familia biológica ‘en sus propios intereses’. Niños de los pueblos indígenas han sido separados a la fuerza de sus familias y colocados en internados para que puedan ser introducidos en la ‘civilización’, una vez más, en nombre de su ‘interés superior’ (...). Hammarberg, *supra* nota 19.

En sentido similar, “A pesar de la existencia de importante y creciente literatura sobre [el ISN] y su determinación, el concepto sigue siendo tema de incomprensión generalizada, y la manipulación, en particular en los ámbitos de la tutela y la adopción”. Comisario de Derechos Humanos. “Adoption and children: a human rights perspective”, Strasbourg, 28 April 2011. CommDH/IssuePaper(2011)2, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1780157>.

A. ¿Qué es el ISN?

A1. La doctrina y el ISN

El principio que se introduce en la CDN es el siguiente: *el ISN ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que le conciernen a los niños.*

Dadas las críticas de indeterminación, así como de vaguedad que se han realizado, es pertinente reflexionar sobre los aportes que se produjeron sobre su significado.

Jean Zermatten ha proporcionado un análisis conceptual del art. 3 de la CDN mediante el que ha definido al enunciado de ISN como una regla de procedimiento; la base de un derecho sustantivo y un fundamental principio legal de interpretación.¹⁸³ Al mismo tiempo presenta uno de los análisis

¹⁸³ "Primero, es una *norma de procedimiento*: cuando una decisión que afectará a un niño específico o un grupo de niños debe ser tomada, el proceso de toma de decisiones debe considerar los posibles impactos de la decisión (positivos o negativos) en el/los niño/nios afectado/s y debe dar la debida importancia a estos efectos al considerar los diferentes intereses en juego. También es una norma de procedimiento en el sentido de que el art. 3 (1) requiere la inclusión de este paso en el proceso de toma de decisiones, pero no impone una solución.

En segundo lugar, el interés superior del niño constituye la *fundación de un derecho sustantivo*: la garantía de que este principio se aplicará siempre que deba tomarse una decisión que involucre a un niño o un grupo de niños, o el derecho del niño a tener su/sus mejores intereses evaluados. Los Estados Partes tienen la obligación de poner en marcha los mecanismos necesarios para tener en cuenta el interés superior del niño. Por ejemplo, se debe promulgar legislación apropiada para subrayar la obligación legal de los que toman decisiones (por ejemplo, jueces) de considerar la regla de procedimiento en el 'interés superior' en el proceso de toma de decisiones.

En tercer lugar, el interés superior del niño es un *principio jurídico interpretativo fundamental*, desarrollado para limitar el poder sin control de los adultos sobre los niños (por ejemplo, los profesionales que trabajan para y con los niños, jueces, policías, maestros, médicos, etc.) El principio se basa en el reconocimiento de que un adulto se encuentra en condiciones de tomar decisiones en nombre de un niño debido a la falta de experiencia y el juicio del niño.

Sin embargo, nadie sabe a ciencia cierta cuáles son los mejores intereses de un niño, o un grupo de niños. Lo que constituye el interés en un caso concreto debe ser evaluado por quien tome las decisiones a través de la aplicación de esta norma de procedimiento. El Estado Parte no está obligado a dictar el resultado final de una decisión, sino el proceso por el cual se llega a la decisión. Es en este sentido que se entiende que es un principio." Zermatten, *supra* nota 21, en pág. 492. (Resaltado del autor).

literales más completos que se han realizado.

Primero advierte que no se debe considerar al niño como un ser excepcional al aplicar el ISN en todas las dimensiones políticas y macrosociales. El niño nunca se concibe como un ser aislado ya que ello va contra su misma definición y de su necesaria dependencia de su padres.¹⁸⁴ Para este autor, “la combinación de ‘interés’ y ‘superior’ simplemente significa que el objetivo final es el “bienestar” del niño, tal como se define en el preámbulo”.¹⁸⁵

Segundo, al ser *una consideración primordial*, el ISN no es suficiente u único. Pero la ponderación con otros intereses no siempre llevará al choque.

Es así que propone ocho características del artículo. Primero, sostiene que se trata de un principio de interpretación. En segundo lugar, que es una obligación de los Estados parte de la CDN. Tercero, que no puede considerarse de manera aislada sino dentro del contexto de la Convención. Asimismo, señala que es un concepto jurídico que debe precisarse con la práctica y por la reglas de aplicación, así como por los avances de la jurisprudencia. En quinto lugar, es un criterio relativo al tiempo y al espacio. Sexto, debe pensarse *hic and nunc*, y a mediano y largo plazo. Séptimo, no se debe olvidar que el concepto de niño es evolutivo. Por último, es un criterio subjetivo en doble sentido: en relación a una subjetividad colectiva: “la de una sociedad dada, en un momento dado de su historia, que tiene una imagen del interés del niño”; y de una subjetividad personal manifestada en un triple nivel: la de los padres, la del

¹⁸⁴ “Superior no implica una automática jerarquía, sino que debe entenderse como complementario e interrelacionado con los intereses del resto de los miembros de la familia, de modo de coordinarse y combinarse armónicamente los intereses opuestos”. Gil Domínguez et al, *supra* nota en pág. 100

De manera similar, “lo mejor para el niño se define siempre en relación con otros (Estado, padre, el niño mismo, etc.) y no como un término totalmente abstracto” Kemelmajer de Carlucci, Aída (coordinadores), Rubinzal-Culsoni; “Conclusiones publicadas en *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, 1998, t.III, pág. 297.

¹⁸⁵ Zermatten *supra* nota 21, en pág. 489. (Ver también anexo 4, Preámbulo de la CDN).

Ello tiene aún más sentido si recordamos que las primeras referencias legales a este tipo de consideraciones surgieron en Inglaterra, y que allí se expresaba que *el bienestar del niño debía ser la consideración primaria*.

niño y la del juez o autoridad administrativa.¹⁸⁶

Luego de su análisis integral define al ISN como “un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas al (sic) examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que sus intereses a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.¹⁸⁷

Para Nora Lloveras y María Oviedo se trata de “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. Es decir que, debe orientar y condicionar toda decisión jurisdiccional”. Agregan que “es una idea en permanente evolución y transformación, que ofrece al Juzgador un espacio abierto y flexible, para llenarlo de contenido de acuerdo al caso concreto cuando debe resolver sobre cuestiones atinentes a los NNA”.¹⁸⁸

Stella Maris Biocca lo define como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendiendo por éste el que más conviene en un momento dado en un cierta circunstancia y analizando en concreto su caso particular”.¹⁸⁹

Para Néstor Solari “es un principio general del derecho positivo –con jerarquía constitucional–, cuyo contenido se integra con derechos y garantías (...) enumerados en la CDN, en la ley 26.061 (...), así como las demás disposiciones vigentes en el derecho positivo. [Ello] significa que (...) no representa la voluntad subjetiva y libre del intérprete, quedando

¹⁸⁶ *Id.* en págs. 492 y 493.

¹⁸⁷ Zermatten, *supra* nota 55, en pág. 15.

¹⁸⁸ □Lloveras, Nora y Oviedo, María Natalia; “El interés superior del niño, niña y adolescente: Una vez más como núcleo central de una decisión jurisdiccional”, pág. 2, 10 - LA LEY2011-B, 390.

¹⁸⁹ Biocca, Stella María, “Interés Superior del Niño”, Derecho de Familia. 30 Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pág. 23. Citado por Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 89.

superada esta concepción con las directivas emanadas del el instrumento internacional y de la ley 26.061”.¹⁹⁰

Por su lado, Luis Kamada define al ISN como “aquel universo de bienes jurídicos y fácticos que fenomenalizan y cualifican el estado actual de bienestar totalizante del menor y se proyectan en la dinámica de su sano crecimiento, conforme parámetros objetivos internacionales y subjetivos de naturaleza cultural del niño en concreto”.¹⁹¹

Para Miguel Cillero Bruñol el ISN es “la plena satisfacción de sus derechos (...) en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención”¹⁹². Tal postura se opone a cualquier definición bio-psicosocial “como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad”.¹⁹³ Ello siendo así debido a que dificultaría la aplicación de los derechos y le quitaría valor a las normas legales reconocidas.

Para Thomas Hammarberg, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, se trata de una guía de interpretación e implementación que debe vincularse siempre a los otros artículos de la CDN y por el que se debe escuchar al niño al momento de determinarlo.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Solari, *supra* nota 2, en pág. 6

¹⁹¹ Kamada, Luis E.; “La superioridad del interés del niño o el paradigma más importante de la convención”, LLNOA 2005 (diciembre), 1371, pág. 2.

¹⁹² Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 134.

¹⁹³ *Id.* en pág. 136. Agrega que “la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”. *Id.* en pág. 141.

¹⁹⁴ El Comisario indica que para obtener una definición de qué es en el ISN se debe considerar la suma de todas las normas de la CDN. Hammarberg, *supra* nota 19.

“[E]l ISN puede ser definido como un mandato al Estado de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean de un ‘interés superior’ al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos”.¹⁹⁵

Estas variadas definiciones apuntan en un mismo sentido. El ISN no significa cualquier cosa, ni es un concepto que puede utilizarse de cualquier modo. Claro que no es lo mismo pensar sobre su definición -qué es-; su conformación -cuál es su contenido-, y su modo de aplicación -cómo usarlo-. Simultáneamente, es importante destacar que el principio de interpretación es el que propone la CDN: el ISN debe ser una consideración primordial. El concepto de *interés superior del niño* ha de desprenderse del hecho de que legalmente se lo considere como un principio. El ISN no es el principio.

Aquellas definiciones permiten sostener que la vaguedad¹⁹⁶ se presenta en la manera en la que se debe aplicar en cada caso. Ella es su característica *indeterminación*.¹⁹⁷ Esta indeterminación complejiza la aplicación del principio.

¹⁹⁵ Beloff et al, *supra* en nota 29, en pág. 38.

¹⁹⁶ “El concepto de interés superior, vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones, (...) encuadra dentro de las llamadas definiciones marco”. Lloveras y Oviedo, *supra* nota 188, en pág.2.

¹⁹⁷ “Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico”. Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 126. (Propone una interpretación que supere estas objeciones favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica).

La CDN no ha definido una única manera de aplicarlo. No obstante, ello ha contribuido a la utilidad del ISN en tres niveles. Por un lado, al permitir un mayor alcance político. Por el otro, en su vinculación con los valores culturales.¹⁹⁸ Por último, en la posibilidad de aplicarse en todos los casos concretos en los que hay niños involucrados.

A pesar de encontrarse dentro de un torbellino semántico y sintáctico a nivel mundial y de haber sido objeto de críticas,¹⁹⁹ la CDN también ha sido elogiada por su alcance político.²⁰⁰ El balance entre sus falencias y su

¹⁹⁸ “[Hay] muy diversas interpretaciones que se le pueden dar el principio en diferentes contextos. (...) está estrechamente vinculado con el contexto cultural en el que se invoca. Los estudios también permiten que comprendamos mejor las ambigüedades y ambivalencias de la Convención y la flexibilidad que se requiere para su aplicación efectiva.” Alston, *supra* nota 8, en pág. 5.

¹⁹⁹ Ver particularidades señaladas por Mary Beloff. Bellof, *supra* nota 99, en pág. 14.

²⁰⁰ “Si bien este no es el lugar para un análisis histórico detallado de la política de la redacción de la Convención, es difícil en ausencia de una breve reseña de este aspecto poder apreciar plenamente cómo llegó a ser tan exhaustiva, flexible y ampliamente apoyada como es.” Alston, *supra* nota 8, en pág. 6.

“En resumen, los redactores del artículo 3 (1) parecen haber estado lo suficientemente familiarizados con la frase ‘el interés superior del niño’ a partir de su uso extensivo en la legislación nacional de muchos países como para concluir que no se requería un análisis cercano. Por otro lado, parecen no haberse enterado de la controversia sobre el principio en muchas de estas jurisdicciones y por lo tanto no sintieron la necesidad ya sea para defender su carácter abierto o para proponer elementos que pudieran inyectarle un poco de contenido particular. Por extraño que parezca, ninguna delegación se centró específicamente en las implicaciones, que pareciera debían haberse desprendido de la inclusión de este principio en el artículo 3 (1), a diferencia de otros artículos. Esto incluye, en particular, el hecho de que los cinco primeros artículos tienen la función de proporcionar un marco general, o un paraguas, bajo la sombra del cual las demás disposiciones de la Convención se aplican. Debido a la incapacidad de abordar este aspecto, las consecuencias de un choque entre un determinado derecho reconocido posteriormente en la Convención y la interpretación de lo que es en el interés superior de un niño en particular, nunca fueron considerados durante el proceso de redacción.” *Id.* en pág. 11. Ver más sobre la historia de redacción especialmente en *Id.* en sección ‘IV. AN ANALYSIS OF ARTICLE 3(1)’, pág. 10.

Mary Beloff se ha pronunciado de manera similar. “Como todo instrumento internacional construido sobre consensos prácticamente universales, la CDN tiene algunas características normativas que la pueden convertir en una norma *pour la galerie* en ausencia de voluntad política y/o de desarrollos legales orientados a convertirla en una norma que impacte sensiblemente en la realidad jurídico-social. En rigor, probablemente sean estas características las que lograron ese amplio consenso, imposible si el tratado hubiera tenido características diferentes”. Beloff, *supra* nota 99, en págs. 13 y 14.

También Cillero Bruñol: “La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma

potencial puede reflejarse en una frase de la profesora británica Jane Grugel: “la CDN nunca será real pero puede ser una gran herramienta - política- a fin de que las personas se unan para demandar por sus derechos”.²⁰¹ La indeterminación es el precio que se debe pagar si se busca que la norma sea comprensiva y útil. “[E]s una de las paradojas de la ley internacional de derechos humanos que, por una parte, las normas deben ser lo suficientemente claras, completas e inflexibles para proporcionar a la comunidad internacional una base sobre la que se podría tratar de limitar a un gobierno que socava o elude normas mínimas de comportamiento decente. Por otro lado, cualquier iniciativa que sea abiertamente universalista en sus aspiraciones y apunte a hacer frente a una amplia gama de cuestiones que involucren, entre otras cosas, la relación entre el Estado, la familia y el niño, debe caracterizarse por un alto grado de flexibilidad y adaptabilidad.”²⁰²

Es así que su objetivo de adquirir un alcance generalizado también llevó a redactar un tratado con sensibilidad cultural.²⁰³ “La influencia de la cultura sobre el sistema de valores de una sociedad es un claro ejemplo de la indeterminación potencial del principio del ISN”.²⁰⁴ Por un lado, puede

fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas”. Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 127.

²⁰¹ Grugel, Jane, citada en Bellof, *supra* nota 99, en pág. 12.

²⁰² Alston, *supra* nota 8, en págs. 17 y 18.

De manera similar se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso “Sunday Times”, el 27 de octubre de 1978: “Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el derecho debe saber adaptarse a los cambios de la situación. Así, muchas leyes sirven, por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso The Sunday Times c. Reino Unido. Sentencia 26 de abril de 1979, Serie A, núm. 30, cons. 49, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_europeo/tedhsundaytimes2.htm

²⁰³ “En términos culturales, sin embargo, la Convención, mientras que de ninguna manera perfecta, es probablemente más sensible a los diferentes enfoques y puntos de vista que la mayoría de los principales tratados de derechos humanos adoptados anteriormente”. Alston, *supra* nota 8, en pág. 7.

²⁰⁴ Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 91.

De manera similar, “Digamos, en su defensa, que presenta la ventaja de ser amplio y flexible y de

haber un desacuerdo sobre los valores importantes que sustentan cualquier decisión. Ello se suma al hecho de que el mundo comprende diversas culturas cuyos puntos de vista difieren significativamente.²⁰⁵ Es por esto que no es fácil encontrar una interpretación uniforme.²⁰⁶

No obstante, aunque existe vaguedad -porque cada nación depende de sus recursos, nivel de desarrollo, cultura, etc. -hay cosas que no deberían variar. Tales son los ejemplos del derecho a la educación y al disfrute de la infancia como momento para la recreación y el ocio, entre tantos otros.²⁰⁷

El relativismo cultural no puede utilizarse en detrimento del ISN, ni tampoco debe. Tanto la cultura como la discreción judicial tienen sus límites.²⁰⁸ La protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier

poder adaptarse (relatividad al tiempo y al espacio) a las diferentes culturas, socioeconómicas, de sistemas jurídicos diferentes. Puede ser admitido en todos los sitios y sirve a todos. Es 'la criada' de la Convención'." Zermatten, *supra* nota 55, en págs. 12 y 13.

²⁰⁵ "No podemos, y probablemente no podremos, estar de acuerdo sobre lo que es mejor para ningún niño. En segundo lugar, el resultado de cualquier elección es indeterminado. Lo es con respecto a qué resultados y probabilidades de ocurrencia se obtienen de alguna decisión. No podemos, en consecuencia, conocer ex ante cómo resultarán las cosas para ningún niño. (Alston, 1994; Elster, 1989; Kopelman, 1979; Mnookin, 1979)." Archard y Skivenes, *supra* nota 12, en pág. 8.

²⁰⁶ En un sentido similar, "Hallar una interpretación unívoca de esta regla no es una tarea sencilla, no sólo por las numerosas situaciones en las que se puede encontrar un niño sino también por los distintos moldes culturales, idiomas y regímenes políticos que sugieren que su interpretación no es uniforme y el alcance difiere por diversos motivos". Rodríguez de Taborda, María Cristina; "La Convención de los Derechos del Niño en la jurisprudencia de la Corte", publicado en Sup. Act. 27/09/2012, 27/09/2012, 1 pág. 2.

²⁰⁷ "El trabajo infantil es un ejemplo de una aplicación polémica del principio del interés superior. En los países en desarrollo, hay familias que en muchos casos dependen de los ingresos obtenidos por todos los miembros productivos de la familia, incluidos los niños, para su supervivencia. Las actitudes hacia la educación son otro ejemplo. Las niñas se ven privados de la escolarización en algunas sociedades, con el argumento de que, habida cuenta de sus necesidades futuras, es más importante para ellas aprender a manejar un hogar que recibir una instrucción académica. Sin embargo, una interpretación internacional más sofisticada sobre estas cuestiones se está desarrollando gradualmente. Un trabajo que sea peligroso para un niño nunca puede estar en sus mejores intereses. El derecho a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades es fundamental." Hammarberg, *supra* nota 19.

²⁰⁸ "No obstante, la falta de definición de lo que debía entenderse como 'interés superior', requirió de la elaboración doctrinaria que impidiera que el relativismo cultural o las interpretaciones fragmentarias del texto, entre otras variables, definieran en un caso concreto la interpretación de este interés desde la exclusiva mirada del adulto, o en el mejor de los casos, con participación del

consideración cultural que pueda afectarlos, “así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo”.²⁰⁹ Estos límites no se desprenden de un ideal interpretativo o de control de la discrecionalidad de los jueces. Tal como lo sostiene Cillero Bruñol, la CDN provee “un amplio catálogo de derechos”²¹⁰ que conforman el tamiz con el deben aproximarse los casos. Este contenido comprendería el derecho a la vida, a la identidad, a la nacionalidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de la edad y a las garantías del derecho penal y del procesal penal.²¹¹

Este límite se encuentra conformado por lo que David Archard entiende como determinaciones substanciales. Aparte de ellas, señala un segundo tipo de límite relacionado con los arreglos procedimentales.²¹² De manera similar, Gil Domínguez, Famá y Herrera proponen dos etapas en la determinación del concepto: por un lado el ISN en sentido abstracto, es decir teniendo en cuenta el enfoque global del derecho y respondiendo a una lógica jurídica; por el otro, el interés concreto, centrándose en el ámbito práctico y respondiendo a una lógica fáctica.²¹³

En este orden de ideas podemos también hablar del tercer nivel. “[L]a principal ventaja que trae aparejada un sistema abierto como el descripto radica en la generalidad de su enunciado que, a modo de principio multicompreensivo, permite abarcar un sinnúmero de situaciones diversas dentro de un amplio abanico de personas, posibilidades y realidades

niño limitada a una escucha a sus consideraciones, sesgada por la presunción de incapacidad del niño/a para ser protagonista activo como sujeto de derechos. “III. De La Vigencia Normativa a La Vigencia Social De La Ley 26.061”, en García Méndez, *supra* nota 82, en pág. 35.

²⁰⁹ “El principio del ‘interés superior’, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos”. Cillero Bruñol, *supra* nota 84 en pág. 129.

²¹⁰ *Id.* en pág 134.

²¹¹ De manera similar, “En consecuencia, el interés superior del niño no puede —ni debe— significar, en el contexto de la Convención, una interpretación libre, sino que la misma debe estar enmarcada en su justo alcance y sentido, cual es el cumplimiento de los derechos y garantías del niño. Solari, *supra* nota 2, en pág. 4.

²¹² Archard y Skivenes, *supra* nota 12.

²¹³ Gil Domínguez et al, *supra* nota 19.

sociales”.²¹⁴ Debe respetarse la historia de cada niño por lo que han de analizarse las situaciones en las que se encuentran inmersos, los efectos que ellas producen sobre ellos, entre otras cosas.²¹⁵ Para Lloveras y Oviedo, entonces, se debe entender el ISN “como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso”.²¹⁶

Considerar el caso concreto significa tener en cuenta las características del tiempo y lugar del niño y su visión del mundo, además de respetar sus derechos humanos. Sin embargo, se trata siempre de un límite doble: características propias de cada niño y derechos humanos de todos los niños.²¹⁷

²¹⁴ *Id.* en pág. 84.

De manera similar, “Se habla de este concepto como algo flexible y que brinda parámetros objetivos para la resolución de conflictos que involucren a niños: ‘El ISN es un término flexible toda vez que permite y exige a su vez en cada caso puntual calificarlo y redefinirlo atendiendo a las particularidades de la situación’. Weinberg, I. M.; “Convención sobre los derechos del niño”, págs.. 101 y 102, (Ed.) Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002. en citado en Carranza, J. L.; “Desamparo familiar y adoptabilidad”, pág. 87, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2010.

También, “[E]l discernimiento del interés superior en cada caso depende de las circunstancias fácticas concretas del mismo.” Ibarlucía, Emilio A.; “El ‘interés superior del niño’ en la Corte Suprema”, Publicado en LA LEY2007-E, 452, pág. 1.

²¹⁵ “La noción ‘interés superior del niño’ no es una noción abstracta apoyada en afirmaciones dogmáticas; sino que es necesario que respete y reconozca la historia vital del NNA respecto del cual se decide, su identidad, que analice las situaciones en las cuales han estado inmersos, los efectos que las mismas han producido en ellos y cuáles son los referentes adultos aptos para su adecuado resguardo y contención”. Lloveras y Oviedo, *supra* nota 188, en pág. 2.

²¹⁶ *Id.* en pág. 3.

²¹⁷ “[E]l juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares –inevitables, por cierto–, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño será la *máxima satisfacción de derechos posibles* –en el caso concreto–, consagrados en la CDN, y no la expresión deliberada y libre del intérprete. En otros términos, la voluntad y querer subjetivo de un “buen padre de familia” –loable por cierto–, debe ser reemplazado por los derechos y garantías consagrados”. Solari, *supra* nota 2, en pág. 4.

Los derechos humanos de los niños dependen del ISN. Pensar en ellos significa considerar la dignidad del ser humano. En el plano de la infancia también encarna el reconocimiento como sujeto. Se reconocen las diferencias y se las utiliza para generar la protección necesaria para poder contribuir en el pleno aprovechamiento de las potencialidades de los niños y en su desarrollo.²¹⁸ Ahora bien, cabe afirmar que estas consideraciones cobran sentido con el concepto de niño como sujeto. Ella, en primer lugar se desprenden de tal cosmovisión, y además moldean lo que significa ISN.

En la misma línea de pensamiento se pronunció Tavip: “La fórmula, al tener un carácter general, permite en primer lugar establecer que cuando sea aplicado por los jueces o por el poder administrativo, se tenga en cuenta las características singulares de tiempo, lugar y niño al que sean destinadas las medidas, pero en segundo lugar siempre debe tener como base el respeto fundamental de sus derechos humanos”. Tavip, *supra* nota 19, en pág. 117.

En sentido similar, “por medio del [ISN] la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con la que intenta precisarlo luego de su aplicación. Se trata, en este caso como en otros en el que el legislador recurre a los standards o conceptos indeterminados (la buena fe, la negligencia, la diligencia del buen padre de familia), de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otras (...) El hallazgo de esta solución, la única adecuada, sólo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso”. Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p.57 citado en Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 83.

Y también, “Desde ya que esa ‘noción marco’ como acertadamente ha sostenido la doctrina, sobrevuela todas las resoluciones. Noción marco que debe necesariamente llenarse con datos concretos de la realidad vital del niño cuyos derechos esenciales están en juego. El concepto de ISN debe relacionarse necesariamente con sus derechos esenciales y con la idea de bienestar en la más amplia acepción del vocablo ya que son sus necesidades las que permiten delinear su interés. Ello es así para que no devenga una fórmula abstracta y presa de la discrecionalidad de quien decide el mejor derecho para el niño”. Carranza, *supra* nota 215, en pág. 87.

²¹⁸ “[E]l principio del interés superior del niño exige que se tome en especial consideración el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad con el fin de alentar en el niño, niña y adolescente un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado”. Aguilar Carvallo, Gonzalo; “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pág. 246, 6 (1) *Estudios Constitucionales*, 223-247, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008. Similarmente, Nora Llovera sostuvo: “En definitiva, el interés superior del niño debe representar su reconocimiento como persona, (6) la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismos, siendo una directriz, una pauta a la hora de decidir ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño”. Lloveras y Ovierdo, *supra* nota en pág. 2.

Esto demuestra una vez más que este principio está “compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio: los padres, la sociedad y el Estado”.²¹⁹

Un principio guía al intérprete de las normas, así como también al legislador a la hora de dictar nuevas leyes. Solari sostiene que el cambio de paradigma conlleva a la reducción del margen de subjetividad ya que “el juzgador debe –‘debiera’– fundar su decisión en los derechos y garantías del niño”. Ello es así porque el ISN obliga al juez a argumentar y analizar los derechos en conflicto. No hacerlo sería aplicar este estándar de manera incorrecta. Las medidas serán legítimas si se argumenta la manera en la que se ponderan los intereses en juego.²²⁰

En palabras del profesor Alston, la indeterminación “sirve para enfatizar la importancia tanto de las instituciones como un medio a través del cual se ejerce el rol interpretativo como de la necesidad de desarrollar una mejor comprensión de las diferentes dimensiones culturales de las normas pertinentes”.²²¹

Parte de la indeterminación también se debe a que el principio propone considerar el *interés* de una determinada persona -el niño- como primordial y fundamental. Esto significa reconocerle un status más importante que consideraciones individuales de personas determinadas -adultos-.

Si partimos del término ISN, lo cierto es que en Derecho, el status legal

²¹⁹ Aguilar Carvallo, *supra* nota 219, en pág. 245.

²²⁰ “Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial a asumir la importantísima tarea de descubrir qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese ‘descubrimiento’ de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño”. “[D]eberá efectuarse una ponderación justa y equilibrada de los derechos que tenemos en juego, frente a la realidad sobre la que debemos juzgar”. Yuba, Gabriela; “El interés superior del niño”, pág. 1, publicado en: LLBA2012 (marzo), 147.

²²¹ Alston, *supra* nota 8, en pág. 18.

que posee un derecho no es el mismo que el de un interés. Es útil observar estos conceptos.

Por un lado, en Derecho Civil, Llambías define el derecho subjetivo como "la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir de las demás personas un determinado comportamiento".²²² Debe entenderse como una facultad (reconocida por el derecho objetivo) de obrar, de gozar de una cosa o de exigir de alguien un comportamiento determinado para la satisfacción de intereses humanos. Esto es, "un poder atribuido a una voluntad para la satisfacción de intereses jurídicamente protegidos".²²³

Para Von Tuhr Savigny se trataba de un poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, una esfera de autonomía que el ordenamiento jurídico reconoce a los individuos, otorgándoles la protección correspondiente. Por su parte, R. Von Ihering lo definía como un 'interés jurídicamente protegido', esto es un interés respaldado por una protección jurídica cuya efectividad depende de la iniciativa del propio titular. La diferencia entre ambas posturas se encuentra en el aspecto que destacan. Para Savigny se debía remarcar la voluntad de obrar, sin interesarle la finalidad del derecho subjetivo. Por ello se concibe su visión como la Teoría de la Voluntad. Ihering, y su Teoría del Interés, ponen el acento en el aspecto teleológico del derecho, es decir en el objetivo que persiguen: la satisfacción de intereses humanos que el ordenamiento jurídico estima valiosos.^{224 225}

²²² Llambías, Jorge J; "Tratado De Derecho Civil", pág. 167, (Ed.) Perrot, Buenos Aires, 1973.

Por su lado, Eduardo Zannoni sostiene que el interés legítimo jurídicamente protegido es el contenido del derecho subjetivo, mientras que el interés simple es el contenido de la chance. Zannoni, Eduardo; "Doctrina - Derecho Subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil" en- N.p., n.d. Web. 17 July 2013.<http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7302227/Doctrina---Derecho-Subjetivo-e-Interes-Simple-Zannoni.html>

²²³ Rivera, Julio César; "Instituciones de derecho civil :parte general", (Ed.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ "La teoría del realismo jurídico, que se desarrolla tanto en Norteamérica como en los países escandinavos, considera que los derechos subjetivos no tienen existencia real, pues son solo una construcción de la ciencia jurídica que permite explicar el Derecho vigente". "OCW UNED." *TEMA 11.- DERECHO SUBJETIVO Y DEBER JURÍDICO*-. N.p., n.d. Web. 31 July 2013. (Resaltado del autor), en

De todas maneras, esta concepción de derecho entiende que sólo el interés jurídicamente protegido es quien lo conforma. Ello supone que existen otros intereses que no son protegidos por un derecho determinado.

Dentro del ámbito del Derecho Administrativo se han desarrollado las categorías de Interés Legítimo e Interés Simple, dependiendo de la intensidad de la protección conferida por el ordenamiento jurídico. Así, el derecho subjetivo es el valor de un sujeto sobre un objeto determinado con carácter exclusivo y excluyente de terceros; es decir un interés individual y exclusivo del titular sobre un objeto con el que se puede recurrir por la vía administrativa o legal.²²⁶

El interés legítimo, por su parte, es la preferencia personal y directa de un sujeto sobre un objeto determinado, pero con carácter concurrente e indivisible respecto de otros sujetos determinados o por determinar. En este caso la exigibilidad es concurrente y no puede separarse del resto de los titulares.²²⁷ Se protegen los intereses de una comunidad. El mismo puede exigirse mediante la vía administrativa, y en ciertos casos ante el Poder Judicial. No da lugar a un derecho subjetivo ya que no existe una obligación jurídica correlativa de dar, hacer o no hacer, exigible a otra persona. Sí permite exigir el respeto del ordenamiento jurídico que se encuentra tutelado a través de la protección del interés público.

Por último, el interés simple es aquella preferencia simple de todos los habitantes. Esta exigencia de cada individuo del cumplimiento de las normas que regulan la actuación administrativa, es decir de la correcta aplicación de la ley, no puede defenderse por ninguna de las dos vías.²²⁸

<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/esquemas/tema-11-derecho-subjetivo-y-deber-juridico>

²²⁶ Mairal, Héctor. Clase de Derecho Administrativo del 21 de marzo de 2011. Universidad de San Andrés. (La exigencia que posee una persona de manera individual frente al Estado como, por ejemplo, un derecho contractual.)

²²⁷ *Id.* (La preferencia de un grupo de personas a que el Estado se comporte de acuerdo con la ley).

²²⁸ Mairal (*Id.*) hace hincapié en el hecho de que la reforma constitucional de 1994 ha tornado esta distinción difusa ya que los derechos constitucionales pasan a abarcar intereses legítimos y simples, como, por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano y apto para el desarrollo humano. (Cfr. Art. 41, CN).

En el derecho anglosajón también se ha diferenciado entre derecho e interés, en especial en relación al razonamiento moral. “Un *derecho* es un reclamo válido o potencial que puede ser hecho por un agente moral, conforme a los principios que rigen tanto para el demandante como para quien es el blanco del reclamo. (...) Los intereses no son demandas legítimas realizadas dentro de un sistema moral. *Los derechos prevalecen sobre los intereses*”.^{229 230}

Ambas posiciones -la del Derecho continental y anglosajón - entienden que frente a un conflicto entre un derecho y un interés, triunfa el derecho.

Igualmente, además de los derechos y los intereses, existe un tercer nivel dentro del Derecho: los principios. Ellos han sido entendidos como orientadores de las decisiones legales en determinado sentido y como una fuente de Derecho diferente de las leyes. Dworkin arguyó que son *proposiciones que describen derechos*.²³¹ Es decir que dentro del sistema, además de las normas jurídicas, hay también principios que se utilizan a la hora de interpretar y aplicar aquellas.

Los principios son más generales y abstractos que las normas. El ISN ha sido definido como un principio. Una de las confusiones que puede surgir es

²²⁹ “Tener un derecho es estar en condiciones de reclamar, o de haber reclamado en nombre propio, que algo se debe o es adeudado, y la afirmación que se hace es una demanda hecha contra alguien, de hacer o abstenerse de hacer lo que se reivindica. Regan, Tom; “The Animal Rights Debate”=Rowman & Littlefield, NY, London=2001Tom Regan Carl cohen. Cap 3. (Resaltado del autor) En <http://carl-cohen.org/books/AnimalRightsDebate/chapter3.pdf>

²³⁰ Un claro ejemplo propuesto es el siguiente: yo puedo tener un gran interés en que se sancione una ley, o que el juez llegue a determinada sentencia, mas no tengo un derecho a ello. Los derechos, al ser reclamos válidos, deben ser respetados. Los intereses, inclusive cuando pueden ser muy importantes, no siempre exigen respeto, es decir que pueden ser ignorados en determinados contextos, e incluso, insatisfechos legalmente. Pero en el caso del ISN, su status legal es mayor que el de un derecho. Siempre debe ser satisfecho legalmente.

²³¹ En su trabajo, *Los Derechos en serio*, escribió: “Llamo <<principio>> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Dworkin, Ronald M. “Los derechos en serio”, pág. 158; tr. de Marta Guastavino, (Ed.) Ariel, Barcelona, 2002.

la siguiente: ¿Cómo puede un interés, en este caso el ISN, vencer sobre otros derechos, como por ejemplo los de un adulto? Aquí el juego de palabras puede ser peligroso. Según la lógica que hemos planteado, un derecho tiene más peso que un interés. Y un principio abarca más que un derecho. En este caso, el interés es un principio; es decir que aún cuando no sea un derecho, ha de ser *una consideración primordial*, y en ciertos casos, *la consideración primordial* porque su status es de mayor alcance que un derecho (o un interés regular). Podría pensarse como una especie de ‘meta-interés’.

Al mismo tiempo, de este interés se desprende una gama de derechos - en principio los propuestos por la CDN- que deben respetarse. Hablar de *este* interés significa hablar de determinados derechos: a ser oído, a tener una educación, salud, etc. En este caso, el ISN puede vencer sobre ciertos derechos.²³²

A2. Los roles del ISN

Tanto el profesor Alston como Cillero Bruñol proponen tres roles que le otorga la CDN al principio del ISN. Primero, se trata de un ayuda a la construcción y la implementación de derechos. El ISN posee un “carácter hermenéutico al [permitir] interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño”²³³ y considerando la CDN de manera holística.

En segundo lugar, se trata de un “principio mediador que puede ayudar en la resolución de conflictos entre diferentes derechos cuando éstos surjan dentro del marco general de la Convención”.²³⁴

Por último, tomando la idea de Stephen Parker, sugieren que “en todo lo no regulado por el derecho positivo en la Convención, el artículo 3 será la

²³² En todo caso, la pregunta que abordamos en este trabajo es ¿qué ha llevado a que, como sociedad, creamos que ello debe ser así?.

²³³ Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 137.

²³⁴ Alston, *supra* nota 8, en pág. 16.

base para la evaluación de las leyes y prácticas de los Estados Partes”²³⁵ al “llenar los vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa”.²³⁶

Desde esta percepción, el ISN tiene una función constructiva de derechos y políticas; de mediación en los conflictos que puedan surgir; y de control sobre el rol de los Estados.

Jean Zermatten distingue a su vez las funciones de control y de solución.²³⁷ Él entiende la primera función como aquella que permite “velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado”. La segunda, se desprende del hecho de que el ISN “debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. (...) Es ‘la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica’”.²³⁸

CAPÍTULO IV: EL ISN EN ARGENTINA

Aparte de las definiciones que se han desarrollado sobre el ISN, puede verdaderamente entenderse si se concibe al niño como un ser humano y, por ende, se le reconocen los derechos humanos que surgen dada la etapa de la vida en la que se encuentran.

A continuación nos detendremos en la legislación argentina sobre el principio.

²³⁵ *Id.*

²³⁶ Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 138.

²³⁷ Zermatten, *supra* nota 21, en pág. 492.

²³⁸ *Id.*

A. ISN en el marco legal

En Argentina la CDN fue aprobada por la ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990.²³⁹ Posteriormente, con la reforma constitucional de 1994, y en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, dicho instrumento internacional adquirió rango constitucional.

Sin embargo, fue recién el 28 de septiembre de 2005 cuando la CDN se reglamentó mediante la LPINNA.²⁴⁰

Ella menciona el ISN en el artículo 1. “Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”. Paralelamente, lo trata de manera particular en su artículo 3, en el que sostiene que:

“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente *la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.*

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

²³⁹ Ley N° 23.849, *supra* nota 159.

²⁴⁰LPINNA. Ver anexo 5 en donde se encuentra toda la normativa.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

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” (art, 3).

A parte de estos dos artículo, la LPINNA menciona al ISN en otras secciones. Primero, en relación a la responsabilidad gubernamental.

“(…)En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. (...)” (art. 5).

Aquí, además de sostener que el ISN debe estar presente en la formación y ejecución de políticas públicas, lo trata como un *principio*.

También, en segunda instancia, se lo relaciona con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 11. Por último, el mismo es utilizado en el artículo 39 que habla de las medidas excepcionales de protección. Allí se lo utiliza para los casos en los que los niños son separados de su medio familia.

Mucha son las críticas que se le pueden hacer a la ley tanto por su contenido como por el modo en el que fue sancionada.²⁴¹ En lo que respecta

²⁴¹ Para un texto crítico de la ley ver Belluscio, *supra* nota 99.

También Ver Zanoni, Eduardo A.; "El patronato del Estado y la reciente ley 26.061", (Ed.) La Ley, 2005-F, 923.

al primer punto, se le ha objetado la falta de definición del término “protección integral”.²⁴² A su vez, se puede decir que no otorga una reglamentación de lo establecido en la CDN al momento que reitera los derechos contenidos en aquel instrumento como tampoco distingue entre niños y adolescentes.²⁴³ En lo atinente al segundo aspecto, se reprocha el tiempo que tardó el Congreso Nacional en sancionarla, pasando once años desde la reforma Constitucional. Simultáneamente, no se entiende por qué motivo, dado el transcurso de tiempo acaecido, no hubo un documento con exposición de motivos. Para Mary Beloff, todo esto pareciera demostrar que la manera en la que se dictó esta ley no tomó los derechos de la niñez en serio. Ella señala que los efectos simbólicos de la norma son más importantes que los del plano normativo.²⁴⁴

En el ámbito doméstico, no debemos olvidar que también el CC hace referencia al principio en los artículos 321²⁴⁵ y 264 ter,²⁴⁶ relacionados con temas de adopción y tenencia, respectivamente.

²⁴² Este argumento fue esgrimido por Mary Beloff. Beloff, *supra* nota 99.

²⁴³ “[L]a Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: ‘todos los derechos para todos los niños’”. Aguilar Carvallo, *supra* nota 219, en pág. 229.

²⁴⁴ “Por ello sabemos que la ley se aprobó con el fin de transformar la condición jurídica de la infancia y derogar la casi centenaria cultura tutelar. Para ello, el legislador dedicó apenas 32 artículos, algunos de los cuales se repiten o contradicen entre sí, otros son confusos, otros, completamente innecesarios. Sin mayor sistemática, la ley reitera las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que constituían su piso, no su techo; y sólo logra introducir algunas garantías mínimas que ya eran en muchas jurisdicciones reconocidas por la ley y en otras por la interpretación de los tribunales”. Beloff, *supra* nota 99 en pág. 20.

En sentido similar se ha indicado que la LPINNA adopta una “estructura que podríamos caratular de mínima, circunscripta a cuestiones generales y dejando afuera todo lo relativo a la responsabilidad penal juvenil”. Gil Domínguez et al, *supra* nota en pág. 26.

²⁴⁵ CC. Art. 321.- i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor. (Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)

²⁴⁶ CC. Art. 264 ter.- En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus

En el ámbito provincial, de las veintitrés provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, veinte han dictado leyes de protección integral de los niños.²⁴⁷ De ellas, diez tienen normas que entraron en vigencia con posterioridad a la sanción de la ley nacional,²⁴⁸ mientras que otras diez ya las habían dictado previamente.²⁴⁹ Luego hay dos provincias - Catamarca y Corrientes- que a pesar de no haber sancionado una ley propia, se han adherido al régimen de la LPINNA y una que se ha adherido al régimen de la CDN -San Luis-. Por su parte, la ley vigente en Formosa es la Ley de Dirección de Minoridad y la Familia de 1981. Allí no existe ley provincial de adhesión a la LPINNA.

Dentro del grupo pionero, seis habían otorgado una definición del ISN²⁵⁰ mientras que cuatro la habían omitido.²⁵¹ En lo que respecta a las provincias que dictaron las leyes después, ocho definen el ISN;²⁵² Chaco no propone un artículo con su definición pero lo trata como un principio en su artículo 3; y La Pampa omite su definición, mencionándolo solamente una vez a lo largo de toda la normativa. En total, catorce de las leyes provinciales proponen un artículo con la definición del ISN.²⁵³

funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de DOS (2) años. (*Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.618 B.O. 22/7/2010*).

²⁴⁷ Ver anexo 9: marco normativo de las provincias y C.A.B.A. con todas las leyes, fechas de sanción, y artículos relativos al ISN.

²⁴⁸ Chaco, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, La Rioja, Río Negro, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán.

²⁴⁹ Buenos Aires, Chubut, la Ciudad de Buenos Aires, Jujuy, Mendoza, Misiones, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis y Tierra del Fuego.

²⁵⁰ Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires, Misiones, Neuquén, San Juan y Tierra del Fuego.

²⁵¹ Las que omitieron la definición fueron: Chubut, Jujuy, Mendoza y Salta.

²⁵² Córdoba, Entre Ríos, La Rioja, Río Negro, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán.

²⁵³ Buenos Aires, C.A.B.A., Córdoba, Entre Ríos, La Rioja, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán. Recordemos también que Chaco lo trata como un principio. Ver anexo 10 en el que se encuentran todos estos artículos.

Del total que aporta una definición, pueden clasificarse en tres tipos. En primer lugar, Bs. As., Córdoba,²⁵⁴ Entre Ríos, Neuquén, La Rioja,²⁵⁵ Neuquén, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán han sancionado leyes en las que el ISN se define como la *máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías*.²⁵⁶

Por su parte, Misiones, Río Negro y Tierra del Fuego sostienen que se trata de *un principio de interpretación y aplicación de la ley, dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y el goce y ejercicio pleno y efectivo de sus derechos y garantías*.²⁵⁷

En tercero y último lugar, la C.A.B.A., San Juan y Santiago del Estero lo definen como el *sistema integral que conforman todos y cada uno de los*

²⁵⁴ Es importante mencionar que en Córdoba, la ley vigente ha derogado la Ley N° 9053, en la que se sostenía: “Artículo 4: Interés Superior. En todo lo que concierne al niño y al adolescente se deberá atender primordialmente a su interés superior, entendiéndose por tal la promoción de su desarrollo integral. Toda medida que se tome con relación a ellos, deberá asegurar la máxima satisfacción de derechos que sea posible, conforme a la legislación vigente.”

²⁵⁵ En la Rioja, la Ley N° 7.590 también se encuentra vigente. En ella se lee, en su artículo 4, que “Se entenderá por interés superior del niño/a y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos. El Estado lo garantizará en el ámbito de la familia y de la sociedad, brindándoles la igualdad de oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social en un marco de libertad, respeto y dignidad. Su objetivo esencial es la prevención y detección precoz de aquellas situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño/a y del adolescente. Removerá los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la efectiva y plena realización de sus derechos y adoptará las medidas de acción positiva que los garanticen.-“. Es decir que en ambas legislaciones se entiende al ISN como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos.

²⁵⁶ “Esta noción que identifica ‘interés superior’ con ‘satisfacción plena de intereses’ es la que prevalece en la doctrina actual, pero a nuestro entender tampoco posibilita agotar el tema acerca del contenido ya que también abarca un grado de generalización conceptual.

Nuevamente cabe preguntarse de qué manera se ‘satisfacen de manera plena’ los intereses de niños, niñas y adolescentes. Volvemos así a los parámetros que anteriormente establecíamos, la única manera de cumplir el precepto será respetando todos y cada uno de los derechos individuales consagrados específicamente en relación de los niños, niñas y adolescentes de manera particular y los derechos de toda persona receptados en todos los tratados internacionales de derechos humanos,” Tavip, *supra* nota 19, en pág. 118. (Resaltado del autor).

²⁵⁷ Recordemos que Chaco también lo trata como un principio.

Al mismo tiempo, La Rioja se refiere al ISN como un principio en su art. 6.

derechos. Las últimas dos provincias, añaden que será en función *de la máxima satisfacción integral de todos sus derechos*.

Diez de ellas -Bs. As., Córdoba, La Rioja, Misiones, Río Negro, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán- agregan una lista de condiciones que deben de respetarse a la hora de tener en cuenta el ISN , siguiendo la definición de la ley nacional. A la vez, diez provincias -Bs. As., Córdoba, Entre Ríos, La Rioja, Misiones, Río Negro, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán- también sostienen que en casos de conflicto de derechos e intereses, el ISN supone que prevalecen los de los niños.²⁵⁸

De las catorce provincias que proponen una definición, tres provincias - Misiones, Río Negro y Tierra del Fuego- aclaran que el ISN es de *obligatorio cumplimiento* en todas las decisiones concernientes a los niños dentro del mismo artículo. En sentido similar, la ley de Tucumán señala que “Toda acción estatal debe estar orientada a la satisfacción de los derechos que la presente Ley establece”. La Rioja, por su parte también destaca que: “En la interpretación y aplicación de la presente ley, de las demás normas que involucran a niñas, niños y adolescentes así como en todas las medidas que se adopten o intervengan instituciones públicas o privadas y los organismos legislativos, administrativos o judiciales, será de consideración primordial e ineludible, el interés superior de la niña, el niño y del adolescente”.

Otras dos incorporan otro artículo para explicitar que la aplicación debe ser obligatoria. Ellas son Córdoba²⁵⁹ y Santa Fe.²⁶⁰ En la redacción, no obstante, la aplicación obligatoria se entiende de la siguiente manera: “se considerará en forma primordial el ISN” o “debe primar”,

²⁵⁸ Aunque La Pampa no define el ISN, en el artículo 2 establece en caso de discordancia y oposición “siempre prevalecerá la [norma] que en el caso concreto sea más favorable para la plena satisfacción del interés superior del niño/a y adolescente”.

²⁵⁹ Artículo 4.

²⁶⁰ Artículo 3.

respectivamente.²⁶¹ Otras cuatro también adaptan tal redacción, más no lo titulan como *aplicación obligatoria*, sino que solamente hacen referencia al ISN como *consideración primordial*.²⁶² Además otras dos que no definen el ISN - Chubut²⁶³ y C.A.B.A.,²⁶⁴ ambas previas a la sanción de la LPINNA- también lo entienden como una *consideración primordial*.

Debemos aclarar que estas ocho provincias destacan que la aplicación será en todas las medidas en las que estén involucrados los niños, tanto si intervienen instituciones públicas o privadas como si lo hacen los órganos legislativos, judiciales y administrativos.

En los casos de Chaco, La Rioja y Santa Cruz se agrega otro artículo (artículos 3, 6 y 4, respectivamente) que habla de la responsabilidad gubernamental. Estos artículos replican el artículo 5 de la LPINNA. En ellos se sostiene que “En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen”. Al mismo tiempo, “Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad, el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”. A ello agregan una lista de condiciones para asegurar la prioridad absoluta.

En este contexto, hay dieciséis provincias que se refieren a la aplicación del ISN.

A1. Problemas en la definición argentina

Primero debemos recordar de que no ha habido, desde el ámbito legal internacional, una definición unánime sobre el mismo ni sobre su manera de aplicarse, o su forma de introducirse en los procedimientos y las normas

²⁶¹ En la ley de La Pampa, aún cuando el artículo 2 tiene el título de aplicación obligatoria, el mismo trata sobre conflicto de normas.

²⁶² Entre Ríos (art. 6), Neuquén (art. 3), San Juan (art.4) y Santiago del Estero (art. 2).

²⁶³ Artículo 6.

²⁶⁴ Artículo 3

sustantivas. Esto ha sido tanto por la falta de definición legal del ISN como por la multiplicidad de aristas (por ejemplo, el multiculturalismo y los aspectos socioeconómicos) que se han trabajado a nivel doctrinario sobre el principio.

A ello debemos sumar el compromiso de Argentina de respetar la CDN en un doble sentido: tanto a la hora de ratificarla como al momento de proporcionarle jerarquía constitucional. Desde esta perspectiva, es relevante a nuestro análisis reflexionar sobre el trato legal de un principio que impregna todo el Derecho del Niño.

Este principio debe guiar la elaboración de nuevas políticas así como también, la aplicación de las leyes existentes. Surgen dudas con el cumplimiento de tal objetivo si, ni siquiera a nivel nacional se puede acordar sobre un único significado en las leyes de protección integral. Recordemos que las leyes provinciales proporcionan diferentes definiciones.²⁶⁵

Es cierto que de las leyes que fueron dictadas luego de la LPINNA, sólo dos de ellas lo definen de manera diferente a lo que aquella propone: Río Negro (un principio de interpretación y aplicación) y Santiago del Estero (el sistema de los derechos reconocidos). Esto significa que las otras provincias tienen artículos consistentes con la LPINNA.

Al mismo tiempo, no deja de ser menos importante el hecho de que vivimos en un país federal. Por ello, cada provincia puede legislar para su sociedad de acuerdo a sus pautas. La variación en las leyes no es problemática si al expresar el significado no se reduce el alcance que tiene el ISN: todas decisiones que involucren niños.

Ello nos lleva a mirar la ley nacional. Ella trata al ISN como un principio, y lo define como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

²⁶⁵ “No están tampoco exentas de ambigüedad las normas provinciales. Algunas confunden “interés superior” con el conjunto de normas de protección. Es lo que ocurre con el art. 2° de la ley de la ciudad de Buenos Aires (...); y con el art. 3° de la ley de San Juan, (...)”. Belluscio, *supra* nota en pág. 4.

Ahora bien, ¿eso quiere decir que los derechos que no estén contenidos en la ley no forman parte del principio? La ley nada dice sobre el uso de menores en conflictos armados ¿Queda ello excluido de la consideración de ISN? Aquella definición se olvida de que la presentación de la CDN sobre el ISN -y el dictado de derechos- fue considerado como un piso. No se busca desproteger al niño, sino mejorar su estado de protección especial. La CDN no es sólo una regulación internacional, sino que es parte del derecho constitucional de la Nación. Cada uno de los artículos de la Convención tienen jerarquía constitucional.

Sumado a ello, en ninguna de las leyes provinciales en las que se habla sobre “consideración primordial” se lo aborda como *una* o *la* consideración primordial. Por el contrario, el ISN es *de* consideración primordial o un término que *se considerará primordial*. En términos prácticos pareciera no existir una complicación por usar otra preposición. Igualmente nos cuestionamos sobre la necesidad de agregar una tercera forma de redacción.

Más allá de las diferencias en la expresión, las leyes son confusas a la hora de hablar sobre la aplicación obligatoria en sí misma. En ellas nos encontramos frente a un círculo vicioso: su aplicación obligatoria significa que el ISN debe ser una *consideración primordial*, pero en el mismo principio se define que la ISN es una consideración primordial, y por tal motivo se debe aplicar a todas las decisiones relacionadas a los niños. Es la misma CDN la que crea un principio de aplicación obligatoria. Su obligatoriedad es parte de lo que se entiende por él: el principio es que se considere al ISN de manera primordial. Si ello ya se encuentra en la CDN, una normativa con mayor jerarquía, y previa al dictado de estas leyes provinciales. ¿Cuál es el aporte de las leyes?

En síntesis, el derecho argentino proporciona una definición legal del ISN tanto a nivel nacional, como a nivel provincial. Sin embargo, es interesante que, dejando de lado las diferencias entre leyes -que de todas maneras son, en cierta medida consistentes con la CDN- las normativas no hayan distinguido que la CDN propone un piso que no puede renunciarse. Las

definiciones son correctas en tanto no son excluyentes de lo propuesto por la CDN.

El ISN es un concepto que no depende exclusivamente de los derechos reconocidos de un niño. Ellos ayudan en la aplicación del principio y en la protección de los menores, pero no puede reducirse a los derechos reconocidos a nivel nacional. En ninguna momento el ISN invita a restringir derechos, ni siquiera al momento de adaptar la CDN a las prácticas culturales.

Las críticas que se le han hecho a la LPINNA también se pueden aplicar a su aproximación del ISN.

Según Gabriel Tavip, el art. 3 de la LPINNA aporta parámetros de los que uno no debe apartarse para determinar el ISN; es decir que la LPINNA “brinda a los que deben aplicar la ley una serie de herramientas para evitar interpretaciones arbitrariamente subjetivas del principio”: respetar la condición de sujetos de derecho de los niños; los núcleos básicos en donde se desarrollan sus vidas; su capacidad progresiva; y su derecho a ser escuchado.²⁶⁶

Aunque es cierto que dicha ley alude a tales parámetros, los mismos ya se encontraban presentes en la CDN. Entonces ¿se trata de un marco nuevo?.

La definición de la LPINNA pasa a conformar un compendio de obligaciones que el Estado ya se había comprometido a cumplir al momento de ratificar la CDN. En este tratado, el ISN es uno de los pilares de toda la normativa, es el corazón de los derechos del niño. En cambio, la redacción de la ley nacional pareciera reflejar que el principio se apoya en los derechos en vez de ser la fuente de los mismos. Así, el interés depende de la existencia de ciertos derechos. Esta visión supone que para que exista ISN debe haber derechos consagrados en leyes. Pero aun cuando el niño no tenga un derecho a dormir ocho horas diarias, nadie pone en duda su necesidad de hacerlo, y nadie consideraría que el padre que obliga a su hijo

²⁶⁶ Tavip, *supra* nota 19, en pág. 122.

a dormir tres horas por día no está atentando contra su interés superior.²⁶⁷ Al mismo tiempo, antes los mayores de dieciséis no contaban con un derecho al voto. Ello se incorporó y es parte del ISN hoy en día.

Los derechos son importantes y necesarios. Tal es la magnitud de su relevancia que, al estar presentes en la CDN, ya cuentan con jerarquía constitucional. No obstante, a pesar de relacionarse con el ISN en lo que concierne a los Derechos del Niño, no pueden ser utilizados para definir este principio, sino que deben desprenderse del mismo. Los derechos reconocidos son siempre *piso* y nunca un techo. Ese es el rol de protección del principio del ISN.

Con ello no queremos decir que la ley deba verse como una herramienta inútil. Pero sí creemos que su redacción puede producir confusiones.

A continuación destacaremos brevemente algunas inconsistencias:

La LPINNA entiende al ISN como la *máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías*. Además de ello se deben respetar ciertos postulados:

a) Su condición de sujeto de derecho;

Hemos discutido sobre este punto en el Capítulo II, Sección A3. *El niño en la CDN*, Remitimos a tal sección.

b) *El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;*

¿Por qué se aclara este derecho, presente en el art. 24 de la LPINNA y en el art. 12 de la CDN? Si el punto (b) no se encontrará allí, igualmente se debería respetar el derecho a ser oído.

c) *El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*

²⁶⁷ Bien podría decirse que este ejemplo forma parte del derecho a la salud de un menor. Aunque coincidimos con tal afirmación, queremos denotar que un derecho -y también el ISN- comprende más que aquello expresado explícitamente en una ley. El ISN reposa sobre todo lo que es beneficioso para un niño. Los derechos son las maneras de crear los límites. Este es sólo un ejemplo.

¿Cuál es la diferencia entre máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías y pleno desarrollo personal de sus derechos?

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

¿Qué significa su capacidad de discernimiento? ¿Cómo se relaciona con el art. 921 del CC²⁶⁸?

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

¿Cómo debe interpretarse esto dado el comentario que se agrega al final del artículo: “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”? ¿Puede ser que una decisión que se considere positiva para el ISN vaya en contra del bien común?

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Por ejemplo puede aplicarse en casos de restitución de menores. Sobre ello remitimos a la sección “1. El ISN y la restitución de menores”.

B. El ISN en el ámbito judicial

B1. El uso del ISN por parte del Poder Judicial

Además de la Ley y la doctrina, la jurisprudencia es otra de las fuentes de Derecho. Ella permite darle contenido real a una ley que es abstracta. En esta sección nos dedicaremos a observar la expresión jurisprudencial vinculada al ISN.²⁶⁹

²⁶⁸ CC. Art. 921.- “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.”

²⁶⁹ Este trabajo no busca hacer un estudio del uso de la CDN en los fallos judiciales, sino utilizar

Es una realidad que, amparados bajo el ISN, los jueces han llegado a conclusiones contrarias.²⁷⁰ Ello puede deberse a la vaguedad e indeterminación del principio que hemos analizado. Por eso, antes de reconsiderar los avances aportados desde la Doctrina, creemos necesario identificar esos problemas en las decisiones de los jueces, así como seguir indagando sobre el significado del ISN y dirigirnos al análisis jurídico del principio, y en especial a los pronunciamientos de la CSJN.

a. La vaguedad y el miedo a la discrecionalidad excesiva.

Como hemos visto, las críticas de vaguedad se desprenden del hecho de que la CDN no propone una definición sobre el ISN. Ciertamente el principio de ISN requiere que para establecer qué le conviene a un niño en una situación concreta se tengan en cuenta numerosos aspectos que ayuden a entender el mundo de ese niño particular. Por consiguiente, no puede definirse en una oración cómo es el mundo de cada uno de los niños que habitan sobre el planeta. Sin embargo, cuando llega un niño a los tribunales, se debe considerar el ISN de dicho niño en especial. El ISN debe utilizarse cada vez que hay un niño involucrado. Pero no puede decirse que todo es beneficioso para su bienestar. ¿Cómo entender de la mejor manera

aquellos casos en los que el Poder Judicial sí se ha pronunciado para contribuir en la construcción del principio del ISN. En ningún momento se busca apoyar ni criticar los resultados a los que llegan los fallos. Para hacerlo se necesitaría de información con la que no contamos: informes, expedientes judiciales, entrevistas, etc. Sin ella no se pueden valorar las circunstancias y ponderar todos los aspectos de las vidas de los niños involucrados. De hacerlo, cometeríamos el mismo error que criticamos: dar sentencia según nuestros valores e entendimiento de los hechos sin tener en cuenta las circunstancias particulares de los niños.

²⁷⁰ Efectivamente la existencia de más de una instancia judicial -tanto a nivel nacional, como la posibilidad de acudir a cortes internacionales-, el control de constitucionalidad y los juicios políticos son maneras de garantizar la protección de los derechos. La justicia actúa para resolver los casos en los que se violan los derechos. No obstante, el Derecho también busca educar a la sociedad para evitar nuevas controversias. Así se puede, además, evitar costos innecesarios para el Estado, para los niños y para la sociedad. Asimismo, y cuando se relaciona con los niños, el factor 'tiempo' no debe dejar de considerarse seriamente. El hecho de que un niño -en el caso más extremo- debe esperar que sus derechos se vean reivindicados en una corte internacional -debiendo pasar por diversas instancias antes- es totalmente contrario a su interés superior.

posible el mundo de cada niño?

La vaguedad que llega a nuestras cortes se genera, entonces, por falta de definición legal internacional; una discrepancia entre la LPINNA y la CDN; multiplicidad de opiniones doctrinarias²⁷¹ y la necesidad de que el ISN obligue a mirar los casos de manera particular.

Desde este punto de vista, la vaguedad no es el principal problema con el que se enfrentan los tribunales. El problema se da cuando los jueces usan sus poderes discrecionales de modo que contraría el ISN. En otras palabras, el problema en las cortes se da con la manera en la que los jueces aplican el principio en casos concretos.²⁷²

Mary Beloff ha sido una de las más críticas con la manera en la que se ha tratado este principio:

“Este artículo [3 de la CDN] es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo, no hay un sólo fallo –de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver– que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo

²⁷¹ “El interés superior del niño fue definido por la doctrina de muchas maneras diferentes(...). Esta vaguedad permite el ejercicio discrecional del poder estatal que puede debilitar la tutela de los derechos que la propia CIDN consagra, lo cual ha provocado que sea asimilado a un ‘cheque en blanco’. Beloff et al, *supra* en nota 29, en pág. 18.

²⁷² “La fórmula del interés superior del niño –como, verbigracia, la del art. 206 del Cód. Civil que establece que en los casos allí previstos la guarda del hijo se conferirá por el juez al padre “que considere más idóneo”– son normas que se califican de abiertas, ya que no se establecen parámetros concretos y cerrados para que el judicante identifique al interés superior o, en el ejemplo dado, al progenitor más idóneo para atribuirle la tenencia. Por el contrario, el legislador –o la Convención Internacional en su caso– se limita en estos supuestos a brindar una directiva amplia y general, delegando en el juez la facultad de dar contenido a dicha fórmula. La gran ventaja que presenta este sistema es que permite abarcar un cúmulo de situaciones que difícilmente podrían ser previstas en el ordenamiento si se acudiera a una enumeración casuística. Pero, precisamente por ello, tiene el serio inconveniente de que se otorga al juzgador facultades muy amplias; a tal punto que será solo él el que decidirá si una determinada realidad se encuadra o no en el apuntado modelo genérico legal. Mizrahi, Mauricio Luis ; “Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte”, pág.1, 1 - LA LEY2011-E, 907.

que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el art. 3 CDN.”²⁷³

Gabriel Eugenio Tavip también se ha preguntado sobre el uso del principio.

“Pero cabe interrogarse si cada una de esas decisiones judiciales han sido tomadas siguiendo de manera efectiva el postulado del ‘mejor interés’ o si el mencionar ese interés superior constituye una simple alocución o ‘receta’ que se incorpora, para pretender formalmente dar cumplimiento al mandato legal y constitucional pero que en algunos casos no se sigue cabalmente con su finalidad. Esto se vincula a lo que muchos autores han denunciado como la ‘vaguedad’ que conlleva consigo la noción de ‘interés superior’.” (...) Nos preguntamos entonces si en definitiva estas referencias al ‘interés superior’, esas construcciones particulares, no son en determinadas ocasiones meras palabras, que por solemnes que sean quieren marcar un camino y si ese camino no se condice con lo que representan: el “supremo interés de niños, niñas y adolescentes”.”²⁷⁴

El carácter abierto del principio genera desconfianza. No existe un trabajo doctrinario o una sentencia judicial que proponga los mismos pasos a seguir al momento de hacer uso del ISN. La pretensión de que sí existiera, aspiraría a presentar un principio uniforme y rígido. Tal ilusión presupondría que todos los niños son iguales.

La vaguedad asusta porque se piensa que reconocer que cada niño es un mundo en sí mismo es una amenaza contra el sistema. Pero no reconocerlo pone en riesgo el presente y futuro de los menores. Y ello es aún más peligroso que la vaguedad.

El miedo frente a la discrecionalidad de los jueces ha generado posturas

²⁷³ Beloff, *supra* nota 99, pág. 40.

²⁷⁴ Tavip, *supra* nota 19, en pág. 110.

en las que, inclusive, se expresa que el ISN se opone al Estado de Derecho. Tal es el caso de Martin Guggenheim. Para él, “[El ISN] invita a determinaciones arbitrarias, realizadas caso por caso, y basadas en los valores individuales y los prejuicios de los que toman las decisiones. (...) El artículo 3 crea la posibilidad de socavar el estado de derecho y de autorizar una acción altamente discrecional por parte de los funcionarios del Estado, limitados sólo por su propio sentido de la justicia. Aunque superficialmente parece ser favorable a los niños, creo que no lo es. En la medida en que sugiere que la ley funciona al realizar análisis de caso por caso, liberado de la restricción de la norma, la propuesta es profundamente hostil al estado de derecho [y al imperio de la ley]”.²⁷⁵

Esta postura se equivoca al pensar que el ISN no tiene límites.²⁷⁶ Son esos límites los que nos demuestran que hay ciertos casos en los que los jueces sí ejercen sus poderes discrecionales de manera incorrecta, y que por ello no terminan actuando en miras del ISN.²⁷⁷

El ISN, aunque pueda ser considerado una cláusula vacía, no es obsoleto o carece de utilidad. El mismo puede ser utilizado como una herramienta argumentativa, y para proteger al niño y a sus derechos. Es por la existencia del ISN que se aumenta el nivel de exigencia en la justificación de su uso.

²⁷⁵ Guggenheim, Martin; “Ratify the U.N. Convention on the Rights of the Child, but don't expect any miracles”, 20 Emory Int'l L. Rev. 43, 2007.

²⁷⁶ “A pesar de lo expuesto, parecería que en alguna medida los dispositivos brindarían pautas que vedan decisiones jurisdiccionales arbitrarias; pues resulta claro que no se atenderá a ese interés superior cuando, sin razonabilidad que lo justifique, se verifiquen pronunciamientos que no respeten de un modo efectivo los derechos que asisten a los niños”. Mizrahi, *supra* nota 272, en pág. 2.

²⁷⁷ Carlos Nino se ha pronunciado sobre la discrecionalidad de los jueces. El uso de discreción por parte de los jueces no es incorrecto, en numerosos casos es necesario. Sin embargo existe un problema cuando sus decisiones son arbitrarias. “[L]os jueces tienen indefectiblemente un ámbito considerable de *discreción* para cumplir con su responsabilidad de resolver casos sin el control de normas jurídicas generales. Parte de esta discreción es una discreción ‘de derecho’, es decir ella es otorgada por las reglas del sistema (por ejemplo, cuando el juez está facultado para elegir, por supuesto no arbitrariamente, una pena, entre un máximo y un mínimo fijados por la ley) Pero buena parte de la discreción judicial es una discreción ‘de hecho’ que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas inconsistentes del sistema judicial”. Nino, Carlos S; “Introducción Al Análisis Del Derecho”, pág. 432, (Ed.) Astrea, Buenos Aires, 1980.

No es tarea de la CSJN - como tampoco de los jueces- definir el ISN (de manera abstracta) en cada sentencia que dictan ya que el dinamismo necesario para interpretar los problemas que surgen es el que permite proteger los derechos de los menores. No obstante, para poder aplicar este principio sí es necesario que entiendan de qué se trata y qué es lo que deben priorizar. Sólo de esa manera pueden dictar sentencias garantizando que en cada caso particular se lo esté satisfaciendo de la manera más completa posible.²⁷⁸ No es su tarea definir de manera abstracta lo que significa, pero sí es su tarea supervisar que dicho principio se aplique y lleve a que los derechos particulares de cada niño sean respetados, y ello se vea reflejado en las decisiones adoptadas.²⁷⁹

Por ello no basta con que los jueces mencionen el ISN. Él debe ser considerado en toda decisión que involucre al niño porque así lo demanda la CN. Lo que el juez debe exponer es cómo lo ha aplicado.²⁸⁰ El problema en muchos de los fallos argentinos es que el único uso que se le da al mismo es la mera mención. Su aplicación requiere de más que su mera mención.

Miremos el siguiente ejemplo. En uno de sus casos, la Cámara de

²⁷⁸ En Argentina todos los fallos son particulares y se aplican a los involucrados en el caso. En el sistema del common law gobierna el *stare decisis*, los tribunales están obligados por el precedente. Por ello la decisión que se tome para una persona tendrá peso legal sobre un caso similar posterior. Este sistema obliga a los jueces a pensar de una manera distinta. La decisión que tomen para un caso particular tendrá efectos legales sobre los casos de otros niños. Aunque en Argentina las decisiones de instancias superior sean tomadas como guía para la resolución de casos, igualmente cada caso se evalúa individualmente, y lo que sentencie un tribunal sólo tendrá efecto sobre las partes.

²⁷⁹ Los legisladores tampoco se ven obligados a definir todos los términos que introducen en las leyes. Como se ha comentado arriba, el hecho de ser un concepto abierto permite mayor flexibilidad -y ello contribuye en expandir el alcance de la Convención.

Ahora bien, cuando los legisladores deciden agregar definiciones o aclaraciones en la ley, lo hacen no sólo para reducir la discrecionalidad de los jueces a la hora de la interpretación, sino que lo hacen - inclusive en primer lugar- para guiar a la sociedad que se rige por esas leyes.

²⁸⁰ “El interés superior del niño no sólo debe inspirar una decisión; es obligación de toda persona que toma una medida relativa a un niño fundarla en ese principio. ¿Qué diferencia existe entre “inspirar” y “obligar”? ¿Cómo se distingue un fallo que se encuentra “inspirado” en el interés superior del niño de otro que considera que éste es un principio de aplicación obligatoria? Como en otros temas, la motivación de la sentencia es la prueba de la posición asumida por el juzgador”. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa; “Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, pág. 2, 20 Sup. Const, 2011 (LA LEY2011-F, 225).

Apelaciones de Trelew señaló que el juez de primera instancia que había declarado el estado de adoptabilidad de un niño, si bien mencionaba el ISN, no había realizado una interpretación puntual en el caso concreto. Al no describir las conductas que habrían materializado la violación del principio, el mismo no se había aplicado de manera satisfactoria.^{281 282}

Como hemos dicho, no se pretende hacer una evaluación sobre los resultados de los fallos. No obstante, cuando no se dan razones de cómo se aplica el principio, su aplicación no es totalmente correcta. La CDN exige más que una mera transcripción de sus enunciados.²⁸³

²⁸¹ Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, “Asesoría de Familia e Incapaces no 2 s/estado de preadoptabilidad (C.L., C. E.)”, 8 de julio de 2011.

²⁸² Creemos que el siguiente ejemplo que proporciona Mary Beloff puede ser también muy ejemplificador.

“Para ilustrar tal práctica jurisprudencial elegí, entre muchos, un caso que es harto elocuente para mostrar la forma (en este caso con un nivel argumental infrecuente) en la que la jurisprudencia retoma y reinterpreta este mismo artículo para sostener posiciones contrarias.

Se trata de un caso en el que una niña perteneciente a la colectividad gitana, a cuatro meses de cumplir los dieciséis años, solicitó autorización para contraer matrimonio con un joven de dieciocho con quien convivía hacía casi dos años. El juez de familia, en una corta decisión, autorizó el casamiento ‘(...) teniendo en consideración primordial lo que contempla el superior interés del niño’ —que no explica en qué consiste—. En contrario se expidió en su dictamen el Defensor (asesor) de Menores: ‘No puede entonces invocarse el interés superior del niño a favor de la dispensa [matrimonial] cuando el propio Comité, órgano que preserva a nivel mundial el cumplimiento de la Convención que consagra ese principio general de derecho en su artículo 3o, está requiriendo con insistencia el levantamiento de la edad nupcial de las niñas, justamente invocando su interés superior’.

La Sala E de la Cámara Civil resolvió confirmar la decisión del juez sobre la base de la expresa voluntad de la adolescente a contraer matrimonio (art. 12 CDN): ‘Y tal voluntad fue nuevamente ratificada ante el Tribunal por ella y su novio (...) quienes expresaron con libertad y sinceridad su proyecto de vida en común, la que llevan a cabo desde hace más de un año y medio conforme la tradición gitana, y pretendiendo que su unión, más allá de los usos y costumbres propios de su grupo de pertenencia, sea conforme al ordenamiento legal vigente.

Ello así, mal puede el Tribunal negarse a confirmar el temperamento propiciado por el anterior magistrado si ha quedado debidamente demostrado que el interés de la menor así lo exige a poco que se advierta que ella y su novio están dispuestos a contraer matrimonio, con los consiguientes derechos y obligaciones recíprocos que ello importa tanto para sí como para sus futuros hijos, contrariando así, a modo de ejemplo, la costumbre de inscribir los hijos a nombre de la madres solamente’.” Beloff, *supra* nota 99, en pág. 40.

²⁸³ “[H]oy está claro que la función judicial no se agota en mencionar el principio sino en explicitar, detalladamente, cómo ese concepto se aplica al caso, cómo cada uno de los derechos del niño

b. La CSJN

La CSJN es el máximo interprete de la nación. Es por ello que consideramos que es fundamental revisar sus pronunciamientos en relación al ISN.²⁸⁴

Como se ha dicho hasta aquí, la CDN es la normativa con mayor jerarquía legal en lo que respecta al Derecho del Niño en Argentina. En 1995, en el caso “Girolodi”,²⁸⁵ la CSJN indicó que tanto las opiniones consultivas como la jurisprudencia de la CtIDH sirven como guías para la interpretación de la CDN.²⁸⁶

Por ello, primero nos referiremos a uno de sus casos contenciosos. En “Niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana”, además de confirmar, la CtIDH ha completado y sistematizado el sentido del ISN al sostener que “[l]a prevalencia del ISN debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el

mencionados en la Convención y en la ley se protegen mejor en el contexto socio-jurídico involucrado. (...) En definitiva, cualquier sentencia que se refiere al interés superior del niño, hoy, por mandato legal, debe señalar de modo puntilloso cómo los intereses de los padres y del niño están en contraposición; dicho de otro modo, cómo los padres, sustancialmente, en realidad, defienden su propio interés desentendiéndose del mejor interés del hijo.” Kemelmajer de Carlucci y Herrera, *supra* nota 280, pág. 2.

²⁸⁴ “El abordaje por la Corte reviste una gran importancia dado que la expresión es un concepto jurídico indeterminado, y más allá del intento de la definición que la ley citada contiene, lo cierto es que requiere de una precisión por parte de los jueces. Nada más necesario, entonces, que sea la Corte Suprema, como máximo intérprete de nuestro bloque de Constitucionalidad, quien lo haga, de forma tal que bajen directivas orientadoras hacia los tribunales nacionales y provinciales, que sirvan concretamente para la resolución de los graves (y a veces dramáticos) conflictos que a diario se presentan”. Ibarlucía, *supra* nota 215, en pág. 1.

²⁸⁵ Fallos: 318:514.

²⁸⁶ Agustín Gordillo afirma que “Nuestro tribunal integra tales fallos y Opiniones Consultivas al texto Constitucional por la cláusula según la cual los tratados se han de aplicar ‘en las condiciones de su vigencia’”. Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, 4ta edición, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, p. II-27, citado Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 64.

caso se refiera a menores de edad”.²⁸⁷

Esta Corte también se ha pronunciado sobre este principio en su OC17, indicando que: “la expresión ‘ISN’ (...) implica que el desarrollo de[l niño] y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.²⁸⁸

Las referencias que la CSJN hace sobre el ISN comienzan a surgir de manera preponderante tras la reforma de 1994.²⁸⁹ Con ella, la Corte

²⁸⁷ CtIDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No 130, par. 134, p. 59.

²⁸⁸ OC 17, *supra* nota 6, en opinión 2, pág. 86.

La CSJN alude a esta OC, como también a otras observaciones -de la CtIHD y del CtDN- al definir el estado del niño y su necesidad de “protección especial”.

Por ejemplo: “3°) (...) [L]os Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (art. 6.2), entendido este término “en su sentido más amplio, como concepto holístico” (Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 5* (...) y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay (...)). De ahí también que este tratado disponga que la educación deberá estar encaminada a “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 (...)”. Fallos: 331:2691. (Considerando. 3 del voto del Ministro Petracchi).

²⁸⁹ En lo que respecta al ISN, la Corte Suprema ha redactado un Boletín de Jurisprudencia dedicado especialmente al ISN. Es importante para la Nación que un órgano como la CSJN reconozca que la importancia de este principio amerita la elaboración de una compilación especial.

En ella se transcriben 26 casos de dicho tribunal - a ellos se suman 25 casos de información complementaria-. Entre los títulos de los casos que allí se exponen se encuentran: la adopción; el derecho a aprender; la patria potestad; la tenencia; los alimentos; el derecho a la intimidad; el derecho a la salud; el derecho a una vivienda digna; la filiación; la restitución internacional de menores; los jóvenes imputados penalmente; el ministerio pupilar; la capacidad para estar en juicio; cuestiones procesales y la violencia familiar.

Este Boletín divide los fallos en dos grupos: previos y posteriores a la reforma constitucional de 1994. El término ISN recién aparece en los casos posteriores. En algunos de los anteriores se menciona de forma tangencial y escasa el interés del menor- tres de ocho casos-. En uno de ellos, en un voto disidente, se lo concibe como límite a los derechos de los padres. “Los derechos de estos últimos, extensos y respetables, que van desde la elección del nombre hasta decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado. Este interés entonces, por el que velan la sociedad y la ley es el norte que debe guiar lo que se decida en relación a ellos”. Fallos: 313:1113. (Considerando 7 de la disidencia del Ministro Fayt).

(En este trabajo, a partir de ahora y a menos que se indique lo contrario, se utilizarán como ejemplo

también hace mayor referencia al estado del niño como sujeto de derechos, y la necesidad de una protección especial.

Por un lado ella ha dicho que al reconocer al niño como sujeto de derechos, la CDN “no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática”.²⁹⁰ De este estado especial se desprenden los derechos especiales. Ellos “no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema”.²⁹¹

b.1. Sus aportes a la construcción del principio.

A continuación exponemos diversos pronunciamientos de la CSJN en relación al ISN, su conceptualización y su manera de aplicarse en su aspecto más general. Ellos se presentan en orden cronológico.

*Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela - 14/06/1995*²⁹²

“Del mismo modo, el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de fundamento en la falta de ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva de la menor, pues pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía ese factor, vinculado con la justificada dilación del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese

algunos de los fallos presentes en dicha complicación de la CSJN). Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN: Interés superior del niño. - 1a ed. - Buenos Aires, 2013.□

²⁹⁰ Fallos: 331:2691. (Considerando 3 del voto de la mayoría).

²⁹¹ *Id.* (Considerando 5 del voto de la mayoría)

²⁹² Fallos: 318:1269.

mandato podría acarrear a la niña.”²⁹³

S., C. s/ adopción - 02/08/2005²⁹⁴

“Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, 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”.²⁹⁵

“[E]sta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés del niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no sólo es una petición de principio (pues afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar), sino

²⁹³ *Id.* Disidencia de los Ministros Moliné O'Connor y Fayt. Considerando 27.

²⁹⁴ Fallos: 328:2870.

²⁹⁵ *Id.* Voto de la mayoría. Considerando 5. También en Fallos: 324:975 (Considerando 18 del voto de los Ministros Moliné O'Connor y López).

también un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marca la independencia conceptual del interés del niño respecto del de toda otra persona. Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su madre y padre, sino solamente que, desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores”.²⁹⁶

“Que ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca “de acuerdo a derecho”, no lo será”.²⁹⁷

“El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho “interés del niño” con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos”.²⁹⁸

*Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174 - 07/12/2005*²⁹⁹

“En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los

²⁹⁶ *Supra* nota 294, Voto de los Ministros Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 4.

²⁹⁷ *Id.* Considerando 5. Similarmente en Fallos: 333: 1376. Voto de la mayoría. Considerando 7.

²⁹⁸ Fallos: 328:2870. Voto de los Ministros Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 5.

²⁹⁹ Fallos: 328:4343.

seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54).”³⁰⁰

A., F. s/ protección de personas - 13/03/2007³⁰¹

El ISN “(...) no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso”.³⁰²

“[T]odas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño. Por ello, y más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar.”³⁰³

“[E]l amplio margen interpretativo de los primeros abordajes judiciales dado por la indeterminación de la norma, fue acotándose con el correr del tiempo.

Esta Corte, en su rol de máximo intérprete de la Constitución Nacional estableció pautas que deben guiar la interpretación y aplicación del principio rector establecido por el artículo 3° .1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el expediente “S.C. s/ adopción”, (Fallos: 328:2870,

³⁰⁰ *Id.* Voto de la mayoría. Considerando 32.

³⁰¹ Fallos: 330:642.

³⁰² *Id.* Voto de la mayoría. Considerando 3.

³⁰³ *Id.* Voto del Ministro Maqueda. Considerando 5.

voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay)”.³⁰⁴

M. D. H. c. M. B. M. F. - 29/04/2008³⁰⁵

“Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto. Consecuentemente, los jueces -en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico-, están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales.

En ese orden, si se quiere que aquella idea general sea operativa y conduzca a un resultado justo, los tribunales deben integrarla en forma razonable, lo cual implica sopesar las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines.”³⁰⁶

García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537 - 02/12/2008³⁰⁷

“Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal “no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad” (ídem, párr. 225)”.³⁰⁸

P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia - 10/08/2010³⁰⁹

“Esta regla constitucional resulta aplicable durante el curso del proceso. (...) Por lo tanto, resulta ineficaz su tratamiento al momento del

³⁰⁴ *Id.* Voto de la Ministro Argibay. Considerando 5.

³⁰⁵ Fallos:331:941.

³⁰⁶ *Id.* Dictamen del Procurador General que el voto de la mayoría hizo propio. Considerando III.

³⁰⁷ Fallos: 331:2691.

³⁰⁸ *Id.* Voto de la mayoría. Considerando 3.

³⁰⁹ Fallos: 333: 1376

fallo último”.³¹⁰

V., D. L s/ restitución de menores - ejecución de sentencia - 16/08/2011³¹¹

“Que esta Corte ha señalado que los tribunales están obligados a atender primordialmente al citado interés superior, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción (...)”.³¹²

S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias - 03/04/2012³¹³

“Esta consideración rectora, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte (conf. Fallos: 322:2701), cuando —como en el caso— procede a la hermenéutica de los textos constitucionales”.³¹⁴

“ Que el art. 3o, ap. 1, de la Convención sobre Derechos del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como consideración primordial el interés superior del menor.”³¹⁵

“Parece claro que la norma transcripta sólo impone —en lo que interesa— el criterio inspirador que deberá guiar la actuación de los órganos

³¹⁰ *Id.* Voto de la mayoría. Considerando 4.

³¹¹ Fallos: 334:913

³¹² *Id.* Voto de la mayoría. Considerando 6.; similarmente en Fallos: 331:2691. (Considerando 10 del voto de la mayoría).

³¹³ Fallos: 324:975.

³¹⁴ *Id.* Voto de los Ministros Moliné O’Connor y López. Considerando 12.

³¹⁵ *Id.* Disidencia del Ministro Belluscio. Considerando 10.

de los distintos poderes del Estado, que –como se indica– tendrán que atender primordialmente al ‘interés superior del niño’. La señalada actuación deberá ser, obviamente, *conforme a derecho*, pues no podría considerarse a la citada norma como una autorización para hacer tabla rasa con cualquier institución jurídica so capa de que así se tutelarían mejor los intereses del menor.

En el caso específico de los tribunales, casi es innecesario puntualizar que el citado art. 3.1. no puede ser leído como si concediera una implícita y genérica habilitación para fallar siempre *contra legem* (menos aún si la ley es –como en el caso del Pacto de San José– también de jerarquía constitucional). Su alcance es el de priorizar el mentado “interés superior” en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles. No, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés”.³¹⁶

En concreto, y en relación con los pronunciamientos generales de la CSJN sobre el ISN, ella ha realizado un tratamiento extenso de este principio y de los modos en los que se debe aplicar a los casos concretos.³¹⁷ Haciendo referencia a la necesidad de protección, la CSJN ha sostenido que se trata de un “criterio para la intervención institucional”.³¹⁸

Lo entendió como un principio jurídico supra legal por el que se debe

³¹⁶ *Id.* Disidencia del Ministro Petracchi. Considerando 16.

³¹⁷ “Del repaso por los distintos precedentes resueltos por el máximo tribunal del país, se observa claramente que el principio del interés superior del niño constituye un eje sobre el cual giran las cuestiones atinentes a menores de dieciocho años, de conformidad y en consonancia con lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que vino a producir un cambios sustancial en materia de niñez”. Solari, Néstor E., “Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema”, pág. 24, 8 DFyP 2, 2010.

En la misma línea se pronuncia Tavip: “[E]s la referencia que es más enunciada en todas las medidas emanadas de los órganos jurisdiccionales en las que se esté resolviendo cualquier cuestión en relación a niños, niñas y adolescentes. Hoy en día prácticamente no existe decisorio judicial en este sentido en el que no se afirme que se ha llegado a esa conclusión en miras a proteger o resguardar ese ‘interés superior’.” Tavip, *supra* nota 19, en pág. 108.

³¹⁸ Fallos: 328:2870.

diferenciar conceptualmente del interés de otras personas.³¹⁹ Por eso se trata de una pauta de decisión ante un conflicto de *intereses*, dejando en claro que debe priorizarse el “interés moral y material de los niños”,³²⁰ inclusive si la ponderación se da contra intereses de los padres. La decisión debe otorgarle mayor beneficio a los menores. En este sentido lo entiende como un parámetro objetivo.

Una de las definiciones más completas que ha proporcionado del ISN parte del reconocimiento del menor como persona y su necesidad de un trato diferenciado. En ella se hace referencia a los derechos fundamentales del niño.³²¹ Entonces, según la CSJN, los *derechos* de los padres deben ceder cuando sea necesario para el desarrollo de la personalidad de aquellos.³²² No obstante lo anterior, al sostener que “resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos”,³²³ parece olvidarse que hay casos en que pueden entrar en conflicto derechos de los niños. En ellos alguno deberá ceder, e incluso en tal situación el ISN debe ser parte de la controversia.

A pesar de haberlo reconocido como un concepto abierto,³²⁴ también indicó que con el transcurso del tiempo el amplio margen interpretativo se fue acotando.³²⁵ Integralmente, se proponen ciertas medidas para los jueces. El principio pretende que se realice una “adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas”³²⁶ “no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida”³²⁷ sino mediante “la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el

³¹⁹ *Id.*

³²⁰ *Id.*

³²¹ *Id.* (Considerando 5 del voto de los Ministros Highton de Nolasco y Lorenzetti).

³²² Fallos: 334:913

³²³ Fallos: 328:2870 en voto de los Ministros Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 5.

³²⁴ Fallos:331:941

³²⁵ Fallos: 330:642

³²⁶ *Id.*

³²⁷ Fallos: 328:2870

menor”,³²⁸ y una buena fundamentación de la selección realizada con la aplicación de “parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines”.³²⁹

También destacó que es “aplicable durante el curso del proceso”³³⁰ y en “todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos”,³³¹ y que debe ser sensible al factor tiempo de los niños.³³² A su vez, en uno de los votos disidentes, se indicó que no debería usarse para fallar *contra legem* porque ello significaría subvertir el derecho.³³³

Por último, es interesante que ni siquiera en los fallos más nuevos se haga referencia al art. 3 del la LIPNNA. Los fallos del Boletín escasas veces mencionan tal ley, y si lo hacen es por la existencia de artículos relacionados con derechos específicos y no por hacer mención del criterio para el ISN allí propuesto. La CSJN ha sostenido que el principio que lo orienta es el de la CDN,³³⁴ y que se trata de un mandato constitucional.

C. Aplicación del ISN en casos concretos

En Argentina, el *correcto uso* del principio de ISN es más la excepción que la regla. No hay gran difusión del principio del ISN, como la hay con el de buena fe, por ejemplo. (Ello puede ser por no tenerlo presente en ningún caso, o por no utilizarlo de la manera en la que él mismo debe ser usado.) Es cierto que la CSJN ha indicado que debe ser columna vertebral de las decisiones judiciales que tengan que ver con niños. Sin embargo, tal hecho prueba que deba llegarse a la última instancia judicial para que se recuerde sobre ello. En los casos que llegan a la Corte, generalmente ya se han vulnerado derechos (y por ello debe buscarse la alternativa disponible menos perjudicial). Pero por cada caso que llega a la CSJN, hay muchos

³²⁸ Fallos: 330:642

³²⁹ Fallos:331:941

³³⁰ Fallos: 333: 1376

³³¹ Fallos: 324:975

³³² Fallos: 318:1269

³³³ Fallos: 324:975. (Considerando 16 de la disidencia del Ministro Petracchi).

³³⁴ *Id.* E incluso en fallos previos a la sanción de la ley (Fallos: 328:2870 y Fallos: 330:642).

otros que no tienen tal opción.³³⁵ Nuestros Poderes, en términos generales no siguen el principio de ISN.

A continuación veremos cómo se ha aplicado el ISN en diversos ámbitos estatales y jurídicos. Los apartados se separan según el tema a tratar. Ellos se utilizan a modo de ejemplo, y en ningún sentido buscan exhaustar la discusión. Cada uno de los tópicos debería ser abordado en sí mismo y con mayor profundidad para pretender agotarlos. Dado el alcance de la tesis, se han elegido a modo ilustrativo.

C1. El ISN y la restitución de niños

En los casos de restitución de niños entra en juego la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980.

En numerosos casos, la CSJN ha señalado que este instrumento no deja de lado el ISN.³³⁶ Por un lado, “La restitución no vulnera el interés superior del niño, desde que el CH 1980 y la CDN fueron celebrados y ratificados en el profundo convencimiento de que el bienestar de los afectados se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al desplazamiento o retención ilícitos”.³³⁷

³³⁵ No es este el lugar o el momento para reflexionar sobre el acceso a la justicia.

³³⁶ En las notas de pie del voto del Procurador en “B., S.M.c/P.,V.As/restitución de hijo” se lee: “(22) Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. (...) “(...) la verdadera víctima de una sustracción de menores” es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones (...). Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio –uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual– responden en su conjunto a una concepción determinada del “interés superior del menor”(…).

(24) Se reconoce que en un caso de sustracción de niño el mejor interés para él/ella es regresar a su residencia habitual donde las Autoridades Judiciales de ese Estado podrán decidir en el mejor interés del niño cuál de las dos partes debe ejercer la custodia o guarda y cuál de ellas gozar de los derechos de visita, y si fuera el caso decidir sobre la reubicación del niño”. Fallos: 333:604. (Considerando X).

³³⁷ Fallos: 334:913. Considerando II de voto del Procurador.

En sentido similar, La Convención de La Haya busca “la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convención

Por el otro, también lo preserva “mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen”.³³⁸

Sin embargo, el art. 13 de la Convención libra de la obligación de restitución si “b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. Es así que la CSJN entiende que “El texto denota que en la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho. Ningún término contenido en el precepto es casual”.³³⁹

Ahora bien, al referirse al art. 13, la CSJN ha sostenido que “Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención”.³⁴⁰

parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos”. Fallos: 318:1269. (Considerando 10 del voto de la mayoría)

³³⁸ Fallos: 318:1269. (Considerando 11 del voto de la mayoría)

³³⁹ *Id.* (Considerando 18 del voto de la mayoría). Dicho de otra manera, “La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido”. *Id.* (Considerando 10 del voto de la mayoría).

³⁴⁰ *Id.* (Considerando 18 del voto de la mayoría). Continua, “La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente —en el sub iudice, inexistente—, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (conf. Amtsgericht Darmstadt del 22 de julio de 1993, Fam RZ 1994, 184; Jöng Pirrung en J. von Staudingers, obra citada en Considerando 10, párrafo 683, pág. 272)”.

También en “B., S.M.c/P.,V.As/restitución de hijo”. Allí se agrega que “la facultad de denegar el retorno, requiere que el menor presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de

Es cierto que el art. 20 de la Convención de La Haya también dice que “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

En el análisis de estas situaciones, muchos son los aspectos a tener en cuenta: los informes psicológicos,³⁴¹ el factor tiempo,³⁴² la consulta de la voluntad del menor,³⁴³ y las proyecciones futuras.³⁴⁴

una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente”. Fallos: 333:604. (Considerando X del voto del procurador que la CSJN hace suyo).

³⁴¹ “De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña “psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta” (fs. 196), que atraviesa por un estado de “confusión afectiva... por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres” (fs. 345). Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres. Por lo demás, en ningún momento del proceso la recurrente solicitó a los jueces que mantuvieran una entrevista personal y directa con la niña; dicho planteo fue introducido con motivo del recurso extraordinario ante esta Corte, lo que lleva a considerarlo como fruto de una reflexión tardía”. Fallos: 318:1269. (Considerando 20 del voto de la mayoría).

³⁴² “Del mismo modo, el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de fundamento en la falta de ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva de la menor, pues pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía ese factor, vinculado con la justificada dilación del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podría acarrear a la niña”. Fallos: 318:1269. (Considerando 27 de la disidencia de los Ministros Moliné O’Connor y Fayt).

³⁴³ “Que, por otro lado, no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, circunstancia satisfecha en el sub lite dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párrafo segundo, de la Convención de La Haya; art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Fallos: 318:1269. (Considerando 20 del voto de la mayoría).

“La postura de los niños ante el reintegro es una cuestión a tener presente, por lo cual las normas internacionales le brindan la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés y obligan a los Estados a garantizarles el derecho de audiencia ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.” Fallos: 334:913. Considerando II Procurador.

“x.- Decidir contra este anhelo expresado libremente, desde sus más íntimas convicciones y referido

Pero diversas han sido las interpretaciones que se han dado.

En el caso “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela”,³⁴⁵ la CSJN decidió restituir a la menor a Canadá, instado por el padre, mediante el procedimiento la Convención, exhortando a la madre a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva.

Los jueces Moliné O'Connor, Fayt y López, en votos disidentes, ordenaron la revocación de la sentencia recurrida. Para ellos, “A la luz de la directiva mencionada, fuerza concluir que aun cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, se desdibuja y cede ante el interés superior del niño”.³⁴⁶ Dada la evaluación de la situación, creían que “un nuevo desarraigo se traducirá necesariamente en un daño cierto para su salud psíquica.” Para resguardar

no a asuntos generales sino a la restitución, implicaría desconocer la subjetividad de los niños y la importancia que su opinión tiene para determinar cuál es su interés superior”. Fallos: 334:913. Considerando III Procurador.

³⁴⁴ “Que es por ello que la claridad de las normas de derecho internacional en que se encuadra el pedido de restitución sub examine determina que caiga, sin remedio, la pretensión unilateral del padre de la menor, por carecer de los recaudos mínimos que permitan calificar como ilícita la pretensión de la madre de continuar viviendo junto a su hija en la República Argentina, elemento cuya concurrencia exige sine qua non la Convención de La Haya para la admisibilidad del pedido de restitución. La decisión consulta, asimismo, el interés de la menor en orden a la preservación de su equilibrio psíquico en las actuales circunstancias y la normalidad de su evolución futura, así como el proceso de integración a un nuevo ambiente y universo parental, a la vez que la modificación de su situación anterior —a la que ya no podría ser restituida— por haber su padre constituido una familia nueva. Es deber de este Tribunal velar por el puntual cumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado Argentino al suscribir dicha Convención, a la vez que asegurar el cumplimiento de los tratados que, como la Convención de los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional e imponen garantizar el bienestar de los menores de edad”. Fallos: 318:1269. (Considerando 32 de la disidencia de los Ministros Moliné O'Connor y Fayt).

³⁴⁵ Fallos: 318:1269

³⁴⁶ *Id.* (Considerando 11 de la disidencia del Ministro López). Este ministro comentó sobre la importancia de hacer un análisis integral de la situación del niño. “Para una evaluación integral de la situación actual de la menor —que el pronunciamiento del Tribunal no puede desconocer— debe tenerse en cuenta que, como también surge del informe examinado y de las demás constancias de la causa, la menor ha permanecido en la Argentina, donde tiene familiares directos, por más de un año y medio y que durante ese lapso se integró en un jardín de infantes sin inconvenientes, ni siquiera con el idioma pues posee una dicción clara del castellano (fs. 194/197)”. *Id.* (Considerando. 14).

el ISN de la niña, se debía revocar el pronunciamiento recurrido.

En suma, en estos casos *civiles* en los que un padre ha secuestrado a su hijo (ya que se lo ha llevado sin el consentimiento o conocimiento del otro padre), el ISN puede ser la razón por la que el niño igualmente no deba de ser restituido al padre que solicita tal medida.

C2. El ISN y la diferenciación según la edad

La Corte también ha analizado el ISN teniendo en cuenta las edades de los niños y adolescentes involucrados. Por ejemplo, ha descalificado por arbitrario el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en un caso de traslado de menores fuera del país. Así, la Corte concede el traslado respecto de los dos hijos varones más pequeños y no así para las hijas mujeres adolescentes. Las razones esbozadas fueron que respecto del adolescente “cabe presumir que se han cimentado vínculos de relación afectivos y sociales, además de hábitos deportivos, culturales y hasta de esparcimiento en el medio en que se ha desenvuelto desde su temprana infancia; (...) Que resultaba fundamental consultar la voluntad y los deseos de los hijos; (...) Que para la denegación de la autorización (...) se tuvo en cuenta su edad, el grado de avance de los estudios secundarios, y los vínculos de amistad y afectivos que tienen formados; (...) Que para otorgar la autorización de traslado de los hijos varones (de más corta edad) se evaluó la inseguridad y necesidad del contacto próximo con la madre que se ha trasuntado en la entrevista realizada, y que dichos hijos acaban de comenzar sus estudios secundarios; lo que implica entonces que no han formado aún el complejo de vinculaciones que, por el contrario, ya tienen anudado sus hermanas; (...) [y] Que no obstante que la decisión del tribunal significaba un desmembramiento transitorio del grupo familiar, la proximidad del lugar de residencia de la madre no dificultaría una comunicación fluida de los hijos con el padre y con el resto de sus

hermanos”.³⁴⁷

En este análisis también es importante destacar que los tribunales internacionales no sólo han buscado proteger al menor a partir de sus opiniones y recomendaciones. Mediante el uso de sus funciones contenciosas, han sancionado la violación de los derechos humanos de los niños. Argentina ha sido declarada culpable de tal acto. En su sentencia del 14 de mayo de 2013, la CtIDH³⁴⁸ declaró internacionalmente responsable a Argentina por violaciones de derechos humanos cometidas al haber impuesto penas de privación perpetua de la libertad a cinco varones por delitos cometidos cuando eran menores de edad, por la de adecuada atención médica de uno de los delincuentes durante el cumplimiento de la condena, por la tortura sufrida por él y otro de los individuos y por la falta de investigación del hecho y de la muerte de otro de los menores mientras se encontraba bajo custodia estatal.

La Corte sostuvo que “el ISN como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de los derechos del niño, en contra partida, también debe servir para asegurar la mínima restricción de tales derechos.”³⁴⁹ A ello agregó que debe tener “una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil.” Ella indicó que la prisión perpetua no es compatible con el art 7.3 de la CADH a la luz del ISN “pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños”³⁵⁰

Dispuso que “el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión (...) a ninguna otra persona por delitos

³⁴⁷ CSJN, 13/5/1988, “E. de V. D., M. del C. c. V. D., J. L”., JA, 1988-IV-529. Caso no extraído del boletín.

³⁴⁸ CtIDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Sentencia del 14 de mayo de 2013. Caso no extraído del boletín. (Caso Mendoza).

³⁴⁹ *Id.* en párr. 143.

³⁵⁰ *Id.* en párr. 164.

cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia (...)”³⁵¹. A ello agregó que “deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas (...)”³⁵².

C3. El ISN y el derecho a la intimidad

El art. 16 de la CDN sostiene que “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.” A ello se suma el artículo 10 de la LPINNA por el que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.”

La CSJN ha definido el derecho a la intimidad diciendo: “(...) [E]n relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede

³⁵¹ *Id.* en Dispone 20.

³⁵² *Id.* en Dispone 21.

inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”.³⁵³

Además del Estado, cuya intervención ha de limitarse estrictamente a los supuestos de violación de derechos de los niños, también se obliga a la sociedad civil en su conjunto; a los padre y/o responsables.

El derecho afecta, por un lado, a los medios de prensa con la difusión de datos e imágenes que importen una intromisión.

En “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”,³⁵⁴ la CSJN revocó la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había “[limitado] la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación [del menor que se había dictado en primera instancia], sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados.”

Los jueces Nazareno y Bossert, por su voto, señalaron que los derechos que entraban en conflicto eran el de intimidad de un menor, y el de expresión de los medios de prensa. Por ello, “la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por tratarse de personas que están en plena formación que carecen de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad y merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces”.³⁵⁵ No obstante, también señalaron que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, evitando una injustificada restricción de la libertad de prensa.

³⁵³ Fallos: 306:1892. (Considerando 8). Caso no extraído del boletín.

³⁵⁴ Fallos: 324:975.

³⁵⁵ *Id.* Considerando 2 del voto de los Ministros Nazareno y Bossert.

“Los jueces Moliné O’Connor, López, Boggiano y Vázquez, consideraron que un modo de conciliar la libertad de expresión y el derecho a la intimidad era restringir la difusión de cualquier información relacionada con el juicio de filiación que permita identificar al menor.

El juez Belluscio, en disidencia, expresó que el derecho a la intimidad no se diluye cuando su titular decide promover un proceso judicial, pues conduciría a limitar el acceso a la jurisdicción de quienes persiguen esclarecer su estado de familia.”³⁵⁶ El ISN debía tener en cuenta la historia argentina de los desaparecidos y los robos de bebés. “Nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamiento en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley”.³⁵⁷

El juez Petracchi, en disidencia, dijo que el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sólo impone el criterio para guiar la actuación de los órganos del Estado. Al atender de manera primordial al ISN, se debe actuar “*conforme a derecho*, pues no podría considerarse a la citada norma como una autorización para hacer tabla rasa con cualquier institución jurídica so capa de que así se tutelarían mejor los intereses del menor”.³⁵⁸ El principio no debe subvertir el derecho.

Según el Ministro, cualquier tipo de limitación implicaba censura. De tal modo, al permitirla se ingresaba en una pendiente resbaladiza. De su postura se entiende que el derecho de intimidad del niño tenía menos peso que el derecho de expresión y la necesidad de evitar la censura.³⁵⁹

³⁵⁶ Boletín de Jurisprudencia, *supra* nota 289. en ‘Sumario’.

³⁵⁷ Fallos: 324:975. (Considerando 10 del voto de disidencia del Ministro Belluscio).

³⁵⁸ *Id.* Considerando 16 del voto de disidencia del Ministro Petracchi).

³⁵⁹ En sus palabras, “Que algunos pueden pensar que, en vez del sistema descrito, hubiera sido preferible adoptar otro que no proscibiera de raíz todo acto de censura sino que permitiese su ejercicio en determinadas circunstancias y a determinada clase de personas. Éstas, seleccionadas por su probidad y conocimiento (léase, jueces), ponderarían en cada caso —balance ad hoc e inaudita parte— los valores o intereses en pugna: de un lado, la eventual expresión de que se trata, del otro, los derechos que podrían verse afectados por su exteriorización. Así podrían determinar cuál de los dos imaginarios platillos de la balanza tendría más peso o entidad para resolver si procede, o no, una

Por el otro lado, el derecho introduce un límite al ejercicio de la autoridad parental. Ello no puede entenderse como la resignación de la responsabilidad de protección, en especial en casos de peligro cierto. Sí obliga a tener en cuenta el principio de capacidad progresiva presente en el art. 5 de la CDN.³⁶⁰

Sería interesante reflexionar sobre lo que pasaría cuando entran en pugna el derecho de intimidad y expresión de los niños. Ello cobra especial relevancia con el boom del uso de las redes sociales. Facebook, por ejemplo, debe ser utilizado por mayores de trece años. Así lo establece la compañía en sus términos y condiciones. Sin embargo hay menores de trece que actualmente tienen un perfil público que puede ver cualquier persona.

Tal red puede utilizarse con fines muy dañinos. Por ejemplo, se acusó un profesor de educación física de utilizar las redes para que menores de entre 10 y 13 años le enviaran fotos desnudos;³⁶¹ también se detuvo a otros hombre por organizar orgías con menores a través de tal portal.³⁶² A su vez, “Se estima que hay al menos cien mil cuentas en la red social Facebook utilizadas por pedófilos argentinos que buscan acercarse a menores que

supresión (total o parcial) de la expresión antes de que ésta se manifieste.

A ello debe responderse que, en materia de censura, el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La aversión a los sistemas de censura no se basa en la presunta deshonestidad o ignorancia de quienes los ejercen. Los probos y los doctos han sido, históricamente, los censores más eficazmente represivos al momento de ejercer la actividad censoria. La propia dinámica del sistema de censura es la nociva –con su tutela paternalista que controla anticipadamente lo que se puede decir, oír o ver–, no las personas llamadas a ejecutarlo”. *Id.* (Considerando 18).

³⁶⁰ Se recomienda la lectura de Bonzano, *supra* nota 91.

³⁶¹ “Argentina.- Profesor De Deporte Usaba Facebook Para Que Menores Le Enviaran Fotos Desnudos.” *ElEconomistaAmérica*. N.p., 5 July 2013. Web. 31 July 2013.

<http://www.economistaamerica.com.ar/sociedad-eAm/noticias/4970331/07/13/Argentina-Profesor-de-deporte-usaba-Facebook-para-que-menores-le-enviaran-fotos-desnudos.html>

³⁶² “Abuso: Detenidos Por Organizar Orgía Con Menores En Facebook.” *Terra*. N.p., 25 Apr. 2013. Web. 31 July 2013.

<http://noticias.terra.com.ar/sociedad/abuso-detenidos-por-organizar-orgia-con-menores-en-facebook,40fce1a3f214e310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>

utilizan el mismo espacio virtual”.³⁶³

Ante todo esto se debería profundizar en el debate del rol de los padres a la hora de enseñar a sus hijos sobre el uso de estas redes. Ciertamente un gran número de menores de edad utilizan los medios sociales.

Este es un claro ejemplo en donde debe haber un complemento entre el control que ejerce el Estado y la educación de los padres. Hoy en día muchos de los menores que abren sus cuentas lo hacen con la ayuda de los adultos. Frente a esta realidad, deberíamos preguntarnos cómo debería ser el control de los éstos sobre los menores.

Suponiendo que los padres dejan que sólo los mayores de trece tengan acceso, ello no saldaría el problema. Los niños entre 13 y 18 también corren peligro. La puja se da entre su derecho de expresión y la necesidad de protección e intimidad.

Asimismo, la Constitución consagra el derecho de privacidad de la correspondencia. Podríamos discutir si ello aplica para los mensajes vía Facebook o no.

Este es uno de los tantos ejemplos que aparecen con el desarrollo de la tecnología. Creemos que una mayor discusión es en el ISN.

C4. El ISN y un fallo contra legem

Al ser un principio, el ISN se ha utilizado para dictar una sentencia incluso en contra de lo que una ley explícitamente sostenía. El Juzgado de Garantías n°8 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora le concedió la prisión domiciliaria a un hombre aún cuando tal medida se reserva de manera taxativa a las mujeres con hijos menores de cinco años, excluyendo otros tipos de parentesco.

A pesar de lo que sostiene el art. 159 del Código Procedimental Penal,

³⁶³ "Facebook: 7 De Cada 10 Menores Son Molestados Por Pedófilos En Argentina." *Diario Junin - Edición Digital*. N.p., 1 July 2013. Web. 31 July 2013. http://www.diariojunin.com/noticias/30739_facebook-7-de-cada-10-menores-son-molestados-por-pedofilos-en-argentina.html

al valorar el caso concreto, el juez consideró que el hombre, padre de dos hijos menores de cinco años, cuya madre -y concubina del preso- había fallecido, debía hacerse cargo de ellos. En este caso, dadas las circunstancias particulares, el interés de los niños (y su derecho) de ser criados por su padre, tuvo más peso que la misma letra de la ley.³⁶⁴

C5. El ISN y la Educación³⁶⁵

La educación es un derecho humano indispensable. Tanto la CDN como la LPINNA consagran el derecho a la educación. En Argentina la educación es obligatoria desde los cinco años de edad hasta la finalización de la enseñanza secundaria (art. 16, Ley Nacional 26.602).³⁶⁶

El principio de ISN permite argumentar legalmente que es el Estado quien debe regular el contenido de la educación. El diseño curricular no es librado a la voluntad de los padres; quienes tampoco pueden decidir si sus hijos reciben educación o no. La discreción parental tiene sus límites porque la sociedad valora la educación. Al compartir tal valor, el ISN defiende el derecho a la educación. Ahora bien, sí pueden ejercer su poder discrecional cuando [y si pueden] elegir a qué colegio enviar a sus hijos.³⁶⁷

³⁶⁴ En la sentencia se lee: “Es por ello que recobra vital importancia, la contraposición legal señalada en relación al Interés Superior del Niño, a la Protección integral de Derechos, al ejercicio efectivo de la Patria Potestad con respecto a sus hijos menores de edad y haciendo una objetiva valoración de las características de los hechos atribuidos y de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideran relevantes en la presente pesquisa, no se esgrimen razones que hagan presumir, fundadamente, que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigación”. Juzgado de Garantías N° 8 Departamento Judicial de Lomas de Zamora, “F. A. D. Prisión preventiva morigeración de oficio”, 13 de julio de 2010. Disponible en:

<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=916&plcont ampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4> (Este caso tampoco se encuentra en su Boletín)

³⁶⁵ Más en Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en págs. 326-354; Beloff et al, *supra* en nota 29, en págs. 197-207. Pérez Scalzi, *supra* nota 58, en págs. 81-83; Méndez, *supra* nota 62, en págs. 79-81.

³⁶⁶ Ley N° 26.602 (B.O. 31.926, 17-06-10)

³⁶⁷ “Otro argumento a favor del control de los padres es que ellos tienen un conocimiento especial o superior acerca de su hijo (“What’s Wrong With the UN Convention,” 2008). Reconozco que esto puede ser cierto si el conocimiento en cuestión es altamente personalizado como, por ejemplo, si el color favorito del niño es el rojo o azul o si el niño prefiere las zanahorias a la remolacha. Sin embargo, me pregunto si los padres tienen conocimiento superior cuando los temas implican qué materias y los métodos de preparación son más propensos a preparar al niño para el futuro en un

Otro ejemplo de la aplicación del ISN se da en la educación de menores de edad detenidos. “Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial”. (Art. 38).³⁶⁸

C6. El ISN y el derecho a la salud

La LPINNA regula el derecho a la salud en el artículo 14. Allí sostiene que:

“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,

mundo complejo, técnico, y que cambia rápidamente. Este tipo de expertise seguramente se encuentra dentro de la mundo de maestros certificados y consejos escolares, no los padres”. Fineman, Martha; “Taking Children’s interests seriously. Emory University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 09-75.

³⁶⁸ RPML. *supra* nota 155, en art. 38.

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”.³⁶⁹

Como se puede observar, el ISN (aunque no explícito) está presente. Primero, las pautas culturales de cada familia deben respetarse salvo que pongan en peligro la vida del menor. Segundo, los niños deben ser atendidos prioritariamente.^{370 371}

GFS propusieron tres requisitos para otorgar la autorización para llevar a cabo una intervención médica a la que los padres se oponen (y así ir en contra de la presunción de autonomía de los padres). Ello es posible si se puede establecer (a) que los médicos acuerdan sobre qué tratamiento médico no experimental es apropiado para el niño; (b) que la denegación del tratamiento significaría la muerte para el niño; c) que el resultado esperado del tratamiento es lo que la sociedad acepta como adecuado para cualquier niño: una vida digna de ser vivida. Así, “Cuando la muerte no es una consecuencia probable de ejercer una opción médica, no habría ninguna justificación para la intrusión gubernamental”.³⁷² Ellos aclaran que en caso de desacuerdo entre los expertos médicos, nadie tiene mayor derecho o

³⁶⁹ La CDN también consagra el derecho a la salud. (especialmente en el art. 24.1).

³⁷⁰ Más en Gil Domínguez et al, *supra* nota 19 en págs. 264-325.

³⁷¹ A la vez, la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud³⁷¹ indica que “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud” (art. 2.e). Ley N° 26.529 (B.O. 31.783, 21-10-09)

³⁷² Freud et al, *supra* nota 30, en pág. p128.

responsabilidad, ni puede presumirse que se encuentra en mejor posición que los padres para decidir.³⁷³

Pero también se ha hablado de la “competencia” de los niños. Mariana Santi sostiene que no se debería afirmar que la competencia coincide con la edad con la que la ley computa que existe discernimiento. Para ella, depende tanto de la práctica médica como de la madurez del niño.³⁷⁴ Como se ha dicho arriba, la ley presume que a los catorce años se tiene discernimiento para los actos lícitos. Pero con ello no se afirma que se tenga madurez suficiente para decidir sobre todo.

El sistema argentino, en términos generales, no considera que un menor de dieciocho tenga capacidad suficiente para decidir sobre intervenciones médicas a su propio cuerpo. Para el CC los menores mayores a catorce “sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.” (art. 55) y los menores impúberes son incapaces absolutos (art. 54). “Su consentimiento, aun cuando tenga madurez suficiente, no alcanza para que una práctica o tratamiento resulte lícito. Se requiere el consentimiento parental o del representante legal. Si los padres rechazan un tratamiento

³⁷³ “El Estado debe asumir por lo tanto, ya sea toda la responsabilidad por el tratamiento, la atención y la crianza de esos niños u honrar la decisión de los padres para aceptar o rechazar el tratamiento. (...)”

Es, después de todo, la función y la responsabilidad de los padres la de evaluar y hacer un juicio acerca de los deseos y peticiones de sus hijos. El significado de la autonomía de los padres es que ellos hacen este tipo de decisiones. Además, ni un tribunal ni un organismo estatal probablemente sea tan competente como (...) los padres para determinar la capacidad [del niño] para la elección y la posibilidad de cumplir con él. La ley debe evitar dar la discreción para tales juicios subjetivos a sus agentes”. *Id.* en pág. 129. (1979)

³⁷⁴ “Ello ha llevado —como puede apreciarse en la jurisprudencia extranjera relevante en este tema a que la calidad de ‘competente’ se sitúe por lo general en una edad más avanzada que los 14 años y que se la denomine ‘mayoría anticipada’ para determinado tipo de actos, generalmente los llamados ‘actos médicos’.

Este concepto de ‘mayoría anticipada’ o ‘competencia’ —que reiteramos, se generó y desarrolló a partir de la aplicación del análisis sobre el ejercicio efectivo de las prerrogativas o potestades para decidir actos sobre el propio cuerpo del sujeto menor de edad— ha resultado de la jurisprudencia, que, en líneas generales, particularmente en los Estados Unidos y Canadá tuvo tendencia a establecer una separación entre la capacidad para el acto médico de la capacidad general para toda circunstancia de la vida negocial”. Santi, *supra* nota 115.

que los médicos consideran necesario para la salud o la vida del menor, pueden solicitar autorización judicial para practicarlo”.^{375 376}

Creemos necesario analizar la doctrina internacional. El caso “Gillick”³⁷⁷ ha sido uno de los más significativos en relación a la *competencia*. Dicho concepto se diferencia del de capacidad. En la sentencia la Cámara de los Lores de Inglaterra consideró que la prescripción de la anticoncepción a un menor no era ilegal. Sostuvo que un niño es competente si “logra un entendimiento e inteligencia suficientes para permitirle a él o ella comprender plenamente lo que se propone” y si también tiene la discreción suficiente que le permita hacer una sabia elección en base a sus propios intereses. La Cámara sostuvo que no existían los derechos de los padres que no fueran usados para salvaguardar el ISN. Consecuentemente la mayoría sostuvo que en algunas circunstancias un menor podía consentir al tratamiento, y que en estas circunstancias un padre no tenía poder de veto sobre el mismo. En este sentido, la autoridad de los padres para tomar decisiones por sus hijos menores de edad no es absoluta. Por el contrario, disminuye con el grado de madurez del niño.

Para la Cámara, entonces, la “capacidad médica” se alcanza a los 16 años; si la persona todavía no llegó a esa edad, se aplica la llamada “Gillick Competence”. Si resulta que el menor no es competente, o si no alcanzó los dieciséis años, el consentimiento debe ser dado por quien tenga la ‘patria potestad’ (o responsabilidad familiar).

La CDN no contiene expresamente una norma que diferencia en edades para poder decidir sobre el cuidado de su salud. No obstante, se puede sostener que en este aspecto surge un conflicto con su derecho a opinar y ser oído, también presente en la LPINNA.³⁷⁸ Ya que tal derecho se vincula

³⁷⁵ *Id.*

³⁷⁶ Nos referimos, por ejemplo, al caso de que una niña se quiera agrandar el busto, o donar un órgano.

³⁷⁷ House of Lords. *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, 1986.

³⁷⁸ Ver anexo 5, art. 24.

íntimamente con la edad del niño, la ponderación debe hacerse en casos concretos.

*a. Educación sexual*³⁷⁹

La LPINNA omite el derecho a la salud sexual. Ello, sin embargo, fue subsanado mediante el Decreto 415/06³⁸⁰ que hace referencia al Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSPR) creado por la Ley 25.673.³⁸¹ Mediante el PNSSPR se busca, entre otras cosas, “Promover la salud sexual de los adolescentes” (Art. 2.d). A la vez, “se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad” sin dejar de lado el ISN como consideración primordial (art. 4).

Por un lado, se ha generado un debate en torno al derecho de los niños a una salud reproductiva (y educación sexual) y la responsabilidad parental.³⁸² El Decreto Nacional 1282/03³⁸³ indica “Que la ley que por el presente se reglamenta no importa sustituir a los padres en el asesoramiento y en la educación sexual de sus hijos menores de edad sino todo lo contrario, el propósito es el de orientar y sugerir acompañando a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, procurando respetar y crear un ambiente de confianza y empatía en las consultas médicas cuando ello fuera posible.” Por ello, se reconoce a los padres como “agentes naturales y primarios de la educación” (art. 128.a de la Ley 26.602).³⁸⁴

³⁷⁹ Más sobre sexualidad e imagen descriptiva del estado de la situación argentina en Méndez, *supra* nota 62, en págs. 81 y 82.

³⁸⁰ “El derecho a la atención integral de la salud del adolescente incluye el abordaje de su salud sexual y reproductiva previsto en la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” (art. 14, cuarto párrafo). Decreto N° 415 del 2006 (Dto. 415/06) Decreto Reglamentario de la LPINNA.

³⁸¹ Ley N° 25.673 (B.O. 30.032, 22-11-02)

³⁸² Para mayor desarrollo doctrinario ver: Gil Domínguez, Andrés; “Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ley 25.673. Doctrina-Jurisprudencia-Legislación”, (Ed.) Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa; “Cuando el Estado asume su rol de garante del efectivo goce de los derechos sexuales y reproductivos de niños y adolescentes. A propósito de la Ley Nacional de Educación Sexual”, publicado en: ADLA 2006-E , 5597 ; Famá, María Victoria, Herrera, Marisa y Revsin, Moira; “Una ley bienvenida”, publicado en: LA LEY 2003-C , 1044.

³⁸³ Decreto N° 1282 del 2003 (Dto. 1283/03)

³⁸⁴ Ley N° 26.602, *supra* nota 371.

Igualmente, surge el conflicto entre este derecho a la salud sexual y el deber de los padres como educadores (y sus derechos) cuando no se precisa su consentimiento para educar a los niños.

Uno de los casos más destacados en torno al ejercicio del derecho a la salud sexual ha sido “Liga de Amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. GCBA s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”³⁸⁵ del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. En el caso, las organizaciones “Aducen que la norma [ley 448 de Salud Reproductiva Y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires] que autoriza a la autoridad de aplicación a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos -cualquiera sea su índole- a menores de edad (quienes encuadrarían dentro de los destinatarios de la ley: “población en general, especialmente personas en edad fértil”), sin necesidad del consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, o en su defecto del Ministerio Pupilar, atenta contra el ejercicio de la patria potestad, resguardado en el art. 264 y ss. del Código Civil. Dicho Código Civil, que confiere a los padres la responsabilidad primaria e indelegable en la formación y protección de los hijos a través del régimen de la patria potestad, es una ley nacional que por ende no puede ser modificada, afectada ni reducida por una ley local, lo que ocurre en este caso.”

De forma unánime el Tribunal declaró la constitucionalidad de la ley al sostener que la salud reproductiva es un derecho fundamental de los niños más allá de la decisión de los padres. Para el Tribunal el Estado debe legislar para todos los niños, para garantizar la protección de sus derechos. En este caso reconoce que el derecho a la salud sexual es un derecho personalismo de los niños. “Ello no obsta a que los padres brinden a sus hijos educación sexual de acuerdo con sus propios valores y pautas, como de hecho ocurre en materia de educación, religión, usos sociales, etc. (...) En este aparente conflicto, que en verdad no es tal, claramente aparece como

³⁸⁵ Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, “Liga de Amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. GCBA s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” del 14 de octubre de 2003. (Expte. N° 480/PJCABA/TSJ/03) (Caso Amas de casa).

mejor para el interés del menor que se le brinde información, educación sexual preventiva y orientadora, sin dejar de señalar que la implementación de esta política sanitaria no desvincula ni libera a los responsables del niño de sus deberes de cuidado, de formación y de protección respecto de sus hijos menores de edad.”³⁸⁶ De ello se desprende que el derecho de salud sexual, al considerar su ISN, tiene mayor peso que el ejercicio de la patria potestad de manera exclusiva de los padres. Los niños tienen derecho a una educación sexual aún cuando los padres se opongan. (Al igual que tienen un derecho a clases de matemática, por ejemplo).

Por el otro lado, también entran en juego las instituciones educativas. La ley sostiene que “Las instituciones educativas públicas, de gestión privada confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones” (art. 9) y que “Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6°, inciso (b)³⁸⁷ de la presente ley” (art. 10).

No obstante, a partir de la sanción de la Ley 26.150 del año 2006,³⁸⁸ los docentes tienen la responsabilidad de enseñar educación sexual. En el

³⁸⁶ Voto de la jueza Ana María Conde. Continua, “Los padres, en ejercicio de los derechos-deberes que le acuerda el régimen de patria potestad, deben educar a sus hijos conforme las pautas que consideran idóneas para su formación y desarrollo, teniendo en mira el interés de ellos. Y así habrá padres que educarán a sus hijos en una determinada religión y otros que no lo harán y algunos les indicarán que no deben mantener relaciones sexuales prematrimoniales y otros no las objetarán. El Estado no puede legislar para unos, en detrimento del estilo de vida de otros; sino que debe adoptar las políticas que mejor contribuyan al desarrollo de los programas de vida de todos los grupos religiosos, culturales y comunitarios.”

³⁸⁷ b) A demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT. Aceptándose además las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, requeridas formalmente como método de planificación familiar y/o anticoncepción; (Párrafo incorporado por art. 8° de la Ley N° 26.130 B.O. 29/8/2006).”

³⁸⁸ Ley N° 26.150 (B.O. 31.017, 24-10-06)

artículo 1 se establece que “Todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. A los efectos de esta ley, entiéndase como educación sexual integral la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos”. Paralelamente afirma que “cada comunidad educativa incluirá en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros” (art. 5). Las dudas que se generan deben ser saldadas por las políticas de educación que se diseñen. Por ejemplo, un colegio no puede decidir no impartir ningún tipo de clase sobre la reproducción, ya que vulneraría el derecho de información de los menores. Ahora bien, tampoco podría repartir profilácticos a niñas de nueve años que se encuentren biológicamente listas para ser madres con el fin de satisfacer sus derechos. Estos temas siguen siendo cuestiones de debate.

Debemos dejar en claro que como consecuencia de la actividad sexual adolescente, la sociedad puede enfrentarse con situaciones como los embarazos adolescentes y las enfermedades de transmisión sexual en menores de edad.

Se ha dicho que “a partir del momento en el que el adolescente está en edad de procrear, le asiste el derecho de recibir información respecto del cuidado de su propio cuerpo y resolver si realmente desea ser padre o madre”.³⁸⁹

Es cierto que la justicia se ha pronunciado sobre la importancia del derecho de salud sexual. Empero “El control de constitucionalidad (...) no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos: 312:1681)”.³⁹⁰ Los niños deben contar con herramientas para poder protegerse. Sin embargo, los criterios utilizados para diseñar las

³⁸⁹ Gil Domínguez et al, *supra* nota 19, en pág. 301.

³⁹⁰ Caso Amas de Casa. Voto del juez José Osvaldo Casás. Considerando 9.

políticas públicas también deben tener en cuenta el ISN.

Estudios demuestran que una intervención en la que sólo se fomenta la abstinencia ayuda a los jóvenes adolescentes a atrasar su iniciación sexual, y a reducir la actividad sexual actual.³⁹¹ También se ha demostrado que contribuye a la salud de los adolescentes³⁹² a la vez que muchos de los métodos anticonceptivos poseen numerosos efectos secundarios muy dañinos.³⁹³

Asimismo se ha sostenido que hay carencia de evidencia que permita cotejar que los programas de educación sexual comprensivos o integrales funcionan para incrementar el uso de condones, reducir el embarazo adolescente y el contagio de enfermedades.³⁹⁴

No buscamos debatir sobre los métodos de educación sexual. No

³⁹¹ Jemmott, J.B., Jemmott, L.S, Fong, G.T; "Efficacy of a Theory-Based Abstinence-Only Intervention Over 24 Months: A Randomized Controlled Trial With Young Adolescents." 164 (2) Arch Pediatr Adolesc Med., 152-159, 2010.

La Abstinencia ha dado resultados muy positivos en diversos países africanos. "Recommendations From the Uganda Model: Simple Homegrown African Approach Works Better Than the International Medical Technical Approach." *FMA - Family and Media Association - An Educational Resource for Families and the Community*. N.p., 20 Dec. 2010. Web. 21 Jan. 2013. <http://www.fma.ie/aids.htm>; *Why Condoms Aren't the Answer*. Perf. Chris Stefanick. *YouTube*. YouTube, 14 Sept. 2012. Web. 3 Feb. 2013. <http://www.youtube.com/watch?v=YYtH3x2GiG8>.

³⁹² Rector, Robert y Johnson, Kirk A.; "Teenage Sexual Abstinence and Academic Achievement", Paper Presented at The Ninth Annual Abstinence Clearinghouse Conference, 2005. Disponible en: <http://www.heritage.org/research/reports/2005/10/teenage-sexual-abstinence-and-academic-achievement>

³⁹³ Por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud ha advertido sobre los riesgos de cáncer en las mujeres por el uso de ciertos métodos contraceptivos orales. Comunicado de prensa N167: IARC Monographs programme finds combined estrogen-progestogen contraceptives and menopausal therapy are carcinogenic to humans. International Agency for Research on Cancer, WHO, 2005. Disponible en http://chastity.com/misc/pdf/iarc_breast_cancer_and_pill.pdf

El uso (inclusive correcto) de métodos anticonceptivos no previene efectivamente el contagio de todas las enfermedades. "'Abstinence' or 'Comprehensive' Sex Education?", *The Institute for Research and Evaluational*, Salt Lake City, Utah June 8, 2007. Disponible en: http://www.abstinence.net/pdf/contentmgmt/IRE__Abstinence_vs_Comprehensive_Sex_Education_682007_2.pdf

³⁹⁴ Leer más en "Evaluating What Matters." *The Washington Times*. N.p., 7 Nov. 2009. Web. 31 July 2013. <http://www.washingtontimes.com/news/2009/nov/27/evaluating-what-matters/#ixzz2ZzGGfnoP>

obstante, sí queremos hacer referencia al impacto que puede tener el ISN sobre estos temas.

Dependiendo el sistema que se aplique, como sociedad estamos eligiendo qué es lo que les enseñamos a los niños. Por ejemplo, no sirve dar una explicación sobre métodos anticonceptivos sin preocuparse por hablar del respeto por el cuerpo propio y el ajeno; ignorando las diferencias biológicas y psicológicas entre varones y mujeres, etc. El ISN debe obligar a los que diseñan políticas públicas a considerar no sólo el aspecto físico vinculado a la reproducción, sino también los alcances emocionales y psicológicos. Considerar el ISN significa definir los estándares en base a análisis de las políticas y los sistemas que se proponen. Como sociedad debemos velar por la protección de los menores.³⁹⁵ El diseño de políticas públicas que no tenga en cuenta los datos científicos o las cifras de efectividad de los métodos elegidos no está contemplando el ISN de manera primordial. En este caso el ISN también obliga a elevar los estándares de eficiencia de los encargados del dictado de políticas.

b. Vacunación

En este caso es el Estado quien ha decidido sobre lo que es mejor para los niños. Por ello, además de declarar la obligatoriedad de la vacunación, confecciona políticas públicas para poder garantizar que todos los niños tengan acceso a las vacunas.

En el caso “N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas”³⁹⁶ la CSJN confirmó la decisión de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que obligaba a los padres de un niño a proceder a la vacunación en forma compulsiva. Lo hizo sosteniendo que el ejercicio de la responsabilidad parental se encuentra limitado por el ISN, un “sujeto vulnerable y

³⁹⁵ “La principal estrategia para la prevención de estos riesgos [embarazos no deseados en adolescentes y transmisión de enfermedades] es una educación sexual completa, que tiene que ser oportuna, objetiva, basada en evidencia científica, amigable y confidencial.” Montero V, Adela: “Educación sexual: un pilar fundamental en la sexualidad de la adolescencia”, abstract, 139 (10) Rev. méd. Chile, 1249-1259, 2011.

³⁹⁶ CSJN, “N.N. O U., V. S/ PROTECCIÓN Y GUARDA DE PERSONAS” (12/06/2012 - N. 157. XLVI).

necesitado de protección”.³⁹⁷ Es por eso que el derecho a la privacidad familiar puede permearse a la intervención gubernamental.

Al analizar la importancia de la vacunación arguyó que su obligatoriedad se funda en razones de interés colectivo dado los beneficios para el bienestar general como su impacto en la reducción de la mortalidad.³⁹⁸

El caso concreto presentaba un conflicto de intereses: “la voluntad de los padres expresada en el sentido de que no se le proporcionen al menor las vacunas que forman parte del plan nacional de vacunación por su elección de preferencia por los paradigmas del modelo homeopático y ayurvédico”³⁹⁹ contra el derecho a la salud del niño. Ante tal panorama, y “[tratando de alcanzar] la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño [entendió que debía] (...) optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves

³⁹⁷ *Id.* Considerando 15 del voto mayoritario.

³⁹⁸ “(...) [L]a vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Sólo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para “todos los habitantes del país” (artículo 11 de la ley 22.909) que se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general”. *Id.* Considerando 11 del voto mayoritario.

“En este marco, resulta significativa por su aplicación al caso de autos la cita de Plotkin S., Orenstein W., Offit P. contenida al inicio de un informe elaborado por la Organización Mundial de la Salud que respecto de las vacunas afirma: ‘A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad’(...)” *Id.* Considerando 13 del voto mayoritario.

³⁹⁹ *Id.* Considerando 18 del voto mayoritario.

enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.”⁴⁰⁰

En conclusión, y tras haber analizado el peso del derecho de la salud, y haberlo ponderado con el interés de los padres de decidir y su derecho a la intimidad familiar, sostuvo que “El límite en la elección del modelo de vida familiar está dado por la afectación a la salud pública y el interés superior del niño que, de acuerdo con la política sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas”.⁴⁰¹

CAPÍTULO V: LOS LÍMITES DEL ISN

A. Lo mejor: sujeto de derechos con protección especial

GFS nos recuerdan “que ni la ley, ni la medicina ni la ciencia tienen poderes mágicos, y que no existe un consenso social sobre lo que es ‘mejor’ [o ‘superior’] o incluso ‘bueno’ para *todos* los niños”.⁴⁰² Si se sigue tal postulado, puede pensarse que el ISN es una herramienta meramente procedimental, vacía de contenido sustantivo. Sin embargo, tal pretensión no entendería la dimensión del principio. Por un lado, la CDN presenta características que se aplican al *niño universal*. No por ello deja de ser sensible a las influencias culturales. Pero desde el momento en el que se ratifica tal CDN, se ratifica el entendimiento de que todo niño, en todo lugar y momento es un sujeto de derechos con la necesidad de que se lo proteja de una manera especial. Lo *mejor* es que se los considere como tales, titulares de una gama de derechos especiales dada su etapa en la vida (además de gozar de muchos otros derechos de los cuales también gozan los adultos). Esos derechos son los que se buscan satisfacer. A la vez, el principio busca proteger la naturaleza propia de los niños, su bienestar como infantes. El ISN no es solamente un arma procedimental. Ello obviaría

⁴⁰⁰ *Id.* Considerando 22 del voto mayoritario.

⁴⁰¹ *Id.* Considerando 23 del voto mayoritario.

⁴⁰² Freud et al, supra nota 30, en pág. 225. 1986

los avances en el Derecho del Niño. El ISN juega un papel fundamental en la visión que se tiene de los niños. El principio quiere estar presente en toda la sociedad, y moldear el lugar que se le da a la infancia.

B. La sociedad y sus valores

En este trabajo hemos visto que varios autores sostienen que falta un consenso sobre los valores a utilizar en relación a los niños.

Para Robert Mnookin la sociedad en general no posee un consenso claro sobre qué valores se podrían utilizar para determinar lo que es mejor para el niño.⁴⁰³ Para David Chambers, aún cuando el Estado proveyera una lista de valores, se referiría a los valores de la mayoría.⁴⁰⁴

Desde otra perspectiva, Stephen Parker⁴⁰⁵ y Carl Schneider⁴⁰⁶ proponen que esta indeterminación sea mitigada mediante la aplicación de convenciones o acuerdos locales relativos a esos valores ya que son contruidos por las comunidades de usuarios de reglas.⁴⁰⁷

⁴⁰³ Mnookin, *supra* nota.

⁴⁰⁴ Chambers, David; “Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce”, 83 MichiganLaw Review, 477-491, 1984.

⁴⁰⁵ “Dentro de la misma sociedad pueden coexistir diferentes suposiciones sobre lo que significa ser un niño o una niña. El resultado para una persona puede ser considerado evidentemente inapropiado para otro. (...) Peter Drahos y yo hemos argumentado en otra parte que el producto de las interacciones entre la comunidad jurídica sobre cómo deben aplicarse las normas jurídicas en situaciones nuevas se pueden llamar 'convenios'. Debido a que funcionan como parte de las condiciones normales de operación de otras reglas, las convenciones se pueden distinguir de las normas por el valor de posición que tienen en un determinado sistema de reglas. Operan en otras normas para producir la estabilidad de sentido y sólo pueden entenderse como parte de un sistema de reglas interconectadas. Parker, *supra* nota 50, en pág. 35.

“Dentro de los sistemas jurídicos, las convenciones ayudan a sus usuarios a desarrollar ámbitos de conocimiento que los convierte en participantes internos dentro del sistema y proporcionan la piedra fundacional de la autoridad y la influencia dentro del sistema. Una persona que tiene un mero *conocimiento* sobre reglas, despojado de las convenciones que la regulan, tiene más probabilidades de ser juzgado como incompetente o desviado”. *Id.* en pág. 34.

⁴⁰⁶ Schneider, *supra* nota 51.

⁴⁰⁷ En este sentido se puede pensar en la teoría propuesta por Hart. Él habla sobre la necesidad de convenios entre los operadores de derecho para que un sistema pueda funcionar (e, incluso, existir). Hart, H. L. A., & Carrió, G. R. (trad); “El concepto de derecho”, (Ed.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires,

En esta discusión, entonces, podemos diferenciar dos caminos. En una senda, la diversidad en los valores conlleva a que sea difícil tomar una elección racional. En otra, la diversidad en los valores puede impedir la construcción de convenciones sobre cómo debe operar una regla.⁴⁰⁸ De todos modos, el resultado es el mismo: la diversidad no permite que el ISN sea un concepto determinado *ad hoc* (o de ante mano).

Hoy es claro que las discusiones sobre los valores ha escalado.⁴⁰⁹ Sin embargo, y a pesar de la variedad de los valores, existe un criterio para aplicar en los casos de niños. Para Philip Alston la sociedad comparte *ciertos* valores. Así, la CDN proporciona “una serie de señales capaces de guiar a aquellos que tratan de identificar lo que es en el mejor interés del niño, y excluye de la ecuación, por implicación, varios otros elementos”.⁴¹⁰ Puede ser que la sociedad no coincida en *todos* los valores. Pero ello no significa que no exista un piso del cual partir.

Ante la falta de un consenso total de valores, tampoco debe aplicarse el ISN desde una lógica utilitarista.⁴¹¹ Igualmente, no se puede predecir la

1998.

⁴⁰⁸ Archard y Skivenes argumentaron lo siguiente: “En primer lugar, puede haber un desacuerdo razonable sobre los valores importantes sobre los que se apoyaría cualquier decisión de ISN. A su vez, en realidad nuestro mundo comprende distintas culturas cuyos puntos de vista sobre la vida, y, en particular, en lo que respecta a una buena infancia, difieren significativamente. No hemos, y probablemente no podremos acordar sobre qué es lo mejor para ningún niño. En segundo lugar, el resultado de cualquier elección es indeterminado. Lo es tanto con respecto a los resultados, y sus probabilidades de ocurrencia, que se obtienen de cualquier elección. No podemos, en consecuencia, conocer *ex ante* cómo saldrán las cosas para cualquier niño”. Archard y Skivenes, *supra* nota 12, en pág. 8.

⁴⁰⁹ “Hoy en día hay menos valores compartidos, más problemas y menos recursos a disposición para hacer frente a esos problemas”. Freeman, *supra* nota 31, en pág. 384.

Similarmente, “En Occidente, al menos, este siglo ha sido testigo de un colapso en el consenso sobre ciertos tipos de valores relacionados con el conformismo y la individualidad, el éxito material y la satisfacción personal, la diferenciación de género, etc. El progresivo abandono de los jueces de incluso las normas de oro como guías en la aplicación del principio del interés superior en derecho de familia puede ser interpretado como una respuesta honesta a la caída de una jerarquía de valores en su propia comunidad”. Parker, *supra* nota 50, en pág. 36.

⁴¹⁰ Alston, *supra* nota 8, en pág. P19.

⁴¹¹ “A lo sumo, el estándar de preeminencia es consistente con un enfoque utilitario restringido. La justificación para ello podría ser que con el fin de maximizar el bienestar de una sociedad a través

fórmula local precisa que se aplica en cada caso. A pesar de ello, no se debe abandonar la esperanza de certeza. “No hay ninguna razón por la que las convenciones locales, o incluso nacionales, sobre cuestiones distributivas no deberían proporcionar alguna orientación. Incluso si no determinan un resultado exacto, pueden operar de manera de confinar el set de posibles resultados”.⁴¹²

Por ejemplo, Mnookin señala la existencia de tres supuestos: autonomía familiar; continuidad y estabilidad de las relaciones; y reglas que no se oponen a los valores sociales ampliamente compartidos.⁴¹³

Según la teoría de Dworkin los principios cobran mayor relevancia en los “casos difíciles”. Cuando hay menores involucrados, está en juego su dignidad y bienestar, dos aspectos claramente morales.⁴¹⁴ Los casos difíciles son aquellos en los que el criterio de valores parece no ser del todo claro. La ley argentina actual deriva su definición del ISN, como se ha comentado arriba, de una gama de derechos. Ello desnaturaliza su alcance. La ley se olvida de que “[m]ientras que el principio del interés sería aplicable con carácter general a todos los derechos, su importancia o influencia será considerablemente mayor a medida que nos alejemos del núcleo central de los derechos de supervivencia y desarrollo”.⁴¹⁵

Coincidimos en que el ISN es un concepto indeterminado. Mas creemos, y agregamos, que no por ello es indeterminable. Se trata de un concepto abierto pero limitado. Por un lado se encuentra complementado por el rol que ocupa la familia en la vida de un niño y por la misma naturaleza

del tiempo, se debe dar mayor peso al bienestar de los niños”. Parker, *supra* nota 50, en págs. 37 y 38.

⁴¹² *Id.* en pág. 593.

⁴¹³ Mnookin, *supra* nota 44, en pág. 265.

⁴¹⁴ Para Dworkin la directriz política es “el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejor en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”. Por su lado, un principio, es “el estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. En pocas palabras las directrices hacen referencia a los objetivos sociales y los principios a la equidad y moralidad. Dworkin, *supra* nota 232, en pág. 72.

⁴¹⁵ Alston, *supra* nota 8, en pág. 19.

humana de los niños. Por el otro, se circunscribe por la ley. Ello es así en dos sentidos. Primero, el ISN se encuentra delineado dentro de un cuerpo normativo, la CDN. No es un principio que se mira en el vacío. Hay derechos consagrados que sirven de guía.⁴¹⁶ Segundo, se delimita por el rol de los poderes estatales. Ni el juez, ni los oficiales administrativos son los padres, ni deben pretender actuar como si lo fueran.

B1. Los niños

El Derecho ha expresado que la sociedad coloca al niño en un lugar especial. La sociedad comparte ese valor: el bienestar de los niños es fundamental para ellos (individual y colectivamente) y para la sociedad vista como un todo.

B2. La protección de la familia

El Derecho también ha expresado la necesidad de proteger a la familia. Dentro del ámbito de los Derechos del Niño, ella no permanece ajena al cambio de paradigmas.⁴¹⁷ La CDN se presenta como un instrumento que, en función de los derechos del niño, le otorga a la familia un rol primario en la crianza de los menores. En su preámbulo se lee que la misma se ha dictado:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en

⁴¹⁶ “Sin duda, la supranacionalización de los Derechos Humanos y la confección de instrumentos internacionales que delimitan estándares de protección mínimos inderogables, acudían a redefinir y establecer criterios esenciales básicos que deben ser respetados por el legislador” Salomón, *supra* nota 95, en pág. 97.

⁴¹⁷ “A partir de este nuevo posicionamiento, la Convención otorga un papel primordial a la familia en cuanto a la crianza, siendo reconocida como el lugar propio de convivencia y pertenencia de los niños, las niñas y los adolescentes, en contraposición a las antiguas concepciones de minoridad. Además, establece responsabilidades por parte de los padres, para fortalecer en los hijos los derechos que les otorga la categoría de ciudadanos”. Méndez, *supra* nota 62, en pág. 76.

Similarmente, “La Convención, en breve, supone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general”. Fallos: 331:2691. Considerando 3.

particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, [y] 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”.

Además de este instrumento, la familia goza de la protección otorgada por otros tratados. Ella es reconocida por la DUDH (art. 16.3), y por el PIDCP (art. 23.1) como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”. La protección de la familia conforma un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴¹⁸

El PIDESC señala además que “Se debe conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y de la educación de los hijos a su cargo” (art. 10.1).

La DADDH indica que “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para con ella” (art. VI).

La CADH, reafirma en su artículo 17.1 que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Las DRIAD han señalado que “Toda sociedad deberá asignar elevada prioridad a las necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros” (apartado 11) y que “Dado que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías” (apartado 12).

⁴¹⁸OC17, *supra* nota 6, en párr 66, pág. 64.

Asimismo, “Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto” (apartado 13).

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969⁴¹⁹ estableció que:

“La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos” (art. 4).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado sobre la familia, enfatizando su protección por ser “el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares”.⁴²⁰

La CIDH ha señalado “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

⁴¹⁹ Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969.

⁴²⁰ Así, expuso tres principios sobre los que se basa la protección a la familia. Primero, la “importancia de la familia como ‘ente de crianza y [...] principal núcleo de socialización del niño’”. Segundo, “el derecho del niño a tener una familia y a convivir con ella, de manera que se evite la desvinculación de sus padres biológicos o de su familia extendida; de no ser ello posible, se deben buscar otras ‘modalidades de ubicación familiar’ o, finalmente, recurrir a ‘entidades de abrigo de la comunidad’”. Tercero, la “‘desjudicialización’ de los asuntos relativos a cuestiones socioeconómicas y adopción de programas de ayuda social al grupo familiar, tomando en consideración que la simple falta de recursos del Estado no justifica la ausencia de estas políticas. En OC17, *supra* nota 6, en págs. 21 y 22.

campo”.⁴²¹

En el ámbito nacional, la LPINNA también destaca el lugar que ocupa la familia. Para ella “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. (...)” (artículo 7).

Sumado a estas normativas, desde la doctrina se ha argumentado que la importancia de la familia radica en que la persona (el niño) es el eje de la protección. Ese ha sido el impacto de los derechos humanos sobre esta institución.⁴²²

Ahora bien, aún cuando no queremos darle vida propia a la familia, lo cierto es que para que los derechos humanos puedan *materializarse*,⁴²³ este ámbito de desarrollo debe existir. La familia posee ciertos rasgos propios. No es un sujeto jurídico propiamente dicho ni se conforma solamente al

⁴²¹ *Id.* Opinión 4, pág. 87.

⁴²² “El impacto de los derechos humanos en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección y no a la institución de la familia en sí. Con este giro, la ‘familia’ no es el centro de la protección legislativa sino que es la ‘persona’ en sus diversas relaciones familiares la que debe contemplarse en la tutela”. Lloveras, Nora; “Los Derechos Humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual”, 16-40, en Lloveras y Bonzano, *supra* nota 58, en pág. 21.

Similarmente, “Calificada doctrina formula diversas premisas que deben ser tenidas en cuenta al analizar la influencia de los derechos humanos en las relaciones familiares: ‘(...) a) la familia no es un grupo estatal; b) la familia no tiene en sí misma ningún reconocimiento legal superior o distinto del que se atribuye a los individuos que forman parte de ella; c) la familia no tiene ningún concepto jurídico determinado por la legislación; d) las bases de cualquier regulación son los derechos fundamentales de los ciudadanos que no cambian de condición por estar integrados en un grupo familiar (...)’.” Roca Trias, Encarna; “Derechos humanos y derecho de familia” en *X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, *op cit.*, p. 14. Citado en Lloveras y Bonzano, *supra* nota 58, en pág. 22.

A pesar de lo anterior, también es cierto que el Dto. 415/06 menciona una definición legal de familia. *Infra* nota 428.

⁴²³ “[N]o se puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico, sino que la familia es el seno, el importante ámbito del desarrollo del protector vital de la persona humana y por ende, de la materialización de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes”. Córdoba, Marcos (Director) - Vanella, Vilma R (Coord.), *Derecho de familia. Parte General*, La Ley, Bs. As., 2002, ps 1 y ss. citado en Lloveras y Bonzano, *supra* nota 58, en pág. 27.

juntar a un grupo de personas bajo un mismo techo.⁴²⁴ La familia es una entidad colectiva⁴²⁵ que es más que la suma de sus miembros. Dentro de una familia existen personas con roles y vínculos específicos: padre, madre, esposa, esposo, hijo, hija, hermano; fraternidad, hermandad, filiación, etc.

Decir que en miras de satisfacer el ISN los niños pueden criarse en un ambiente en el que se ignoren injustamente los derechos de los padres es un contrasentido. El apoyo de los niños involucra el apoyo del responsable, y viceversa.⁴²⁶ Ello significa que no se puede propiciar el bienestar de los niños si se vulneran los derechos de los miembros de sus familias. El ISN se pone en riesgo si una madre debe someterse a la prostitución para conseguir el sustento diario para su familia o si es víctima de violencia doméstica ya que el padre abusa de ella.

⁴²⁴ Por ejemplo, un niño de doce años puede pasar ocho horas en el colegio si concurre doble turno, otras ocho horas diarias durmiendo. Asumiendo que realiza algún otro tipo de actividad extracurricular, se podría llegar a sostener que pasa entre cuatro y seis horas diarias en su hogar, en contacto con los que viven con él. No se piensa que sus amigos y maestros, con los que comparte gran parte de la semana son su familia. Tampoco se diría lo mismo si es miembro de algún club o asociación.

Esta aclaración se hace para ejemplificar cómo el pasar tiempo con cierto grupo de personas no tiene un efecto de creación de familia. No queremos usar términos biológicos porque sabemos que tampoco ello explica en todos los casos los vínculos que se desarrollan dentro del seno familiar. No obstante, sí creemos que existe una dinámica que es propia de un grupo familiar, que no se reproduce de la misma manera en otro tipo de grupos.

⁴²⁵ O'Donnell, Daniel, "Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano", Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1ra edición, Bogotá, 2004, pág. 798-799.

⁴²⁶ Freeman, Michael; "Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously"¹⁵ (5) International Journal of Children's Rights, 2007.

Silvina Alegre, Ximena Hernández y Elena Mingo lo han expuesto de la siguiente manera: "la responsabilidad de los padres en la protección y promoción del bienestar de los niños demanda el cumplimiento de sus propios derechos humanos. Esto implica que la interdependencia atribuida como rasgo inherente a los derechos humanos debe proyectarse sobre los sujetos de derechos como condición necesaria para su concreción. Es decir que la familia asume tanto el carácter de intermediaria en la realización de los derechos de los niños, como de destinataria directa de las acciones estatales". Alegre, Silvina, Hernández, Ximena y Mingo, Elena; "La familia como espacio de realización de los derechos del niño", Cuaderno 2, 2013, pág. 24, disponible en http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_2_20130618.pdf

Para la CIDH no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia ya que depende del lugar y sus costumbres: “Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, ‘nuclear’ y ‘extendida’, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.⁴²⁷

En Argentina, el derecho entiende “por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, 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”.^{428 429}

⁴²⁷ OG19, *supra* nota 28, en considerando 2. La Corte Interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos. A este respecto, el Tribunal estima que “el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”. OC17, *supra* nota 6, en párr. 70.

⁴²⁸ Decreto N° 415/06, *supra* nota 380, en art. 7.

A su vez, señala que “El concepto de “centro de vida” a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de “residencia habitual” de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la REPUBLICA ARGENTINA en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”. (art. 3) en relación al art. 3.f de la LPINNA art. 3.f. que destaca “(...) Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

⁴²⁹ El decreto no ha sido modificado. La sanción de la ley de matrimonio igualitario no ha incidido

La CDN, en el art. 3.2 señala que “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”. A ello se suma el art. 18.2 por el que “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”. Es así que el Estado debe apoyar a los padres en ese rol. Ello no obsta a que deba garantizarles a los niños que puedan ejercer sus derechos a lo largo de su crianza. “Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior”.⁴³⁰

Hoy se entiende que el padre es responsable del niño y no su dueño.⁴³¹

sobre lo que aquel sostiene. En todo caso, el art. 42 de la ley indica que “Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.” Ley N° 26.618 (B.O. 31.949, 22-07-10)

⁴³⁰ Cillero Bruñol, *supra* nota en pág. 140.

⁴³¹ “Si nos limitamos a la noción del niño, ser vulnerable, bajo la protección total del padre de familia, clave de la bóveda de todo el sistema de derecho de la familia, no hay necesidad de explicar lo que significa el interés del niño, ya que estará necesariamente relacionado con la decisión del pater familias: lo que quiere este último es necesariamente bueno para su hijo. En efecto, este niño es su propiedad; ¿cómo podría entonces el padre desear el mal de su bien, tanto más cuanto que este bien está destinado a asegurar la descendencia?”. Zermatten, *supra* nota 55, en pág. 20.

Similarmente, “Si en la mentalidad antigua el padre gozaba de la plena propiedad de sus hijos- así como el amo la goza sobre sus esclavos- porque él los había hecho y nada les debía, para la mentalidad moderna el nacimiento de los hijos otorga más deberes que derechos, produciéndose de este modo una inversión fundamental de los principios de la moral familiar”. Falndrin, Jean L.; “Orígenes de la familia moderna”, Crítica, Barcelona, España, 1979, p.177, en Grosman, Cecilia y Mesterman, Silvia; “Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar”, 2a ed. Act y amp, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 91, en Kalayan, Ana Belén; “El Derecho de los niños a ser

No es cierto que todo lo que el padre decide para su hijo siempre es lo mejor. El padre, por ser padre, no decide mágicamente. Su autoridad no transforma sus opiniones en postulados verdaderos sobre lo que es bueno o superior para el bienestar de los menores. Cuando los padres deciden, los hacen bajo la influencia de muchos intereses, deseos y opiniones. Elegir lo mejor para un niño implica tener que llevar a cabo un proceso de elección en el que se comparan y ponderan todos aquellos intereses. Por eso se presupone que los padres son los que se encuentran en la mejor situación para poder incluir en el balance todas las consideraciones en juego. Sin embargo, así como los padres tienen derechos, también deberes para con sus hijos. Y deben decidir pensando en su bienestar, y ponderando el ISN como consideración primordial.

B3. El rol de los padres

Los derechos de los padres encuentran sus límites donde empiezan los derechos de los niños. Es por ello que tienen deberes de cuidado y responsabilidad. “Los derechos del niño son numerosos y tienen una relación directa con las funciones de la familia. Dichas funciones son: la defensa de la vida, la enseñanza del cuidado físico, de las relaciones familiares, la enseñanza de las relaciones sociales, la enseñanza de la inserción laboral, la enseñanza de las relaciones afectivas, enseñanza de la formación y la consolidación de un nuevo hogar”.⁴³²

En paralelo, los padres están al servicio de sus hijos. La dependencia de los niños requiere el acompañamiento de los adultos.⁴³³ Los responsables son

‘corregidos’. Límites, 195-212 citado en Lloveras y Bonzano, *supra* nota 58, en pág. 197.

⁴³² Durán, Valeria; “Los Derechos del niño: una Mirada psicológica”, 129-141. En Lloveras y Bonzano, *supra* nota 58, en pág. 130.

⁴³³ La escuela también tiene un rol fundamental en el desarrollo de los niños, y debe complementarse con los deberes de los padres. Por eso es importante que la educación le sea garantizada a los niños. No hacerlo significaría la carencia de un factor que contribuye con su formación. Sólo así se puede dar un efectivo acompañamiento. Igualmente, la obligatoriedad de la educación no puede garantizar por sí misma que la educación sea de calidad. Consecuentemente el contenido de la misma también debe ser cuidadosamente desarrollado.

los que deben encargarse (con ayuda del Estado),⁴³⁴ de que los niños crezcan y puedan desarrollar sus talentos y desenvolverse en la sociedad.⁴³⁵ Nótese que hablamos de acompañamiento. El mismo supone asistencia. Esto quiere decir que no se elimina al niño-como sujeto, como agente- para hacer, crecer, vivir, etc. en su lugar, sino que se le proporciona guía y contención.

Para Locke, estar al servicio de los hijos significaba que los padres eran sus guardianes.

“Y es más: este poder pertenece en tan poca medida al padre por virtud de algún peculiar derecho natural, pues el padre es únicamente el guardián de sus hijos, que cuando deja de cuidarse de ellos, pierde su valor sobre ellos; pues dicho poder va unido, inseparablemente, a la responsabilidad de alimentarlos y educarlos, y pertenece también al padre adoptivo de un niño huérfano, en igual medida que pertenece al padre natural de otro. El simple acto de engendrar a una criatura da a un hombre muy poco poder sobre ella si todo el cuidado del padre termina ahí y éste es el único título que tiene para reclamar la autoridad de padre. Y qué será de este poder paternal en aquellas partes del mundo en que una mujer tiene más de un marido

⁴³⁴ “Como se ha intentado mostrar, las familias de América Latina están atravesando un proceso de transformación, tanto en relación a los esquemas de constitución como a los arreglos que determinan la redistribución de roles y funciones a partir del anudamiento de necesidades y anhelos. Los niños que crecen en su seno enfrentan en consecuencia situaciones contextuales que -naturalmente- contribuirán en distinta medida a la realización de sus derechos. Este es el punto. El interés superior de los niños no puede quedar librado a la naturaleza de lo social. Es responsabilidad de los gobiernos atender a la diversidad de situaciones que se están dando, de manera de asegurar que los niños que viven sin alguno de sus padres, los hijos de padres no casados, o de padres que trabajan no queden expuestos a los riesgos que introduce la vulnerabilidad”. Alegre et al, *supra* nota 426, en pág. 23.

⁴³⁵ “La CDN acentúa, de entrada, la autoridad de los padres como servicio a los hijos, y la inserción familiar como el medio genuino de protección en la niñez. Si reconoce un papel concurrente al Estado, lo hace por razones muy valederas y legitimantes. En primer término, cuando la familia necesita ayuda para subvenir sus necesidades, ya que la asistencia indispensable legitima su función *subsidiaria*; y en segundo lugar, cuando la familia desampara al niño, porque la protección requerida legitima su función *supletoria*”. Carranza *supra* nota 215, en pág. 14. (Resaltado del autor).

*a la vez, o en esas regiones de América en las que, cuando el marido y la mujer se separan, lo cual ocurre con frecuencia, los niños son dejados al cuidado de la madre, y la siguen, y quedan totalmente bajo su cuidado y previsión? Si el padre muere cuando los hijos son jóvenes ¿es que éstos no deben la misma obediencia natural, en todas partes, a la madre, en igual medida en que se la debían al padre, mientras son menores de edad?”.*⁴³⁶

El niño necesita cuidados especiales. Los padres son los principales responsables.

“Amar a un niño no es exclusivamente tener una relación de confianza recíproca. Es ayudarlo a desarrollarse, a que sea responsable, autónomo, a ser él mismo, libre, capaz de actuar en el amor; en suma, ayudarlo a convertirse plenamente en una persona. El afecto a un niño puede entorpecer su crecimiento hacia la libertad y la responsabilidad de sí mismo. Una educación demasiado afectiva puede volverse manipuladora; la comunión se convierte entonces en posesión. El niño tiene necesidad de seguridad, la seguridad de ser amado. Necesita sentir el impulso de sus padres para crecer y ser responsable. Necesita sentir confianza”.

⁴³⁷ ⁴³⁸

⁴³⁶ Locke, *supra* nota 73, en párr. 87. Ver anexo 7.

⁴³⁷ Vanier, Jean; “Cada Persona Es Una Historia Sagrada”, pág. 94, (Ed.) Ágape Libros, Buenos Aires, 2011. El amor no es un derecho, ni debería serlo. No se puede penalizar la falta de amor. Es una palabra que incomoda a la sociedad. No obstante, esta cita es utilizada ya que creemos que parte del rol de los padres es ayudarlo al niño a convertirse plenamente en lo mejor que pueda ser, en la mejor versión de sí mismo. Podríamos leer, ‘[Cuidar] a un niño no es exclusivamente tener una relación de confianza recíproca. Es ayudarlo a desarrollarse, a que sea responsable, autónomo, a ser él mismo, libre, capaz de actuar (...); en suma, ayudarlo a convertirse plenamente en una persona. El afecto a un niño puede entorpecer su crecimiento hacia la libertad y la responsabilidad de sí mismo. Una educación demasiado afectiva puede volverse manipuladora; la comunión se convierte entonces en posesión.’ El bienestar del niño apunta a que pueda convertirse en un adulto autónomo, en un ser humano autónomo.

⁴³⁸ “El eje de toda acción y decisión, debe ser siempre, el niño, quien tiene el derecho impostergable

Es dentro de la familia que debe recibir ese cuidado, protección y cariño; y donde debe aprender a ser plenamente él.

B4. El rol de la Ley

La ley guía a la sociedad. En parte lo hace mediante la creación de límites. Para los padres es una guía sobre cómo educar a sus hijos. Para los jueces es una guía para resolver las problemáticas que llegan a la justicia. La ley puede mostrar qué conductas son valoradas en una sociedad, y cuáles no lo son.

No obstante, la ley tiene limitaciones propias que afectan su impacto sobre el comportamiento social. "La ley, en lo que se refiere a las relaciones individuales específicas, es un instrumento relativamente crudo. Puede ser capaz de socavar las relaciones humanas, pero no tiene el poder de obligar su desarrollo. No tiene ni la sensibilidad ni los recursos para mantener o supervisar los acontecimientos en curso del día a día entre padres e hijos. Tampoco tiene la capacidad de predecir los acontecimientos y las necesidades futuras que justifiquen o hagan viable en el *largo plazo* cualquier *condición específica* que podría imponerle al padre o padres con el/los que ubica al niño".⁴³⁹ En general, la ley soluciona controversias pero no borra lo sucedido.⁴⁴⁰

de ser querido, criado, educado y cuidado en el seno de una familia, que lo preserve de todo riesgo y fomente la construcción de su proyecto de vida". Yuba, *supra* nota 221, en pág. 2.

"Como la infancia es el período de la adquisición, es necesario que el niño pueda adquirir una cosa tras otra sin contradicciones. No es bueno que una persona le diga una cosa y otra la contraria. Él tiene su lógica, lo que le permite captar las contradicciones, pero no tiene la fuerza o la interioridad para soportarlas. Le es necesaria una cierta permanencia, regularidad y coherencia. Como no tiene seguridad en sí mismo para avanzar en la vida, necesita encontrarla teniendo confianza en los demás, en sus padres, que están ahí para protegerlo, guiarlo, confirmarlo y amarlo. Esta confianza fija las bases de la personalidad, es su raíz misma. Le permite tener seguridad y confianza en sí mismo. Le da estabilidad, la fuerza y las convicciones necesarias que le permitirán poco a poco acoger e integrar lo real, descubrir quién es, cuáles son sus raíces, su lengua (...)". Vanier, *supra* nota 437.

⁴³⁹ Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 46. 1973. (Énfasis del autor).

⁴⁴⁰ Para GFS, en casos de tenencia, esto significa que el ISN podrá servirse mejor si la ley tiene menos confianza en sus predicciones a largo plazo y más confianza en quien elige como *guardián* del niño. *Id.* en pág. 47.

a. La tarea de los jueces

Como se ha mencionado reiteradamente, parte de la preocupación del rasgo abierto del principio del ISN se relaciona al uso abusivo de valoraciones y consideraciones ideológicas propias de los jueces.⁴⁴¹ También hemos dicho que aunque el ISN puede ser invocado en defensa de prácticas culturales, las consideraciones de tal índole deben ceder ante las normas de derechos humanos. El ISN constituye un piso sobre el que cualquier niño, sin importar el lugar o momento de su infancia, es visto como un ser humano.

Hemos analizado que no son los jueces quienes deben definir el ISN en sentido abstracto. Mas deben considerarlo de manera esencial. Al tratarse de un concepto *determinable*, deben definir cómo aplicarlo en cada caso particular, siempre dentro de los límites que la misma ley les otorga, y sin dejar olvidar cuál es su rol.

b. Los jueces no deben actuar como buenos padres

El rol del juez no ha permanecido inmune al cambio de paradigmas de la niñez. En el sistema de tutela judicial, el magistrado actuaba como un *padre de familia*.⁴⁴² En el sistema de protección integral, el juez debe ser quien vela por el ISN, desde su papel como juez, y entendiendo que el niño es un sujeto de derechos.

Los jueces no pueden ser padres sustitutos, y las cortes no pueden ser familias sustitutas.⁴⁴³ En los casos de custodia, principalmente, “[L]a ley no tiene la capacidad para supervisar los frágiles y complejos lazos interpersonales entre padre e hijo. Como *parens patriae*, el Estado es un instrumento demasiado tosco para convertirse en un sustituto adecuado de los padres de carne y hueso. El sistema legal no tiene ni los recursos ni la

⁴⁴¹ “Por eso, bien se dijo que lo que se vislumbra con tal expresión es ‘ambigüedad’, ‘vaguedad’, y entonces –cuando los casos llegan a los estrados judiciales– los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Así, a pesar que la situación fáctica sea la misma, las decisiones pueden ser diferentes y hasta contradictorias”. Mizrahi, *supra* nota 272. pág. 1.

⁴⁴² “El magistrado actúa ‘como un padre de familia’- [aplica] indistintamente un conjunto de medidas: advertencia, libertad asistida, semi-libertad e internación”. Solari, *supra* nota 2, en pág. 7.

⁴⁴³ Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 136. (1979)

sensibilidad para responder a las necesidades y demandas siempre cambiantes de un niño en crecimiento”.⁴⁴⁴ Al mismo tiempo, el padre, no el juez, deberá vivir con las consecuencias diarias de cuidar del niño dentro de los límites fijados por el pronunciamiento judicial”.⁴⁴⁵

La tarea del juez no es sencilla. Para empezar debe llevar a cabo un análisis completo del caso. Por otra parte se enfrenta con decisiones que no son fáciles de tomar dado el gran número de factores que se deben considerar. Finalmente, porque debe hacer todo ello entendiendo que él decidirá pero no podrá ser una figura paternal para ningún niño.

La multiplicidad de factores fue evaluada por varios doctrinarios. Entre ellos, volvemos a dirigirnos a Mnookin. En su trabajo, se preguntó si el análisis del ISN debía ser visto desde una perspectiva a corto o largo plazo: “¿se debe considerar si las decisiones harán a los niños felices en el próximo año? ¿treinta años? ¿cuándo tenga ochenta? ¿Debe el juez decidir pensando qué decisión querría tomar el futuro adulto que será el niño si en su adultez mirara para atrás? ¿Debe el juez preocuparse primordialmente de la felicidad del niño? ¿o por su formación espiritual y religiosa? ¿Debe el juez preocuparse de la ‘productividad’ económica de un niño cuando crezca? ¿Los principales valores de la vida se encuentran en las relaciones interpersonales cálidas o en la disciplina y el sacrificio? ¿Son la estabilidad y la seguridad de un niño más deseables que su estimulación intelectual? (...) Estas preguntas podrían ser elaboradas sin fin”.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ *Id.* en pág. 91.

Es importante que en cuestiones de tenencia, el juez tenga en claro que “(...) la Protección Judicial ejercida por el Juez de Menores está estatuida para reforzar los lazos familiar y afianzar lo que pueda recomponerse”. Carranza, J. L. (2006). Temas del derecho prevencional de menores III, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2006, citado en Orlando, *supra* nota 7, en págs. 87 y 89. Carranza, *supra* nota 215, en pág. 97.

⁴⁴⁵ Freud et al, *supra* nota en pág. 36.

⁴⁴⁶ Mnookin, *supra* nota 44, en pág. 170. (Sus argumentos se aplicaban a casos de custodia. No obstante, pueden extenderse a la discusión general sobre el ISN).

Al mismo tiempo, ¿cómo se tiene en cuenta la opinión de los niños? ¿cuándo se satisface el derecho de un niño a ser escuchado?⁴⁴⁷ Todas estas preguntas ponen al juez en una situación compleja.

Ante tal complejidad el juez debe "dar buenos fundamentos acerca de la selección que [realice] para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales",⁴⁴⁸ al mismo tiempo que debe acudir a organismos de otras disciplinas para tomar la mejor decisión.⁴⁴⁹ En el ámbito judicial no basta con utilizar el ISN sin una explicación de su aplicación. La tarea del juez requiere de una evaluación y ponderación particular de la situación y del contexto. Para poder controlar las decisiones, y garantizar los derechos, debe haber una explicación detallada.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ "Es decir, que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito". Fallos: 330:642. Voto de la Ministro Argibay.

"Es cierto que, como criterio orientador, si el niño ha alcanzado una madurez y desarrollo adecuados, habrá una fuerte probabilidad de que su interés superior tenga coincidencia con sus opiniones y deseos; por supuesto en tanto éstos se hayan expresado en un marco de auténtica libertad". Mizrahi, *supra* nota 272, en pág. 2.

"Las opiniones del niño deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño". CtDN. Observación General Nro. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. (CRC/C/GC/12), párr. 44, pág. 14. (OG12)

A ello podría uno preguntarse ¿cuándo un juez sabe que el niño es capaz de formar su propio juicio? Ver Archard y Skivenes, *supra* nota 12.

Igualmente, aclaramos que el derecho a ser oído requiere de un análisis mucho más profundo del que puede realizarse en este trabajo.

⁴⁴⁸ Fallos:331:941. Citado en Mizrahi, *supra* nota 272.

⁴⁴⁹ "[S]erá muy difícil para el juez poder definir por sí, prescindiendo de los especialistas, cuál es realmente el mejor interés del niño, sin correr el riesgo de que su decisión aparezca contaminada por sus propios prejuicios ideológicos y sociales. Esta cuestión fue agudamente advertida también por la Corte Suprema, la que sostuvo la necesidad de que los tribunales acudan a los organismos interdisciplinarios para materializar en cada caso concreto el mencionado interés". Mizrahi, *supra* nota 272, en pág. 2.

⁴⁵⁰ "Por lo pronto, las resoluciones judiciales requieren de una fundamentación lógica y legal. (...) El principio de la sana crítica racional que preside el razonamiento judicial encorseta y encausa al Juez. Por ello, la Resolución debe necesariamente basarse en el análisis de todo el material probatorio colectado a lo largo del proceso (...)". Carranza, *supra* nota 215, en pág. 87.

La CSJN ha sostenido que “Los ‘tribunales’, al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una ‘supervisión adecuada’ (...), lo cual comprende el ejercicio del “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables *in concreto* y los tratados internacionales (...). Es función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio”.⁴⁵¹ A la vez, se ha pronunciado a favor del principio de inmediatez de los jueces con respecto a los niños. Ha dicho que “no puede pasar desapercibido lo imperioso que resulta en estos casos la intermediación y el contacto directo de los operadores de la justicia con la niña; que sin dudas coadyuvaría a garantizar que las medidas o decisiones que se adopten realmente sean contemplativas de su interés superior”.⁴⁵²

Los jueces podrán fallar considerando el ISN particular de cada niño si son conscientes de sus límites profesionales. La Corte de West Virginia ha dicho que “(...) no es más objetable que los jueces admitan que no pueden medir grados de capacidad psicológica entre dos padres, a que un físico [admita] que es imposible medir la velocidad de un electrón”.⁴⁵³ “El proceso judicial está destinado a impedir que las decisiones se basen en sus opiniones personales - incluso opiniones sobre la materia, como lo hace un buen padre de familia, que podrían haber formado en su vida diaria no profesional. ‘Hay’, como ha observado Wigmore, ‘una línea real pero elusiva entre el *conocimiento personal* del juez como hombre privado y la materia de la que toma conocimiento de oficio como juez. Esto último no incluye necesariamente lo primero; como juez, de hecho, debe ignorar lo que sabe

⁴⁵¹ Fallos: 331:2691. (Considerando 7 del voto de la mayoría)

⁴⁵² (Ver CSJN, 24/2/2009, “Fallos”, 332:238. Ver, también, 2/8/2000, “Fallos”, 323:2021.) en Mizrahi, *supra* nota 272.

⁴⁵³ Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 166.

como hombre y a la inversa”⁴⁵⁴.

Paralelamente, además de ser conscientes de su rol y la importancia de la autonomía de los padres, los jueces también deben entender las limitaciones que crea el contexto en el que se encuentran. “La intervención judicial sólo puede suplir selectiva y simbólicamente las deficiencias estructurales de las políticas sociales básicas. (...) [L]a dimensión real de la competencia de la justicia de menores se encuentra directamente relacionada con el tipo y extensión de la cobertura de las políticas sociales básicas”⁴⁵⁵.

c. El patrocinio y la representación del niño

En Argentina, antes de la CDN y la LPINNA, la intervención del niño en el proceso se realizaba regularmente a través de alguno de sus padres o tutores comunes (art. 57, inc. 2o, del CC).⁴⁵⁶ Al mismo tiempo, la intervención judicial del Ministerio Público era -y sigue siendo- obligatoria. Conforme la redacción del art. 59 del CC es "parte legítima y esencial" en los supuestos que se allí se detallan.

Con los cambios introducidos por la CDN y la LPINAA, los niños pueden tomar intervención por sí mismos cuando existen derechos particulares afectados.⁴⁵⁷ La LPINNA le otorga al niño los derechos “c) A ser asistido por

⁴⁵⁴ *Id.* en pág. 167. (1986). “Los prejuicios personales tienden a arrastrarse en las consideraciones inexactas [del juez o del abogado]. Otra razón para la dificultad puede ser que todas las personas profesionales han sido niños, todos han tenido padres, y muchos de ellos son padres. En consecuencia, tienen una gran variedad de creencias personales y el conocimiento común sobre lo que es bueno y malo para los niños y sobre lo que hace que un padre sea satisfactorio o insatisfactorio; creencias y conocimientos que, como adultos movidos por un deseo de “rescate”, están tentados a imponer”. *Id.* pág. 160. (Resaltado del autor).

⁴⁵⁵ García Méndez, *supra* nota 95, en pág. 5.

⁴⁵⁶ “Pero he aquí que la experiencia judicial ha demostrado que muchas veces esta representación se distorsionaba por completo al operarse una suerte de confusión de intereses y de roles entre representante y representado; a tal punto que intervenía un único abogado que, en la realidad, respondía a los intereses del progenitor o tutor común que lo contrató, y no a los del propio niño afectado.” Mizrahi, Mauricio Luis; “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño.”, pág. 4, 1 - LA LEY2011-E, 1194.

⁴⁵⁷ “Si se suma a lo expuesto que la autonomía progresiva del niño tiene reconocimiento de rango constitucional, nada obstaría a que el menor tuviera patrocinio jurídico propio, toda vez que se

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; d) A participar activamente en todo el procedimiento; [y] e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (art. 27). A ello se suma que “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”. (Decreto Reglamentario 415/2006).⁴⁵⁸

Ahora bien, el CC dispone que los menores impúberes (menores de catorce años de edad) son incapaces absolutos por lo que no pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones pero sus representantes legales sí pueden hacerlo a su nombre. Al no poder realizar por sí mismos actos jurídicos, no pueden designar a un abogado, ni actuar por derecho propio en un proceso.⁴⁵⁹ Esto podría permitir que los deseos de los padres motiven la no designación de un abogado aún si así lo desea el menor. Para Susana Luisa Fernández, la diferencia se encuentra en el patrocinio para los mayores de catorce y la representación para los menores. “El Juzgador puede y debe nombrar un abogado preferentemente especializado en niñez y adolescencia (art. 27 inc. c) de la ley 26.061) o sea un abogado del niño como tutor *ad litem* para los menores de 14 años de edad”.⁴⁶⁰

encuentren vulnerados sus derechos y que existiese conflicto con los de sus padres, en tanto su madurez lo permita”. Fernández, Susana Luisa; “Importancia y justificación del rol del Abogado del Niño” Publicado en: DFyP, 2011, pág. 39.

“Los conflictos que pueda sufrir el menor puede representarlos por sí mismo con las limitaciones que mantiene el Código Civil y con la prudencia de aplicación que debe obrar el juez de la causa. El piso de marcha es la defensa en juicio, efectiva y permanente; y al mismo tiempo, sensata y reflexiva”. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “La representación procesal de los menores”, Publicado en: 4 - LA LEY2009-B, 709.

⁴⁵⁸ Decreto N° 415/06, *supra* nota 380.

⁴⁵⁹ CC. Arts. 54 y 127.

⁴⁶⁰ “Si, como lo dijimos en el punto V, todo niño tiene derecho a intervenir en el proceso (directa o indirectamente según cuente o no con capacidad procesal), es obvio que podrá acceder a un abogado;

El reconocimiento del niño al patrocinio letrado se encuentra enmarcado en el sistema legal propuesto por la CDN. A pesar de ciertas posturas,⁴⁶¹ el

sin que exista restricción alguna en razón de la edad. Si el niño no tuviere la madurez suficiente, no gozare de capacidad de comprensión, se hallare perturbado emocionalmente, o no ha adquirido todavía el leguaje en un grado aceptable –vale decir, cuando por una u otra razón se estima que no obtuvo la capacidad de hecho requerida para el caso– claro está que el vínculo entre el abogado y el niño estará mediatizado por el desempeño del representante de éste; llámese el padre, el tutor general o el tutor especial que se le haya designado. De cualquier forma, aun en estos supuestos, el abogado no deberá dejar de tener un contacto directo con el niño –en definitiva es el letrado encargado de defender sus intereses– y tratar así de percibir sus inquietudes, deseos y aspiraciones. El juez, por supuesto, y el mismo Defensor de Menores, tendrán que ejercer un control estricto de las labores que desempeña el letrado, y a tal fin tomarán y propondrán –según se trate de uno u otro– todos los recaudos y medidas que resulten indispensables para que la función de este profesional no resulte en la práctica desnaturalizada. Méndez, *supra* nota 62, en pág. 6.

“Dada la normativa vigente de nuestro Código Civil y las leyes más nuevas en la materia, a los efectos de su concordancia armónica, esto hace que, ante la no discriminación y el interés superior del niño y adolescente, se proponga que el abogado del niño pueda defender en juicio al niño menor de 14 años, bajo la figura del tutor ad litem otorgada por el Juzgador y contemplada por el Código Civil”. Quintana, Teresa Regina; “El trabajo del abogado del niño a la luz de la normativa vigente”, pág. 2, 1 Sup. Act. 17/03/2011.

Similarmente, “El panorama que se acaba de referir tuvo un giro radical en los últimos años. Es que en la actualidad –y ante niños que no tengan capacidad procesal para actuar por sí– el juez deberá acudir sin rodeos a la designación de un tutor especial en tanto perciba que el padre o la madre, al estar envueltos en los conflictos conyugales o de pareja que los obnubilan, no resulten ser los personajes adecuados para representar al niño; y en general cuando aquéllos litiguen en términos inconvenientes para salvaguardar las necesidades prioritarias del hijo.” Mizrahi, *supra* nota 456, en pág. 4.

“Es bueno recalcar que la existencia de un tutor especial –cuya designación podrá recaer en un abogado, asistente social, psicólogo, médico, terapeuta, etcétera– no obsta al nombramiento de un abogado para el niño; ya que el letrado –a diferencia del tutor– no ejerce representación alguna, sino que sólo asiste y patrocina en cuestiones técnicas de derecho para las cuales lo habilita su título profesional; aunque no existe obstáculo para que, llegado el caso, ambas funciones puedan ser desempeñadas por una misma persona.” Mizrahi, *supra* nota 456, en pág. 6.

⁴⁶¹ “En tal sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K (confirmando el fallo apelado, en causa “R., M. A”., 28/09/2006, DJ, 2007-1-602), tiene dicho que es improcedente el pedido de intervención como letrado patrocinante solicitado por el profesional integrante de una defensoría zonal en un proceso sobre protección de persona, pues la escasa edad del menor –en el caso, tres años– impide que pueda considerarse su actuación como parte legítima, ya que no fue elegido por el interesado al estar éste imposibilitado de comprender la trascendencia de dicha actuación, máxime cuando la representación legal la sigue teniendo su progenitora, con más la intervención de los funcionarios de menores estatales”. Solari, Néstor; “Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño”, Publicado en: 10 - LA LEY2010-F, 422, en su

derecho al patrocinio letrado lo tiene todo niño, independientemente de su edad.

En “G., M. S. c. J. V., L.”⁴⁶² la CSJN dispuso que el juez de la causa debía designar un letrado especializado en la materia a los efectos de que patrocine a las menores en el proceso.⁴⁶³ El tribunal, no distingue aquí entre menores adultos y menores impúberes para tener un abogado en el proceso judicial. En efecto, se ordena la medida para que la asistencia letrada sea asumida para ambas niñas (de diez y catorce años en el caso).

El fallo garantiza la intervención del patrocinio letrado en todas las causas judiciales en que intervienen menores de dieciocho años de edad, sin discriminar edades. Tal ha sido la postura de Mizrahi, para quien “El art. 27 de la ley 26.061 habilita la intervención del niño en el proceso cualquiera fuese su edad. Esta conclusión surge nítidamente de la mencionada ley, ya que los preceptos referidos no condicionan la mentada intervención al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño”.⁴⁶⁴

Luego, en “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.”⁴⁶⁵ la CSJN confirmó la sentencia de la Alzada en la que se rechazaba el pedido de una niña de once años de ser tenida por parte, por derecho propio con representación autónoma y asistencia jurídica a cargo de un abogado de su confianza desestimando que la adecuada defensa de sus derechos y la necesidad de acceder a una tutela judicial efectiva pudiera suplirse a través de la celebración de audiencias.

Así destacó que “las prescripciones de la ley 26.061 deben ser

nota 4.

⁴⁶² Fallos: 333:2017

⁴⁶³ Alegó el máximo tribunal del país que “A los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa –tendiente a obtener el cese del régimen de contacto que mantienen con su padre– sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el Defensor Oficial ante la Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine”. *Id.* Considerando 2.

⁴⁶⁴ Mizrahi, *supra* nota 456, en el “Abstract”.

⁴⁶⁵ CSJN, M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M. • 26/06/2012 AR/JUR/27892/2012. (En el Boletín: M., g. C/ P., C. A. (M. 394. XLIV - 26/06/2012)

interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2° del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte”.⁴⁶⁶

La CSJN remite al dictamen de la señora Procuradora Fiscal. En él, al referenciarse el art. 12.2 de la CDN,⁴⁶⁷ se sostiene que “la Convención consagra la prerrogativa del menor a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal”.⁴⁶⁸

En síntesis, la CSJN entiende que los *menores adultos* cuentan con capacidad para realizar la decisión por ellos mismos.⁴⁶⁹ En cambio, los

⁴⁶⁶ *Id.* Considerando 2.

En su tercer y último considerando diferenció el caso con el comentado anteriormente. “3°) Que, por último, cabe poner de relieve las diferencias existentes entre el presente caso y la causa G.1961.XLII “G., M. S. c/ J., V. L. s/divorcio vincular” –fallada el 26 de octubre de 2010—. En esta última, este Tribunal –atento a las circunstancias particulares presentadas– resolvió que se designase a los menores involucrados un letrado especialista en la materia para su patrocinio, y a fin de que fueran escuchados con todas las garantías y pudieran hacer efectivos sus derechos. De tal modo que no fueron los menores, sino el magistrado interviniente quien procedió a nombrar el patrocinio letrado requerido por el Ministerio Público de la Defensa”. (*Id.*) Es decir que la CSJN diferencia el caso ya que en aquel entonces había sido un juez quien pidiera que se nombrara el patrocinio letrado del niño.

⁴⁶⁷ Continua, “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 del procedimiento de la ley nacional”. (*Id.*)

⁴⁶⁸ *Id.* (Voto V del Dictamen). Continua, “Por otro lado, ese dispositivo fundamental de los derechos humanos, no sólo se abstiene de imponer una implementación determinada, sino que –al emplear la conjunción disyuntiva “o”–, abre tres vías alternativas, sin atribuirles una significación explícita, ni erigir al patrocinio letrado en recaudo ineludible”.

⁴⁶⁹ Aquí se desprende un tema controversial. ¿Quién designa al juez? J.G. ha sostenido que “en principio es lógico que en la medida en que lo permita su capacidad (art. 5° de la CDN) al abogado lo debe designar el propio niño, pues se trata del titular de los derechos. Quien mejor que él para

menores impúberes -al ser incapaces absolutos- no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2° del CC). En otras palabras, al no designarles un letrado patrocinante o permitir la actuación por derecho propio en un proceso, la CSJN no cree que se viole su derecho siempre y cuando no se violente la tutela judicial. “Los jueces pueden nombrar, a petición del Defensor de Menores o de oficio, un abogado especialista en niños si la complejidad de la causa lo requiere”.⁴⁷⁰

d. Rol del abogado

El principio de protección especial también impacta sobre el rol de los abogados de los niños. Ellos deben llevar a cabo tareas adicionales. Mizrahi las resume en dos. Por un lado, “tratar –en la medida que lo permita el crecimiento de su asistido– de desentrañar cuáles son los reales objetivos que persigue el niño”.⁴⁷¹ Por el otro, determinar “cuál es la visión que se tiene de la situación y proponer al tribunal las medidas que estime pertinentes para que, en ese caso concreto, se dé cumplimiento efectivo de las ya citadas Convención del Niño y ley 26.061”.⁴⁷²

seleccionarlo al profesional letrado, pues es una cuestión en la que juega superlativamente la confianza de cada persona”. Jáuregui, Rodolfo G.; “La CSJN y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño”, DFyP 2012 (noviembre).

GFS, desde una postura estricta, reconocen una única “situación en la que un niño puede ser tratado como un adulto con autoridad para contratar a un abogado o instruirlo sobre qué conducta seguir. Ello es cuando sus padres deleguen tal facultad de ella. (Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 147.) Para ellos, así como los padres deciden cuando y si un niño debe ir al dentista o al médico, es su responsabilidad decidir si debe consultar a un abogado. Incluso sostienen que “Nombrar a un abogado para un niño sin el consentimiento de los padres es negar ambos padres y el niño de un proceso justo. Se priva a los padres de su derecho a representar a su hijo a través de su propio abogado, con el abogado a quien eligen para sus hijos, o incluso sin abogado”. *Id.* en pág. 140.

La perspectiva de GFS es, a nuestro entender demasiado extrema y, en ciertos casos, violatoria de los derechos del niño. No obstante, es cierto que “El nombramiento de un abogado para un niño sin tener en cuenta los deseos de los padres es una alteración drástica de la relación padre-hijo”. Ello requiere que los jueces sean más cuidadosos y diligentes.

Igualmente remitimos a la guía que proponen para determinar en qué momentos otorgar asesoría legal. Más allá del contenido específico, destacamos el esfuerzo de generar parámetros objetivos para ayudar a los jueces. *Id.* en pág. 139.

⁴⁷⁰ Jáuregui, *supra* nota 469.

⁴⁷¹ Mizrahi, *supra* nota 456, en pág. 8

⁴⁷² *Id.*

La LPINNA ha creado la figura del Defensor del Menor (art. 47). Aunque él debe trabajar en conjunto con el abogado; sus funciones no son las mismas. El patrocinante legal debe favorecer o amparar intereses y derechos según la visión del niño. Es decir, contemplando esa voluntad sin sustituirla, en la mayor medida posible; defendiendo de manera individual al niño. Por el contrario, el Defensor, participa según la mirada y los criterios adultos; es decir que interviene de manera genérica e indiscriminada.⁴⁷³

El abogado debe vaciarse de sus propias opiniones, para comunicarle al juez lo que el niño desea y cree que es mejor. No puede, a la vez, promover de manera eficaz las preferencias del niño y su propia evaluación profesional del ISN.⁴⁷⁴ Es por esto que el abogado que patrocina al niño tampoco debe estar influenciado por las opiniones de alguno o ambos padres.⁴⁷⁵

⁴⁷³ “Nos hemos esmerado en resaltar que nuestra tarea no consiste en reemplazar al defensor del menor, dependiente del Ministerio Público, quien tiene una intervención promiscua y obligatoria en todo aquel litigio que haya un menor, con la nuestra que es específica para cada caso y que depende del requerimiento del Juzgador, del interesado o de su familia; función que puede llevarse a cabo dentro de una esfera judicial o bien extrajudicial y cuyo objetivo es compatibilizar lo que él o ella quiere o necesita en consonancia con el interés superior del mismo.

En caso de abocarnos a un litigio específico, nuestra tarea nos lleva a actuar en lo posible junto al defensor de menores, pero siempre poniendo de relieve los intereses de niño o joven que defendemos. La tarea conjunta no ha sido fácil. Algunos nos ignoran, pero otros nos tienen muy en cuenta y es allí donde se optimizan los resultados, por una cuestión de tiempo y dedicación”. Quintana, *supra* nota 460, en pág. 1.

También ver Jáuregui, *supra* nota 469.

⁴⁷⁴ “En su forma más pura, (...) el abogado del niño debe presentar y poner en práctica las instrucciones de un cliente en la medida que su capacidad mejor se lo permita. Y esto, a su vez, implica indicarle al tribunal las preocupaciones, deseos y opiniones *del niño*. Implica, además, presentar al tribunal evidencia exacta y completa, coherente con la posición del niño”. Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 207.

“En definitiva la tarea del abogado del niño tiene su propio espacio específico donde el factor ético y la independencia de todo aquello ajeno a la protección del menor nos lleva a proponer la conveniencia que el ejercicio de esta especialización se desarrolle en ámbitos como los colegios de abogados y organismos afines, donde pueda existir además un control de los servicios que se presten”. Quintana, *supra* nota 460, en pág. 2.

⁴⁷⁵ “En función de lo precisado, entonces, el tribunal tiene que tomar recaudos especiales para que el abogado que patrocine al niño no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de sus padres, y de

En síntesis, para los profesionales los desafíos son numerosos.^{476 477}

CAPÍTULO VI: EL CONTENIDO SUSTANTIVO del ISN

A. El consenso de tres valores

El ISN no es un concepto vacío de contenido sustantivo. Creemos que de lo leído, podemos distinguir tres valores fundamentales y socialmente consensuados, sobre los que descansa el ISN. Primero, el concepto del niño como sujeto de derechos. Segundo, la protección de la familia. Consecuentemente, y en tercer lugar, la mínima e indispensable intervención estatal en la dinámica familiar.

este modo asegurar un desempeño independiente de aquél. En tal virtud, estimamos equivocado el criterio que afirma que el juez no debe intervenir y que corresponde respetar las designaciones que realicen sus progenitores, exista o no acuerdo entre ellos. Es necesario que el judicante garantice que el abogado de los niños y adolescentes –más allá de las verbalizaciones de éstos que muchas veces no son genuinas, sino que comportan una reproducción del discurso paterno o materno– propenda, de una manera autónoma a las restantes partes intervinientes en el proceso, a la real defensa de sus asistidos. Por eso, se ha resuelto que no deben admitirse presentaciones judiciales de supuestos letrados de los niños cuando, en verdad, se trata de meros artilugios de alguno de sus padres, quien acude a la búsqueda de un ‘abogado de los niños, a contratarlo para ellos, y a pagarle en privado los honorarios por su gestión’. Claro está que ‘no es así como se defienden los intereses de los niños y adolescentes, recorriendo un camino inverso a lo que signifique realizar todos los esfuerzos posibles para un desempeño autónomo de aquéllos’. Obrar de esa manera no es respetar la ley 26.061 sino violarla”. Mizrahi, *supra* nota 456, en pág. 7.

⁴⁷⁶ “El desafío de los profesionales, como no-padres, es cómo ser cariñoso sin tomar el control injustificado de la vida del niño para el que no pueden ni deben asumir toda la responsabilidad. El buen profesional se caracteriza por poder ubicar el límite entre ser un usurpador de la autonomía de los padres y un experto cariñoso”. Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 210.

“Aunque los profesionales pueden tener que ‘vivir con sus decisiones en el sentido de que ellos saben lo que han hecho, no suelen saber lo que significa para la gente en el sentido de que no tienen que vivir con la gente ...’ Ellos no tienen la oportunidad de responder a las necesidades cambiantes (...) de una relación de familia del día a día, ni para corregir, si pudieran, sus errores de juicio. La restricción en el ejercicio de dicha autoridad como padres es el sello de un buen trabajo profesional”. *Id.* en pág. 217.

⁴⁷⁷ Ver anexo 11. Allí hay una lista de sugerencias para los profesionales involucrados en los casos de menores propuesta por GFS.

A1. Interés superior de un sujeto de derechos

Como se ha dicho a lo largo de todo el trabajo, para poder entender y definir el ISN, se debe partir por una visión sobre ‘el niño’. Desde el Derecho Internacional (y también en nuestro país), el niño es un sujeto de y con derechos. Esto puede resultar evidente. Los datos mundiales nos muestran que la sociedad se olvida de este *pequeño* detalle.

A2. ISN y la familia como ámbito primario de desarrollo

Lo que es mejor para una familia no se define por cuáles son los deseos de los padres, ni siquiera como la sumatoria de los intereses individuales de sus miembros.

Como se sostuvo, la familia es una entidad colectiva con rasgos especiales. Lo que es bueno para una familia es bueno para un niño; y lo que es bueno (superior) para un niño lo es para la familia. Con esta afirmación no negamos que existan circunstancias -en especial cuando se acude a la justicia- en las que *lo* mejor, no es más una opción.

La confusión se produce cuando se habla del ‘interés familiar’ y se concibe a la familia como un sujeto. Así, se suelen considerar los deseos u opiniones de los padres exclusivamente. Ello no entiende el concepto de familia: la familia no son sólo los padres, como tampoco sólo los niños.

Puede haber un conflicto entre intereses y/o derechos de los padres vs. intereses y/o derechos de los niños: “En primer lugar, hay que reconocer que puede haber conflictos, ocultos o abiertos, entre los niños y los intereses de los padres. A veces se argumenta que lo que es bueno para la familia, por definición, es bueno para el niño, y que sólo los padres pueden saber lo que es bueno para la familia. Esta posición es contraria al espíritu de la Convención, que claramente apoya a la familia, pero en última instancia se encuentra en el lado del niño, por ejemplo, en casos de abuso y negligencia de los padres”.⁴⁷⁸

Tal como lo sostiene el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, lo que es bueno para la familia no

⁴⁷⁸ Hammarberg, *supra* nota 19.

siempre coincide con los intereses de los padres. Podemos profundizar uno de los ejemplos: en el caso de abuso por parte de los padres -suponiendo violencia física- no es beneficioso para la familia continuar con dicha dinámica familiar. No lo es para ninguno de sus miembros, como tampoco lo es para el conjunto.⁴⁷⁹

Es cierto que la familia no es un concepto abstracto ya que cualquier controversia sucede entre seres en concreto: individuos. Tampoco sostenemos que la familia sea un sujeto portador de valores. No obstante, en una familia existen vínculos que sólo se exigen dentro de la misma. La sociedad no espera lo mismo de un padre que, por ejemplo, de un maestro. Son estas relaciones dentro del ámbito familiar las que le otorgan un valor a la familia como grupo o institución, diferente de otros grupos, por ejemplo un grupo de lectura -ello tanto a nivel moral como a nivel legal.

En los conflictos familiares se oponen intereses de individuos (como también derechos). Como ha sostenido Mizrahi, no existe un supra-individuo llamado 'familia'.⁴⁸⁰ Por ello, en el caso concreto se deben individualizar y

⁴⁷⁹ Por ejemplo, tal ha sido la postura de Orlando: "Este 'conflicto de intereses' (el ISN y el interés familiar), se da cuando un niño que ha estado en situación de riesgo y por ende, en condiciones de adoptabilidad, es separado de su grupo familiar, casualmente en aras de su interés prevalente. Mas, este interés prevalente, puede colisionar con el interés familiar, por ejemplo, si hubiese hermanos del niño en cuestión ya que por la decisión que el juez adopte, serían separados de su hermano". Orlando, *supra* nota 7, en pág. 95.

Ahora bien, el bienestar del niño no justifica que él viva con padres que abusan de él. Ello tampoco es bueno o válido para la familia. Aquí el error reside en olvidar que hay situaciones en las que 'el mejor resultado' no es más una opción, sino que debe buscarse el mejor resultado *posible y existente* dadas las nuevas circunstancias. Es cierto que es perjudicial para los hermanos estar separados, y que la dinámica familiar se verá interrumpida. No obstante, no por separar al niño (que ha sido colocado en una situación de riesgo) se destruye una familia. En todo caso, la familia comienza a destruirse al momento en el que dicho niño es colocado en tal situación.

⁴⁸⁰ "Lo descrito, pues, importa sostener que en todas las situaciones de conflictos familiares, éstos se suscitan siempre entre intereses que invocan personas físicas, y no entre los intereses de los individuos (padre, madre, cónyuges, hijos, etc.) y los de un hipotético ente supraindividual llamado 'familia'; y ello es así porque ésta no es un grupo autónomo, en el sentido de que hoy no se concibe una autonomía del grupo familiar con relación a los intereses de sus miembros. Así las cosas, lo que se perfila en nuestros tiempos es una suerte de humanización del interés familiar y, por lo tanto, éste se ha de identificar en todos los casos con el interés del miembro de la familia involucrado en la medida que la pretensión esgrimida —se trate del cónyuge, padres o hijos— sea legítima, no abusiva y

explicitar los intereses y derechos en conflicto. De esa manera, no se usará el ISN como recurso retórico para defender al sujeto ‘familiar’, sino que se entenderá que el niño (y sus padres) viven dentro de un ámbito familiar, es decir que tienen relaciones y dinámicas propias.

La familia es un ámbito de desarrollo. Son las personas que la conforman quienes se ven amparadas por la ley. El conflicto de intereses o derechos siempre se lleva a cabo entre personas. De hecho, toda familia evidencia situaciones en las que hay conflicto de intereses. Por ejemplo, chocan intereses cuando un hijo no quiere comer verduras sino un huevo frito, y una madre quiere que se alimente de manera saludable. Este ejemplo, por trivial que parezca, es una situación en la que se oponen intereses. Claro que, dependiendo de la gravedad del conflicto, deberán evaluarse las decisiones tomadas (y la intervención estatal si hubiera mediado) y sus consecuencias. No es lo mismo si la madre deja que un día el niño coma un huevo frito, a que sea el menú diario, etc. Así tampoco es lo mismo si se involucran derechos: por ejemplo, un hijo que no quiere ser vacunado, o también una madre que no quiere vacunar a su hijo.

Existen ámbitos en los que el Estado sí ha de intervenir para asegurar el bienestar de los menores. Sobre ello trataremos a continuación.

A3. Mínima intervención estatal

Así como la ley limita a los padres, también circunscribe lo que puede hacer el Estado. El principio de mínima intervención, a pesar de formar parte de los valores sustantivos que sustentan al ISN, es parte del cuerpo normativo que rige en Argentina. El accionar estatal -tanto administrativo y judicial- se encuentra restringido por el Derecho, y por el contexto y la práctica social.

encontrada dentro de las reglas de la solidaridad familiar. El balance respectivo lo realizará el juzgador analizando la magnitud de los intereses en juego y teniendo como norte las precitadas directivas”. Mizrahi, *supra* nota 272, en pág. 4.

Esta mínima intervención tiene dos aristas. Por un lado, los padres son los responsables primarios de la crianza de los niños. Por el otro, los casos en los que se separa a los niños de sus familias deben ser excepcionales.

Se puede empezar por recordar que “Antes de que el Estado actúe para satisfacer las necesidades de los menores, es imperativo que se entienda que el Estado no es padre: el juez no es el padre, el abogado no es el padre”,⁴⁸¹ y que no pueden ni deben actuar como tales.

Todos los poderes del Estado deben actuar conscientes de que la CDN les exige respetar “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” (art. 5). Al mismo tiempo, la CDN también les otorga el derecho a la protección de la ley contra esas “injerencias o ataques ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia [y] a su honra y a su reputación” (art. 16.1).

Análogamente, la LPINNA introduce un derecho a la vida privada e intimidad de y en vida familiar. Ambos “derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales” (art. 10).⁴⁸²

Sobre estas normas se ha dicho que “[N]o toda intervención en las relaciones familiares se encuentra vedada, sino sólo aquella que sea pasible

⁴⁸¹ Freud et al, *supra* nota 30, en pág. xix.

Es aclaración también sirve para recordar que en Argentina, con el sistema irregular, la intervención de los jueces fue demasiado extrema, perjudicando así la intimidad de los involucrados de manera irreversible. “Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien en un primer momento se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.” Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 132

⁴⁸² A ello se le suma el art 11.2 de la CADH; el art. V de la DADDH; el art. 12 de la DUDH y el art. 17 del PIDCP.

de la calificación de arbitraria o ilegal, utilizando el legislador una forma gramatical disyuntiva que exigirá un análisis separado de ambas calificaciones. (...) [L]a injerencia ilegal resultará de la violación de la norma, por ello detectable y manifiestamente arbitraria, y esta indeterminación derivará, salvo reglamentación que establezca supuestos específicos, en situaciones sujetas a interpretación".⁴⁸³ Con lo expuesto es posible concluir que la ley entiende que la crianza está a cargo de las familias. Por ello se deben respetar los derechos y deberes de los padres (art. 14.2).⁴⁸⁴

También es cierto que, en el marco legislativo y administrativo, “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” (art. 3.2).

Respecto del supuesto de la separación de sus padres, la CDN indica que “Los Estados Partes 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. 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 éstos viven separados

⁴⁸³ García Méndez, *supra* nota 82, en “III. De La Vigencia Normativa a La Vigencia Social De La Ley 26.061”, pág. 40.

También se ha dicho que “El art. 16 de la CDN pone coto, igualmente, a la intromisión del Estado en la esfera de privacidad del niño y dentro de ella, en particular, en el ámbito de su vida familiar. De tal modo, la intervención del Estado ha de limitarse estrictamente a los supuestos de violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de sus padres o responsables”. Bonzano, *supra* nota 91, en pág. 61.

⁴⁸⁴ “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”(art. 14.2).

y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” (Art. 9.1).

La contracara del derecho del niño a vivir en su núcleo familiar es la separación como medida excepcional. La CtIDH ha establecido que “el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes,⁴⁸⁵ en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma.”⁴⁸⁶ De ello se desprende el peso que la CDN le adjudica a la intimidad familiar. La intervención para separar al niño (una de las intromisiones más graves) sólo se puede dar en situaciones excepcionales, justificadas por el ISN y sujetas a control judicial.⁴⁸⁷ Es por ello que en estos casos la LPINNA crea las medidas excepcionales (art. 39). De cualquier modo, una de las principales críticas que se le ha hecho a dicha ley es que se le otorga demasiada participación a la autoridad administrativa en situaciones en las que debería actuar sólo el Poder Judicial.⁴⁸⁸

Jorge Carranza aboga por la excepcionalidad de la intervención estatal en la vida de un niño sea una excepción. Para él la regla debe ser que la familia sea quien atienda las necesidades del niño, solucione sus problemas y lo contenga. Sólo en los casos en que ello no sucede debería intervenir un juez. Éste es su el *principio de la legalidad de la intervención judicial*.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ GFS han delineado una serie de guías para evaluar las fallas de cuidado de los padres en base a parámetros objetivos. Ver anexo 12.

⁴⁸⁶ CtIDH. Caso C. N. y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157.

⁴⁸⁷ “Se precisó - de un modo no taxativo- que procede en los casos de maltrato infantil, abuso sexual o falta de cuidado. RBEIJ, Regla 18.2.

⁴⁸⁸ Orlando, *supra* nota 7, en pág. 60.

⁴⁸⁹ Carranza dice que “esta intervención se da por una circunstancia excepcional, puntual y extraordinaria; reservada para situaciones de excepción que se justifican -si y sólo si- llega a

De esta manera la intervención limitada también tiene sentido por sus efectos en la familia. Una de las necesidades más importantes de un menor es la de un padre autónomo.⁴⁹⁰ Cualquier intromisión estatal altera las relaciones familiares.⁴⁹¹ Dadas estas realidades, las cortes tienen límites en su intromisión. El desarrollo de los niños se ve beneficiado si ellos pueden fiarse de los adultos responsables a medida que se mueven hacia la plena independencia y confianza en sí mismos como sus propios cuidadores o guardianes.⁴⁹² Dicho en otras palabras, el propósito del Estado cuando separa a los niños de sus familias es poder ubicarlo en una familia en la que sus padres puedan representarlo, guiarlo y cuidarlo. A modo de prevenir la interrupción de las relaciones con los ‘padres psicológicos’ se deben respetar los derechos y necesidades de tales adultos. Para GFS, la

conocimiento del órgano jurisdiccional, que existe una vulneración de sus derechos esenciales (...) todo esto necesita de un lenguaje más acotado y preciso. (...) [E]n materia de niños y adolescentes, se prefiere una mínima intervención estatal- con un máximo de eficacia-, todo de acuerdo a los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales son de un contenido esencialmente protector de la familia.” Carranza, J. L. (2006). Temas del derecho prevencional de menores III, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2006, citado en Orlando, *supra* nota 7, en págs. 87 y 89.

⁴⁹⁰ Para GFS “El poder coercitivo del Estado no debe ser utilizado para imponer el dogma de una persona o grupo a otro en nombre de la ciencia o de otros conocimientos especiales. ‘A diferencia de cualquier otro dogma, el dogma que es la base de un sistema legal secular requiere que el Estado tolere cualquier dogma a menos que su aplicación perjudique a otro que no lo comparte.’ Cuando no hay consenso social, la ley debe errar por el lado de respetar el derecho de los padres a seguir sus propias creencias. Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 161. Por argumentos como el presente, los autores fueron etiquetados como propagadores de su propia ideología liberal. Ver Freeman, *supra* nota 31. También remitimos a las críticas en pág. 21.

⁴⁹¹ “Cualquier invasión de la privacidad familiar altera las relaciones entre los miembros de la familia y socava la efectividad de la autoridad parental. (...) Cuanto más joven es el niño y mayor su propia impotencia y dependencia, más fuerte es su necesidad de experimentar sus padres como los que aplican las reglas -seguros, confiables, todopoderosos, e independientes”. Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 97.

⁴⁹² GFS incluso se aventuran en sostener que “Un tribunal socava la confianza cuando se somete al padre con la tenencia a normas especiales sobre la crianza del niño al ordenar (incluso programar) las visitas del otro padre. En los ojos del niño, el tribunal, al dirigir su régimen de visita en contra de la voluntad expresa del padre, pone en duda la autoridad y la capacidad del mismo”. Freud et al, *supra* nota 30, en pág. 24.

En esto no coincidimos con los autores. Creemos -y compartimos la visión de Freeman- que el Estado actúa en favor del ISN al buscar el trato continuo con ambos padres. Al mismo tiempo, tal es el derecho que la CDN protege en sus art. 7 y 9.

intervención se justifica si y solo si un padre es ‘inadecuado’, es decir, no cumple con sus deberes.⁴⁹³

A modo de resumen, la ley debe satisfacer la necesidad de los niños de seguridad dentro de la familia. Por lo tanto debe reconocer la privacidad familiar como barrera para la intromisión estatal sobre la autonomía de los padres. Ello requiere que el estado cree medidas para que los padres cuenten con normas claras que adviertan sobre la intromisión. Sólo así se puede restringir el poder coercitivo del estado y proteger la infancia. Pero además de reglas claras, es necesario que quienes decidan protejan la integridad de la familia (para poder proteger el ISN).⁴⁹⁴

B. La construcción de dos pilares

La aplicación del ISN en Argentina debe sostenerse, especialmente, sobre dos pilares. Por un lado, el trabajo interdisciplinario, el cual debe ser la fuente de toda decisión estatal concerniente a los niños. Por el otro, la necesidad de un debate social sobre el rol del niño, sus necesidades, y de la aplicación del ISN en la dinámica familiar. Con ambos se busca promover la complementación del Estado con la sociedad.

B1. El trabajo interdisciplinario

El trabajo interdisciplinario supone que cada profesional hará lo que sabe hacer. Cada adulto involucrado debe llevar a cabo *su* tarea, sin que haya superposición de roles: no se puede ser juez, padre, psicólogo y abogado a la vez -aún cuando una persona contara con todas las herramientas para poder actuar en cualquiera de esos roles-.

⁴⁹³ Freud et al, *supra* nota en pág. 279. Para los casos de tenencia, sostienen que el principio de mínima intervención se basa en dos convicciones: la necesidad de continuidad de cuidado de manera de poder educar a los hijos como los padres consideren que es mejor y que en caso de tener que intervenir, el objetivo debe ser restablecer o establecer una familia para el niño de la manera más rápida. *Id.* en pág. 88.

⁴⁹⁴ Nuevamente nos remitimos a la descripción propuesta por GFS sobre lo que constituye: causa probable que justifique la invasión de la relación padre/madre-hijo; causa suficiente que justifique la modificación; y en caso de encontrar causa suficiente, cómo determinar qué alternativa es la menos perjudicial. Freud et al, *supra* nota 30, en págs. 96 y 97.

Esta sinergia puede contribuir ampliamente a mejorar la niñez, aportando información sobre un entorno ideal de crecimiento y desarrollo,⁴⁹⁵ las necesidades de salud, educación, etc.

Por ello, parte del trabajo de los jueces como protectores del ISN es acudir al auxilio de profesionales especializados de otras ciencias.⁴⁹⁶ Ello es todavía más importante si se tiene en mente la indeterminación sobre la que venimos hablando.⁴⁹⁷

Más aún, las cortes no tienen la posibilidad de intervenir sino cuando el caso les es propuesto para su resolución. “La tarea preventiva, necesariamente anterior a la judicialización del conflicto e, incluso, a la controversia misma, le compete a un área distinta del Estado”.⁴⁹⁸ Habiendo dicho esto, la necesidad de interdisciplina también se observa en la

⁴⁹⁵ “La Pediatría, junto con la psicología y psiquiatría infantil y la sociología, entre otras ciencias, nos permiten dibujar sin lugar a demasiadas dudas cuál es el entorno ideal para un crecimiento y desarrollo integral y sano del niño en todos los sentidos. Sabemos que la prole humana pertenece a la especie que, en toda la escala biológica, mayores cuidados y más prolongados en el tiempo necesita. Es vital para el niño un entorno estable, rodeado de afecto, estimulante, pacífico y que cubra sus necesidades nutricionales, educacionales y de una progresiva definición de su rol personal en la sociedad. El niño necesita modelos en los que fijarse y recursos de todo tipo que subsidien su indigencia en el ámbito de las capacidades y del ejercicio de la libertad con responsabilidad; así mismo es durante la infancia cuando el niño construye su escala de valores, que tanta trascendencia tendrán cuando, ya adulto, participe en la vida social como un ciudadano más.” Argemí, Josep; “Adopción mono-parental”, pág. 62, 62-95, 8 An Pediatr, Barcelona, 2005; - en <http://www.spao.info/paginas/multimenu2/pdf/0602.pdf>

⁴⁹⁶ Orlando, *supra* nota 7, en pág. 97.

⁴⁹⁷ “Se ha decidido, acertadamente, que el superior interés de la infancia es un concepto abierto al que los jueces, en el desenvolvimiento de su ministerio — eminentemente práctico—, están llamados a asignar unos contenidos precisos. La determinación de ese mejor interés hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo, le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica. El perito es un intermediario en el conocimiento judicial, y si en los saberes no jurídicos esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares.” Mizrahi, *supra* nota 272, en pág. 2.

⁴⁹⁸ Kamada, *supra* nota 192.

elaboración de políticas públicas y de nueva legislación.⁴⁹⁹ Ellas deben de estar fundamentadas en trabajos que puedan utilizarse para entender sus orígenes, objetivos y su desarrollo. Sumado a ello, el trabajo interdisciplinario debe focalizarse en el análisis de la situación actual y el impacto de las leyes y las políticas públicas.^{500 501}

Creemos que la siguiente cita resume la necesidad a la que nos referimos:⁵⁰²

“Banalidad normativa puede ser un giro adecuado para referirse a la manera en la que se producen leyes todo el

⁴⁹⁹ Probablemente la clave sea entender que protección en términos de derechos no es una cuestión retórica. La adopción de mejores leyes es fundamental para proteger a los niños allí donde las leyes los ignoran; pero al mismo tiempo deben elaborarse políticas públicas eficientes que resuelvan los problemas concretos que siguen teniendo los niños aún donde existen buenas leyes pero faltan políticas y programas: básicamente educación, salud y protección respecto de todas las formas de violencia, abuso y explotación¹¹⁰. Beloff, *supra* nota 99, en pág. 43.

⁵⁰⁰ Por Ejemplo, “El análisis del impacto de la CDN en las políticas públicas argentinas tanto federales cuanto provinciales forma parte de esa investigación pendiente que los académicos especialistas en el área deberían emprender algún día. No es un tema menor cuando en la Primera Parte, párrafo 21 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se urgía a los Estados –sobre la base de la masiva ratificación de la CDN– a que se lograra su ‘(...) efectiva aplicación por los Estados Partes mediante la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo necesarias, y la asignación del máximo posible de recursos disponibles’” *Id.* en nota de pie 9, pág.13.

⁵⁰¹ En la OG5 el CtDN sostuvo que: “Para que el interés superior del niño (párrafo 1 del artículo 3) sea una consideración primordial a la que se atienda, y para que todas las disposiciones de la Convención se respeten al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los niños (previando las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o de asignación presupuestaria que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos) y de evaluación de los efectos sobre los niños (juzgando las consecuencias reales de la aplicación). Este proceso tiene que incorporarse, a todos los niveles de gobierno y lo antes posible, en la formulación de políticas.

La autovigilancia y la evaluación son una obligación para los gobiernos. No obstante, el Comité considera asimismo esencial que exista una vigilancia independiente de los progresos logrados en la aplicación por parte, por ejemplo, de los comités parlamentarios, las ONG, las instituciones académicas, las asociaciones profesionales, los grupos de jóvenes y las instituciones independientes que se ocupan de los derechos humanos (véase el párrafo 65 *infra*.” OG5, *supra* nota 25, en párr. 45 y 46.

⁵⁰² Y sobre la que se podría hacer un trabajo independiente dado su alcance.

tiempo sin mayores cuidados siquiera formales (...). La forma alarmante en la que se ha modificado el derecho penal argentino en los últimos diez años es un buen ejemplo de la consideración del proceso legislativo como un fin en sí mismo, para los medios. Poco importa luego la forma en la que esa ley produzca, reproduzca o no produzca efecto alguno en la realidad.”⁵⁰³

B2. El debate social

Para Hart, entender qué es Derecho significa bucear en la realidad social. Existe una práctica social que va generando precedente. Para poder proporcionarle a los niños una mejor infancia debe haber una transformación social.

“Las normas jurídicas funcionan en sus vidas, no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que son aceptados. Esto es, ellos no solamente hacen con tolerable regularidad lo que el derecho les exige, sino que ven en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él al criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás.”⁵⁰⁴

La ley es una de las herramientas que se pueden utilizar para generar un cambio. Se trata de un cambio dual. La ley contribuye con el desarrollo a la vez que es ayudada por la sociedad para mejorar. El Derecho ordena la

⁵⁰³ Beloff, *supra* nota 99, en nota de pie 37, pág. 20.

⁵⁰⁴ Hart, *supra* nota 407, en pág. 171.

sociedad. Pero también tiene una función pedagógica: le enseña.⁵⁰⁵ La Ley sola no basta para dilucidar la práctica social.⁵⁰⁶

El CtDN indicó en una de sus Observaciones Generales que “A nivel internacional se ha subrayado reiteradamente que la infancia no es la ‘antesala de la vida’ sino ‘la vida misma’. Por ello resulta inaceptable la situación legal actual, según la cual la víspera de cumplir los 18 años el niño carece prácticamente de todo derecho, y al día siguiente goza de plenos derechos. Es preciso, pues, crear las condiciones que garanticen la emancipación diferenciada y gradual de los niños en todos los ámbitos de la vida cotidiana. *Por en tanto la sociedad no varíe su consideración de status del niño y lo acepte como entidad de derecho, los cambios legislativos servirán de poco*”.⁵⁰⁷ En suma, la sociedad tiene un gran desafío por delante.

CONCLUSIONES

Este trabajo procuró, de manera general, repasar la forma en la que el principio del ISN se ha desarrollado en los planos legislativo, jurisprudencial y doctrinario, especialmente en Argentina.

⁵⁰⁵ “Más claramente: las concepciones sociológicas, axiológicas, temporales, espaciales y valorativas de una sociedad en un momento determinado inciden profundamente en la razonabilidad del medio escogido para alcanzar la finalidad pretendida. Entonces, en la búsqueda de la restricción adecuada, el legislador evaluará diferentes alternativas, escogiendo finalmente la más razonable, o sea la que a su criterio permita cumplimentar la finalidad perseguida, sin alterar la esencia del derecho.” Salomón, *supra* nota 95, en pág. 96.

⁵⁰⁶ “Para lograr mayor respeto y vigencia de todos los derechos fundamentales se requiere, por lo menos: a) un poder judicial con altísimos niveles de formación, independiente y activo en el mejor sentido de la expresión, b) reformas legales, c) educación jurídica de grado y posgrado que integre en sus planes de estudios la temática vinculada con los menores de edad, d) fundamentalmente, la concreta implementación de políticas públicas que garanticen la protección real y universal de la infancia, e) programas específicos para quienes requieren protección especial. La reforma legal, aún cuando fuera la mejor posible, por sí misma –sin estos otros elementos– no puede operar sino como fuegos artificiales sobre la realidad”. Beloff, *supra* nota 99, en pág. 41.

⁵⁰⁷ CtDN (CRC/C/11/Add. 17, párr. 240 de la República Eslovaca), citado en Beloff et al, *supra* en nota 29, en pág. 85.

En tal sentido, entendimos que no se puede pensar en el bienestar del niño sin considerarlo un sujeto de derecho con necesidad de protección especial. De ello se desprenden sus necesidades de criarse en el seno de su familia -siempre que la situación así lo permita-; y de contar con una intervención mínima y de máxima eficacia por parte del Estado en su vida cotidiana.

El ISN es una consideración primordial a la que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños. Tal afirmación es:

1. Un principio
 - a. general del derecho y no sólo del derecho de familia⁵⁰⁸
 - b. jurídico garantista;⁵⁰⁹
 - c. que le otorga a un interés específico status legal de principio.
2. Una pauta de interpretación
 - a. Interpretación sistemática y general de los derechos humanos.
 - b. Interpretación de cada caso en particular.⁵¹⁰
3. Una pauta de implementación o regla de procedimiento.
 - a. Que debe usarse en forma consultiva con los niños.⁵¹¹
4. *Un parámetro o estándar que también debe verse reflejado en la dinámica familiar.*

Se comenzó analizando un principio positivizado por un instrumento internacional e incorporado al régimen argentino mediante su ratificación y

⁵⁰⁸ De manera similar, “en tanto en muchos casos es aplicable a los niños, niñas y adolescentes no sólo en el ámbito interno de la familia, sino también por fuera de ella e incluso a los niños que no cuentan con una familia. (...) Pero también somos conscientes que es justamente en el ámbito de aplicación del derecho de familia en donde han encontrado su más acabado desarrollo y recepción, como una noción-marco -Cecilia Grosman en “el ISN en *Los derechos del niño en la familia- Discursos y realidad* - de todo su contenido, que ya no puede ser pensado por fuera del mismo.” Tavip, *supra* nota 19, en pág. 116.

⁵⁰⁹ Entendiendo por garantía los “vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos.” Cillero Bruñol, *supra* nota 84, en pág. 134.

⁵¹⁰ Que además sirve para situaciones no mencionadas expresamente por la CDN, o para casos en los que haya oposición entre artículos.

⁵¹¹ Para que actúen de la manera más autónoma posible mas no independientemente.

posterior incorporación al cuerpo constitucional. Se trata del principio del ISN.

Su alcance ha evolucionado con los años: de haber nacido en el ámbito de tenencia y custodia del Derecho de Familia pasó a ser uno de los pilares actuales de los Derechos de los Niños. Fue gracias a la CDN que ha ampliado sus fronteras, llegando a abarcar toda decisión en la que aquellos se involucren.

No obstante su evolución, también ha sido reconocido como un principio vago dada la falta de definición y de explicación de su aplicación en la CDN, que sólo lo presenta como un principio a considerarse de manera primordial. A pesar de esto, la vaguedad no ha sido un problema en sí mismo. La misma ha beneficiado el alcance de la CDN.

Se destacan dos rasgos de la convención: su sensibilidad cultural y su flexibilidad para poder abarcar todos los casos de niños. De todas maneras, no deja de ser cierto que también se ha aplicado mediante un uso excesivo de discrecionalidad judicial. Ello no ha sido en el ISN. A su vez, otro de los efectos positivos a acentuar es su impacto sobre la visión de “niño”. La CDN ha generado un cambio de paradigma de un sistema irregular y de tutela judicial a otro de protección integral. Ello significó dejar de ver al niño como un objeto de derechos para tener que aceptar que se trata de un sujeto de derechos con necesidad de protección especial. Así, también se exigió un cambio en el rol de los jueces y abogados, y de los padres.

Dado el alcance de la CDN, numerosos doctrinarios se han pronunciado sobre el ISN. En este trabajo hemos expuesto diversas definiciones propuestas (además de las características que se desprenden de su aplicación y la función del principio en el Derecho).

En Argentina, particularmente, hemos sostenido que a nivel general los poderes estatales no siguen el principio.

En lo que respecta al Poder Judicial, el trabajo de la justicia es el de enmendar las violaciones de derechos. Pero la realidad muestra que se perpetúa el estado de infracción. No se encuentran fallos de instancias

inferiores en las que se explique cuál es el razonamiento que los jueces aplican. En el mejor de los escenarios, se hallan sentencias en las que se hace una mera mención o referencia al ISN mas no se provee ninguna argumentación completa que muestre su correcta aplicación al caso concreto.⁵¹² Esto es violatorio del principio.

A pesar de ello, la CSJN sí ha proporcionado pautas y ha llenado lagunas. Ella ha propuesto modelos de aplicación del principio. Lo ha hecho a través de diferentes ejemplos, en distintos ámbitos del derecho. Ha indicado características generales, así como también ha aplicado el ISN en circunstancias particulares. Sin embargo, sus fallos no son precedentes obligatorios sino pautas o guías para futuras interpretaciones.

Consecuentemente, dentro de este contexto parecería que sólo la CSJN aplica el principio de manera satisfactoria. Así, se les priva de la protección a la mayoría de los niños que no llegan a tal instancia, además de aquellos casos en los que ni siquiera se acude a la justicia.

Entendiendo que la judicialización del conflicto aparece luego de la misma controversia, nos dimos cuenta de la importancia de la tarea preventiva. Ella no es un objetivo o ideal social solamente, sino que es parte del correcto entendimiento del ISN. Al momento en el que interceden las disciplinas, el daño generalmente ya está hecho. Para evitarlo, el mismo ISN exige que el Estado complemente el rol de los padres en el cuidado de los niños.

Por un lado, la propuesta de una mínima intervención estatal busca preservar las relaciones familiares. Esta afirmación de contenido sustantivo supone que cuando el Estado interviene procura que su decisión en torno a los niños sea la 'menos perjudicial'. En cierta medida intenta remendar aquello que la familia no pudo asegurar. Pero busca hacerlo de manera de

⁵¹² Recordemos que hablamos del principio rector de los Derechos del Niños.

De todos modos, esta afirmación se hace teniendo en mente que este trabajo no se proponía llevar a cabo un barrido exhaustivo de los fallos de determinada jurisdicción. Ello queda pendiente para otro trabajo.

El argumento parte de las diversas conclusiones a las que han llegado doctrinarios tales como Solari y Beloff. (Solari, *supra* nota 2; Beloff, *supra* nota 99).

protegerlos, es decir propiciando soluciones para no volver a inmiscuirse. Su intervención debe ser predecible y definida. Se debe actuar para paliar el menoscabo en vez de agravar la situación y restringir más derechos. Por tal motivo, el ISN obliga a intervenir solo en casos indispensables.

Por el otro lado, para ello también se requiere un cambio social que permita prevenir intervenciones futuras. El juez no es el padre, pero el padre tampoco es juez. El ISN no se aplica solamente si un caso llega a la justicia, ni debería limitarse a tales cuestiones. Los tribunales aplican el principio porque es una exigencia legal. Pero a su vez lo hacen para reparar aquello que no debía perjudicarse en primer lugar. El ISN no se reserva para arreglar problemas. Este principio debe primar siempre. Debe estar presente también en la dinámica familiar. Debe gobernar en casos cotidianos, como, por ejemplo en cómo debe una madre guiar a su hija adolescente sobre cuestiones de vestimenta; en el uso de las redes sociales, en la enseñanza de valores y del trato con las personas, etc. Por ello, tanto la escuela como la familia son instituciones fundamentales. Aquí, hablamos de educación de calidad; y de familias que vivan en un contexto que colabore con la crianza de los niños. Por eso el Estado debe proteger el desarrollo de los niños y las familias. Para ello debe intervenir sólo si es necesario, pero también debe velar porque un tercero tampoco intervenga. Así, la familia se debe a que es la célula de la sociedad dados los vínculos que la conforman y a que en ella se crían los niños. Desde estas perspectiva, su protección también se encuadra dentro del marco de la CDN (y de la CN). Dicho de otra manera, “La familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en serio desde las edades más tempranas supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado en el conjunto de la sociedad. Esa manera de ejercer la labor de los padres sirve para promover el desarrollo individual, mejorar las relaciones familiares y apoyar la socialización del niño y desempeña una función preventiva contra toda forma de violencia en el hogar y en la familia.”⁵¹³

⁵¹³ OG12, *supra* nota 447, en párr.. 90, pág. 30.

Además de la doctrina y la jurisprudencia, la legislación es otra fuente del derecho. Por ello también nos hemos detenido a observar las leyes nacionales y provinciales que tratan sobre el ISN de manera directa (y en menor medida aquellas que hacen un trato tangencial del mismo). En términos de cantidad, hemos visto que el Poder Legislativo ha dictado normativa tanto en el nivel nacional, como en las distintas provincias. Además de la LPINNA, dos provincias no han sancionado una ley de adhesión a la misma, y otras dos no la han reglamentado. Ahora bien, en términos de calidad observamos que ha habido una gran desprolijidad política a la hora de crear leyes.

Primero, la ley nacional reconoce como ISN a la *máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley*. Los legisladores no han entendido que así se contrapone con la propia CN, que contiene más derechos que la ley. La ley no tiene en cuenta el ISN al momento que restringe u omite derechos. Esto muestra que las leyes responden a necesidades políticas de turno y no al ISN.⁵¹⁴

En segundo lugar, la desprolijidad resulta muy costosa, tanto en términos sociales como en términos económicos. Además de contribuir con el estado de vaguedad, se crea mayor caos legal. Necesariamente ello perjudica el estado de la niñez toda vez que repite o limita el mínimo propuesto por la CDN. También representa un enorme costo que es

⁵¹⁴ “Los obstáculos a una reforma legal sustantiva, no se originaban en una incompetencia insanable de los legisladores para producirla, ni debido a la falta de asistencia técnica. Los mejores especialistas de nuestro país y de países con experiencia en nueva legislación sobre infancia, compartieron generosa y rigurosamente, una y otra vez, en diferentes composiciones de la legislatura, sus conocimientos y propuestas. (...) Durante diez años, especialmente a partir de 1995, se instaló en el Congreso una especie de ficción de tratamiento en comisiones de la necesidad y modalidades posibles de reforma. [Recordemos la reforma constitucional de 1994] (...) Pero, ¿hay un cambio sustantivo en la trampa de intereses que sostenían al antiguo régimen durante tanto tiempo? Podemos afirmar que no, y esta afirmación merece una doble lectura. Por un lado, la debilidad que le otorga a la ley y al sistema que crea, la subsistencia del andamiaje institucional preexistente, y todos sus beneficiarios, que no son precisamente, los niños sujetos de la protección integral; por el otro lado, la previsible reacción de los intereses desplazados, que buscarán reacomodarse asimilando la reforma sólo en aquellos aspectos que no le sean esenciales. “ Musa , *supra* nota 93, en págs. 7, 10 y 11.

confusión legal se permee a la sociedad.

El Derecho es percibido como un criterio jurídico de conducta. Necesitamos un mejor derecho. El ISN exige leyes y debates de calidad.⁵¹⁵ Y en especial, incluir a la sociedad en tales discusiones.

La CDN necesita de la asistencia de fuentes nacionales para especificar derechos dadas las circunstancias domésticas especiales de vida. Por ello no puede reservarse el presente y futuro de los niños sólo a una disciplina o a un poder estatal. El ISN no es un asunto que debe ser tratado exclusivamente por jueces y legisladores. Este principio debe englobar a toda la sociedad. La Ley puede contribuir: se pueden dictar mejores leyes, puede haber jueces que cumplan mejor sus funciones. Pero también se necesita una transformación social. En todo caso, “La tarea para los operadores jurídicos presupone modificar conceptos arraigados de familia y de [niñez]”.⁵¹⁶

⁵¹⁵ Una de las asignaturas pendientes para con los niños es la necesidad de generar cambios teniendo en cuenta las edades. Hablamos de niños y adolescentes. Pero ello no es suficiente. Por ejemplo, “hay un período crítico de mil días [desde que nacemos] durante el cual somos particularmente sensibles a la interacción con el medio ambiente. Ese intercambio temprano puede dejar una impronta que modifique la expresión de los genes y ayude a promover nuestras potencialidades, o por el contrario inhiba nuestro desarrollo y aumente el riesgo de sufrir enfermedades”. Necesitamos que las leyes y las políticas públicas aborden estas necesidades diferenciadas. Así como se ha consagrado el principio de protección especial, las necesidades de un bebé recién nacido no son las mismas que las de un joven de diecisiete años. Este es uno de los tantos ejemplos de diferenciación existentes. Bär, Nora. “Mil Días Críticos: Van Hasta Los Dos Años Del Bebe Y Pueden Cambiarle La Vida.” *La Nación*. N.p., 22 July 2013. Web. 31 July 2013., <http://www.lanacion.com.ar/1603232-mil-dias-criticos-van-hasta-los-dos-anos-del-bebe-y-pueden-cambiarle-la-vida>

⁵¹⁶ Ello busca “que los menores puedan tener en el proceso una participación auténtica y significativa, como lo garantiza la Ley de Protección de Niñez, exigiendo de quienes aplican las leyes la interpretación armónica de todas las normas legales vigentes, tanto aquellas moldeadas en el antiguo paradigma como las surgidas a luz de los nuevos.” Fernández, *supra* nota 457, en pág.

Mary Beloff se ha pronunciado de manera similar al sostener que “Precisamente por tratarse de un tratado que tiene las características antes señaladas es necesario entender que éste fijó mínimos que en la mayoría de los casos es preciso construir, aún como tales, con la ayuda del resto de las normas que informan el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia. De ahí la obligación de los juristas de esmerarse en sus desarrollos argumentales para construir un derecho mejor para niños y niñas que realice concretamente sus derechos y no sólo los declare retóricamente con la consecuencia de producir en la realidad mayor descuido, violencia y aflicción.” Beloff, *supra* nota 99,

En concreto, podemos concluir que el problema no es la falta de definición ni su vaguedad. De hecho, a pesar de su ausencia en la CDN, la práctica jurídica ha ido generando un entendimiento integral del ISN. La sumatoria entre la doctrina y la jurisprudencia ha generado una definición, que se agrega al intento legislativo de tratar el tema. Ahora bien, esta definición parece reservarse sólo a pocos ámbitos. No ha habido una generalización que pueda causar un efecto derrame. El policía, la maestra y el doctor deben entender que los niños poseen un status *legal* que obliga a que se considere su bienestar de manera primordial, y que se lo considere como individuo, y no sólo como miembro de un grupo colectivo. No se trata simplemente de mejorar el estado de la niñez en Argentina en términos generales, sino que se trata de casos concretos. Esta particularización debe comenzar por las familias y por los adultos. Sin adultos que crean en la importancia y los derechos de los niños, ninguna frase, orden judicial o declaración legislativa va a alterar sus condiciones.⁵¹⁷

Los niños deben de gozar de los derechos que les permiten ser niños. Ellos deben vivir una infancia en la que puedan jugar, aprender, y crecer de la mejor manera posible.⁵¹⁸ Muchas veces, como sociedad, nos olvidamos de ello. Por un lado, no nos damos cuenta de la importancia de tal etapa de la vida. Ello es porque vemos el vaso medio vacío. Vemos al niño como potencial adulto, olvidándonos de que por serlo, no deja de ser niño. Así, como sociedad, damos un mensaje de inferioridad. El mismo no pertenece sólo a los adultos sino que también se le da a los menores. Estamos en un mundo en el que los niños quieren dejar de ser niños lo antes posible porque sienten que están aprisionados. Piensan que por ser niños son menos que los

en pág. 15.

⁵¹⁷ “Los derechos humanos en el ámbito internacional dependen del desarrollo de una comunidad que cree en ellos en lugar de una autoridad - judicial o legislativo - que cumplir.” Minow, *supra* nota 128.

⁵¹⁸ Por Ejemplo, “Sigmund Freud hizo un desarrollo teórico explicitando la función del juego para la evolución psíquica del niño. Es la forma en la que el niño procesa sus conflictos, los elabora, le hace a su muñeco lo que sus padres le hacen a él, lo reta, lo manda a dormir, etc.” Durán, *supra* nota en pág. 134.

adultos;⁵¹⁹ no les gusta ser ‘bebitos’, ‘pequeños’ o ‘dependientes’. La realidad es que lo son, y ello no los hace menos que los adultos; sí los diferencia.⁵²⁰ El hecho de necesitar de una protección diferenciada no es ni puede ser sinónimo de inferioridad moral.

“La altura de una sociedad se mide en el trato que da a los más necesitados (...)”⁵²¹. La altura de una sociedad se mide en el trato que los adultos les dan a los niños.



Universidad de
San Andrés

⁵¹⁹ Los niños son menores, no menos que los adultos.

⁵²⁰ Queremos agregar la escena de una película que refleja este comportamiento en los niños.

Greg, sale del colegio luego de haber terminado su primer día de escuela media.

-Oye Greg, ¿quieres ir a jugar a mi casa?- le pregunta su amigo Rowley. Enseguida, todas las miradas están sobre ellos dos.

-¿Qué es lo que te dijo?- le pregunta un niño un par de años más grande (...) -Oigan, aquel niño le dijo a este niño, <<¿quieres que vayamos a jugar a mi casa?>>-

-Sí, ¿quieren acompañarnos?- agrega Rowley rápidamente, y casi interrumpiendo. En seguida, los más grandes se ríen a carcajadas por la pregunta de Rowley.

(...) Avergonzado, Greg emprende el camino hacia su hogar con Rowley. En medio de la caminata Greg se dirige a su compañero:

-¿Jugar Rowley, jugar? Te he dicho un millón de veces que a nuestra edad se dice ‘juntarnos’.

-Oops- responde el amigo.

-En serio, si no vas a escucharme sólo dime. Porque si vuelves a hacer algo así, estaremos en el piso de la cafetería hasta graduarnos(...).

EL DIARIO DE UN CHICO EN APUROS (Color Force, Dayday Films, Dune Entertainment III 2010). ¿Por qué este niño cree que no es bueno ‘jugar’? ¿por qué los niños se burlan de los que sí quieren ser niños?.

⁵²¹ *Supra*, nota de pie 1.

BIBLIOGRAFÍA

- “‘Abstinence’ or ‘Comprehensive’ Sex Education?”, The Institute for Research and Evaluational, Salt Lake City, Utah June 8, 2007.
- Aguilar Carvallo, Gonzalo; “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 6 (1) Estudios Constitucionales, 223-247, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008.
- Alegre, Silvina, Hernández, Ximena y Mingo, Elena; “La familia como espacio de realización de los derechos del niño”, Cuaderno 2, 2013.
- Alston, Philip, "The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child", en The Rights of the Child, 1-15, Centro de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, 1992. (Boletín de Derechos Humanos Nro. 91/2).
- Alston, Phillip; “The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights”, 8 Int'l J.L. & Fam. 1-23, 1994.
- Appell, Annette Ruth; “The Pre-political Child of Child-Centered Jurisprudence”, 46 Houston Law Review, 703-758, 2009.
- Archard, David y Skivenes, Marit; “Balancing a Child’s Best Interests and a Child’s Views, 17 Int J.Child Rights, 1-21, 2009.
- Archard, David; “The moral and political status of children”, (Ed.) Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Argemí, Josep; “Adopción mono-parental”, 62-95, 8 An Pediatr, Barcelona, 2005.
- Ariés, Philippe; “El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen”, (Ed.) Taurus, Madrid, 1987. Citado en Pérez Scalzi, Alejandra; “De pequen@s y grandes ciudadan@s, un enfoque desde los derechos económicos, sociales y culturales”, en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, en pág. 69.
- Áries, Philippe; “La infancia”. En Revista de Educación, N° 281, pp. 5-17. 1986.
- Aristóteles, (Trad.) Alegre, A., Santolaria, A. J., & Lavado, F. M. (1985). “Política”, (Ed.) Orbis, Barcelona, 1985.
- Aristóteles., & Gómez, R. A; “Ética nicomaquea. Política”, (Ed.) Porrúa, México, 1996.
- Aristotle., Bartlett, R. C., & Collins, S. D; “Aristotle's Nicomachean ethics”, (Ed.) University of Chicago Press, Chicago, 2011.

- Aristotle., Everson, S., Geuss, R., Skinner, Q., & Tuck, R.; “Aristotle: the politics and the constitution of Athens”, (Ed.) Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Baratta, Alessando; “Infancia y democracia”, en Infancia, ley y democracia en América Latina”, (Ed.) Temis-De Palma, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998, citado por Gil Domínguez. A., Famá, M. V., & Herrera, M; “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes: Derecho constitucional de familia ; comentada - anotada - concordada”, (Ed.) Ediar, Buenos Aires, 2007, en pág 20.
- Belluscio, Augusto; “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, (Ed.) La Ley, 2006.
- Beloff, Mary; “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina”, en UNICEF, 10 Justicia y Derechos del Niño, 11-44, Santa Fe de Bogotá, 2008.
- Beloff, Mary... [et.al.]; “Convención sobre los derechos del niño. Comentada y anotada.”, (Ed.) La Ley, Buenos Aires, 2012.
- Biocca, Stella María, “Interés Superior del Niño”, Derecho de Familia. 30 Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, Citado por Gil Domínguez. A., Famá, M. V., & Herrera, M; “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes: Derecho constitucional de familia ; comentada - anotada - concordada”, (Ed.) Ediar, Buenos Aires, 2007 en pág. 89.
- Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, 42-66, en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, en pág. 43.
- Campbell, Thomas; “The Rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult” (Review), 6 IJLF, 1-23.
- Carranza, J. L. (2006). Temas del derecho prevencional de menores III, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2006, citado en Orlando, Gabriela; “Normativa de la familia y la minoridad”, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2006, en págs. 87 y 89.
- CEPAL; “Panorama Social de América Latina”, Santiago: Naciones Unidas, pp. 95-96. en Pilotti, Francisco; “Globalización y Convención sobre os Derechos, del Niño: el contexto del texto”, 1998.
- Chambers, David; “Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce”, 83 MichiganLaw Review, 477-491, 1984.

- Cillero Bruñol, Miguel; “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en UNICEF, 9 Justicia y Derechos del Niño, 125-142, Santiago de Chile, 2007.
- Comisario de Derechos Humanos. “Adoption and children: a human rights perspective”, Strasbourg, 28 April 2011.
- Comunicado de prensa N167: IARC Monographs programme finds combined estrogen-progestogen contraceptives and menopausal therapy are carcinogenic to humans. International Agency for Research on Cancer, WHO, 2005.
- Córdoba, Marcos (Director) - Vanella, Vilma R (Coord.), Derecho de familia. Parte General, La Ley, Bs. As., 2002, ps 1 y ss. citado en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, en pág. 27.
- Crescente, Silvia M.; “III. De La Vigencia Normativa a La Vigencia Social De La Ley 26.061”, en Protección Integral De Derechos De Niñas, Niños Y Adolescentes: Análisis De La Ley 26.061. (Comp) García Méndez, Emilio, 29-42, (Ed.) Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Detrick, Sharon; “A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child”, (Ed.) Nijhoff Pub, La Haya, 1999.
- Durán, Valeria; “Los Derechos del niño: una Mirada psicológica”, 129-141. En Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
- Dworkin, Ronald M. “Los derechos en serio”, tr. de Marta Guastavino, (Ed.) Ariel, Barcelona, 2002.
- Eekelaar, John; “The Interests of the Child and the child’s wishes: the role of self-determinism”, 8(1) Int J Law Policy Family, 42-61, 1994.
- Elster, Jon; “Solomonic Judgements, Studies in the Limitations of Rationality”, (Ed.) Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Enesco, Ileana; “El concepto de infancia a lo largo de la historia”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006.
- Estadísticas vitales 2010. DEIS (Dirección de Estadísticas e Información de Salud), Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación. 3. Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de SIDA y ETS, 2012. Citado en “Promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes”, Informe Anual de actividades Argentina 2012, UNICEF ARGENTINA, 2012.
- Falndrin, Jean L.; “Orígenes de la familia moderna”, Crítica, Barcelona, España, 1979, en Grosman, Cecilia y Mesterman, Silvia; “Maltrato al menor. El

lado oculto de la escena familiar”, 2a ed. Act y amp, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 91, en Kalayan, Ana Belén; “El Derecho de los niños a ser ‘corregidos’. Límites, 195-212 citado en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, en pág. 197.

- Feldman, Gustavo, “Los derechos del niño”, (Ed.) Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- Fernández, Susana Luisa; “Importancia y justificación del rol del Abogado del Niño” Publicado en: DFyP, 2011.
- Fineman, Martha; “Taking Children’s interests seriously. Emory University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Research Paper No. 09-75.
- Freeman, Michael; “The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?”, 11 (3) Int J Law Policy Family 360-388, 1997.
- Freeman, Michael; “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously” 15 (5) International Journal of Children’s Rights, 2007.
- Freud, A., Goldstein, S., Solnit, A. J., & Goldstein, J; “The best interests of the child: The least detrimental alternative” (Ed.) The Free Press, Nueva York, 1996.
- Freud, Anna; “Child Observation and Prediction of Development – A Memorial Lecture in Honor of Ernst Kris, in 13 The Psychoanalytic custody of the child 92, 97-98 (1958) citado en Mnookin, Robert; “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, 39 Law and Contemporary Problems 226-293, 1975, en pág. 259.
- Fuller, Lon; “Collective Bargaining and the Arbitrator”, Wis. L. REV.3, 19, 1963
- García Méndez, Emilio; “Infancia de los derechos y de la justicia”, (Ed.) Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Gil Domínguez. A., Famá, M. V., & Herrera, M; “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes: Derecho constitucional de familia ; comentada - anotada - concordada”, (Ed.) Ediar, Buenos Aires, 2007.
- González del Solar, José Horacio; “Derecho de la minoridad. Adenda a la ley 26.061”, (Ed.) Mediterránea, Córdoba, 2006.
- Gordillo, Agustín, Derechos Humanos, 4ta edición, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, p. II-27, citado Gil Domínguez. A., Famá, M. V., & Herrera, M; “Ley de protección integral de niñas, niños y

- adolescentes: Derecho constitucional de familia ; comentada - anotada - concordada”, (Ed.) Ediar, Buenos Aires, 2007, en pág. 64.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo, “La representación procesal de los menores”, 4 - LA LEY2009-B, 709.
 - Griffin, James; “On human rights”, (Ed.) Oxford University Press, Oxford, 2008.
 - Guggenheim, Martin; “Ratify the U.N. Convention on the Rights of the Child, but don't expect any miracles”=20 Emory Int'l L. Rev. 43, 2007.
 - Hammarberg, Thomas. Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa; discurso “The Principle of the Best Interests of the Child - What it means and what it demands from adults”, Varsovia, 2008.
 - Hart, H. L. A., & Carrió, G. R. (trad); “El concepto de derecho”, (Ed.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
 - Ibarlucía, Emilio A.; “El ‘interés superior del niño’ en la Corte Suprema”, LA LEY2007-E, 452.
 - Jáuregui, Rodolfo G.; “La CSJN y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño”, DFyP 2012 (noviembre).
 - Jemmott, J.B., Jemmott, L.S, Fong, G.T; “Efficacy of a Theory-Based Abstinence-Only Intervention Over 24 Months: A Randomized Controlled Trial With Young Adolescents.” 164 (2) Arch Pediatr Adolesc Med., 152-159, 2010.
 - Jofré, Graciela Dora; “Los niños y la justicia”, Revista Derecho de Familia y Personas (Ed.) La Ley, abril de 2012.
 - Kamada, Luis E.; “La superioridad del interés del niño o el paradigma más importante de la convención”, LLNOA 2005 (diciembre), 1371.
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída (coordinadores), Rubinzal-Culsoni; “Conclusiones publicadas en El Derecho de familia y los nuevos paradigmas, Buenos Aires, 1998, t.III, pág. 297.
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa; “Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, 20 Sup. Const, 2011 (LA LEY2011-F, 225).
 - L. Fuller, Interaction Between Law and Its Social Context 9 (item 3 of unbound class material for Sociology of Law, Summer 1971, University of California, Berkeley) Citado por Mnookin, Robert; “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, 39 Law and Contemporary Problems 226-293, 1975, en pág. 251.
 - Llambías, Jorge J; “Tratado De Derecho Civil”, (Ed.) Perrot, Buenos Aires, 1973.

- Lloveras, Nora y Oviedo, María Natalia; “El interés superior del niño, niña y adolescente: Una vez más como núcleo central de una decisión jurisdiccional”, 10 - LA LEY2011-B, 390.
- Lloveras, Nora; “Los Derechos Humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual”, 16-40, en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
- Locke, J., & Mellizo, C. “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil”, (Ed.) Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- Mairal, Héctor. Clase de Derecho Administrativo del 21 de marzo de 2011. Universidad de San Andrés.
- Méndez, Susana; “Niñez y adolescencia” en UNICEF, Democratización de la Familia, 70-89, 2005.
- Minow, Martha; “What Ever Happened to Children's Rights?”, 80 Minn. L. Rev. 267, 1995.
- Mizrahi, Mauricio Luis; “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño.”, 1 - LA LEY2011-E, 1194.
- Mizrahi, Mauricio Luis; “Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte”, 1 - LA LEY2011-E, 907.
- Mizrahi, Mauricio Luis; “V. La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en (Comp) García Méndez, Emilio, 29-42, (Ed.) Del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs.71- 92.
- Mnookin, Robert; “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, 39 Law and Contemporary Problems 226-293, 1975.
- Montero V, Adela: “Educación sexual: un pilar fundamental en la sexualidad de la adolescencia”, 139 (10) Rev. méd. Chile, 1249-1259, 2011.
- Musa, Laura Cristina; “I. La dimensión política de la ley 26.061”, 1-14, (Comp) García Méndez, Emilio, 29-42, (Ed.) Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Nair, Belén Castillo; “Del modelo fisiológico al modelo social de la pobreza · Un repaso de la evolución del pensamiento y debate en torno a la pobreza” en Publicación trimestral de la Asociación Civil Observatorio Social Número 37: Nuevos modelos de medición de la pobreza, 2013.
- Nino, Carlos S; “Introducción Al Análisis Del Derecho”, (Ed.) Astrea, Buenos Aires, 1980.

- Nouwen, H. J. M., & Ortega, E.; “Tres etapas en la vida espiritual: Un proceso de búsqueda”, (Ed.) PPC, Madrid, 1997.
- O’Donell, Daniel, “Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1ra edición, Bogotá, 2004, pág. 798-799.
- Orlando, Gabriela; “Normativa de la familia y la minoridad”, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2006.
- "OCW UNED." TEMA 11.- DERECHO SUBJETIVO Y DEBER JURÍDICO-. N.p., n.d. Web. 31 July 2013.
- Parker, Stephen; “The Best Interests of the Child - Principles and problems. 8(1) Int J Law Policy Family, 26-41, 1994.
- Pérez Scalzi, Alejandra; “De pequen@as y grandes ciudadan@s, un enfoque desde los derechos económicos, sociales y culturales”, en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
- Pérez, Jaime Jesús; “El niño como sujeto social de derechos: una visión del niño para leer la Convención” citado por Solari, Néstor E.; “La Niñez Y Sus Nuevos Paradigmas”, (Ed.) La Ley, Buenos Aires, en pág 8.
- Pilotti, Francisco; “Globalización y Convención sobre los Derechos, del Niño: el contexto del texto”, 1998.
- Pizzo, María Elisa; “El niño como objeto de estudio de distintos modelos teóricos. Una introducción al trabajo en Psicología Evolutiva: Niñez.” Documento interno de la Cátedra Psicología Evolutiva- Niñez- Facultad de Psicología- UBA.
- Quintana, Teresa Regina; “El trabajo del abogado del niño a la luz de la normativa vigente”, 1 Sup. Act. 17/03/2011.
- Rector, Robert y Johnson, Kirk A.; “Teenage Sexual Abstinence and Academic Achievement”, Paper Presented at The Ninth Annual Abstinence Clearinghouse Conference, 2005.
- Regan, Tom; “The Animal Rights Debate” Rowman & Littlefield, NY, London 2001 Tom Regan Carl cohen. Cap 3.
- Rehfeld, Anrew; “The Child as Democratic Citizen”. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. 633, 141-166, pág. 142, 2011.
- Rivera, Julio César; “Instituciones de derecho civil: parte general”, (Ed.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

- Rivero Hernández, Francisco, El interés del menor, Dykinson, Madrid, 2000, citado en Gil Domínguez. A., Famá, M. V., & Herrera, M; “Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes: Derecho constitucional de familia ; comentada - anotada - concordada”, (Ed.) Ediar, Buenos Aires, 2007, en pág. 83.
- Roca Trias, Encarna; “Derechos humanos y derecho de familia” en X Congreso Internacional de Derecho de Familia, “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, Citado en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, en pág. 22.
- Rodríguez de Taborda, María Cristina; “La Convención de los Derechos del Niño en la jurisprudencia de la Corte”, 1 Sup. Act. 27/09/2012.
- Rousseau, Jean-Jacques; “Discurso sobre el origen de la desigualdad”, (Ed.) Leviatán, Buenos Aires, 2004.
- Salomón, Marcelo; “La CDN y el derecho reglamentario argentino: en búsqueda de la eficiente protección de la niñez”, 89-108, en Lloveras, Nora, & Bonzano, María de los Ángeles; “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, (Ed.) Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
- Santi, Mariana; “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, (Ed.) LA LEY, 13/05/2013.
- Savater, Fernando; “Los diez mandamientos en el siglo XXI”, (Ed.) Sudamericana, 3ª edic., Buenos Aires, 2004.
- Schneider, Carl E.; “Discretion, Rules and Law: Child-Custody Decisions and the Best Interest Standard” in K. Hawkins (ed), The Uses of Discretion(1993). Citado por Mnookin, Robert; “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, 39 Law and Contemporary Problems 226-293, 1975, en nota al pie 44.
- Solari, Néstor E., “Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema”, 8 DFyP 2, 2010
- Solari, Néstor E.; “La Niñez Y Sus Nuevos Paradigmas”, (Ed.) La Ley, Buenos Aires.
- Solari, Néstor E.; “Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño”, 27 DFyP. 4, 2010.
- Solari, Néstor; “Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional”, 1 LA LEY 2006-C, 1179.
- Stacia Tauscher citada por Lecce, Steven; “Should democracy grow up? Children

- and voting rights”, 9(4) Intergenerational Justice Steven Review, 133-39, 2009.
- Strauss, P. L., & Strauss, J. B.; “[Review of] Beyond the Best Interests of the Child. Columbia Law Review”, 74, 5, 996-1015, 1974.
 - Taub, Nadine; “Assessing the Impact of Goldstein, Freud and Solnit's Proposals: An Introductory Overview”, 12 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 485, 1983-84.
 - Tavip, Gabriel Eugenio; “¿De qué hablamos cuando hablamos de ‘Interés Superior del Niño?’” en Lloveras, N., & Bonzano, M. A. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2010.
 - Vanier, Jean; “Cada Persona Es Una Historia Sagrada”, (Ed.) Agape Libros, Buenos Aires, 2011.
 - Weinberg, I. M; “Convención sobre los derechos del niño”, (Ed.) Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002. en citado en Carranza, J. L; “Desamparo familiar y adoptabilidad”, (Ed.) Alveroni, Córdoba, 2010.
 - Yuba, Gabriela; “El interés superior del niño”, LLBA2012 (marzo), 147.
 - Zaffaroni, Raúl; “Infancia y poder punitivo”, en Faur, Eleonor y Lamas, Alicia (comps.), Derechos universales, realidades particulares, UNICEF, Buenos Aires, 2003.
 - Zannoni, Eduardo; “Doctrina - Derecho Subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil” en- N.p., n.d. Web.
 - Zannoni, Eduardo A.; “El patronato del Estado y la reciente ley 26.061”, (Ed.) La Ley, 2005-F, 923.
 - Zermatten, Jean; “El Interés Superior Del Niño: Del Análisis Literal Al Alcance Filosófico”, Sion: Institut international des droits de l'enfant, 2003.
 - Zermatten, Jean; “The best interest of the child principle: Literal analysis and function”, 18 Int J.Child Rights, 483-499, 2010.

Instrumentos Internacionales

- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores,

- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños.
- Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos del Niño.
- Declaración y Programa de Acción de Viena.
- Directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados.
- Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- Reglas de las ONU para la protección de los Menores Privados de Libertad.
- Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de la Justicia de Menores.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- CSJN. Secretaría de Jurisprudencia: Interés superior del niño. - 1a ed. - Bs. As., 2013. □
- CSJN, "E. de V. D., M. del C. c. V. D., J. L"., 13/5/1988.
- CSJN, "F.A.L s/ medida autosatisfactiva", 13/03/2012.
- CSJN, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, S.A. s/ Daños y Perjuicios", 11/12/84.
- CSJN, "A., F. s/ protección de personas", 13/03/2007.
- CSJN, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537", 02/12/2008.
- CSJN, "Giroldi, Horacio s/recurso de casación", 07/04/95.
- CSJN, "M. D. H. c. M. B. M. F." 29/04/2008.
- CSJN, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174", 07/12/2005.

- CSJN, “N.N. O U., V. S/ Protección y guarda de personas”, 12/06/2012.
- CSJN, “P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia”, 10/08/2010.
- CSJN, “S., C. s/ adopción”, 02/08/2005.
- CSJN, “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, 03/04/2012.
- CSJN, “V., D. L s/ restitución de menores - ejecución de sentencia”, 16/08/2011.
- CSJN, “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela”, 14/06/1995.
- CSJN, “B., S. M. C/ P., V. A. S/ restitución de hijo”, 19/05/2010.
- CSJN, “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M., 26/06/2012.

Otros Tribunales o Juzgados

- Juzgado de Garantías N° 8 Departamento Judicial de Lomas de Zamora, “F. A. D. Prisión preventiva morigeración de oficio”, 13/07/10.
- Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, “Asesoría de Familia e Incapaces no 2 s/estado de preadptibilidad (C.L., C. E.)”, 8/07/11.
- Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, “Liga de Amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. GCBA s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” del 14/10/03.
- Antecedentes Parlamentarios, 2006-1, La Ley, Buenos Aires.

Legislaciones⁵²²

- Decreto N° 1282 del 2003 (Dto. 1283/03)
- Decreto N° 415/06 (Dto. 415/06)
- Ley N° 23.849 (B.O. 26.993, 22-10-90)
- Ley N° 23.857 (B.O. 27.000, 31-10-90)
- Ley N° 25.673 (B.O. 30.032, 22-11-02)
- Ley N° 26.061 (B.O. 30.767, 26-10-05)
- Ley N° 26.150 (B.O. 31.017, 24-10-06)
- Ley N° 26.529 (B.O. 31.783, 21-10-09)

⁵²² No se mencionan las provinciales. Remitimos al anexo 9.

- Ley N° 26.579 (B.O. 31.806, 22-12-09)
- Ley N° 26.602 (B.O. 31.926, 17-06-10)
- Ley N° 26.618 (B.O. 31.949, 22-07-10)
- Ley N° 26.774 (B.O. 32.514, 2-11-12)
- Ley N° 10.903 (B.O. 7711, 27-10-19)

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

- CtDH. Observación General No. 17, Comentarios generales adoptados por el CtDH, Artículo 24 - Derechos del niño, 1989. (HRI/GEN/1/Rev.7 at 165).
- CtDH. Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el CtDH, Artículo 23 - La familia, 1990. (HRI/GEN/1/Rev.7 at 171).

Comité de los Derechos del Niño

- CtDN. Observación General No. 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores. (CRC/C/GC/10).
- CtDN. Observación General No. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). (CRC/GC/2003/5).
- CtDN. Observación General No. 7 (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia. (CRC/C/GC/7/Rev.1).
- CtDN. Observación General Nro. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. (CRC/C/GC/12).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CtIDH, Opinión Consultiva Nro17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A No17, del 28 de agosto de 2002.
- CtIDH. Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. (Serie C No 112)
- CtIDH. Caso C. N. y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. (Serie C No. 212)
- CtIDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. (Serie C No 130)

- CtIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. (Serie C No 110)
- CtIDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de mayo de 2013. (Series C No. 260)

Tribunales Europeos

- House of Lords. Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 1986.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso The Sunday Times c. Reino Unido. Sentencia 26 de abril de 1979.

Notas periodísticas

- Bär, Nora. "Mil Días Críticos: Van Hasta Los Dos Años Del Bebe Y Pueden Cambiarle La Vida." *La Nación*. N.p., 22 July 2013. Web. 31 July 2013.
- "Argentina.- Profesor De Deporte Usaba Facebook Para Que Menores Le Enviaran Fotos Desnudos." *ElEconomistaAmérica*. N.p., 5 July 2013. Web. 31 July 2013.
- <http://www.eleconomistaamerica.com.ar/sociedad-eAm/noticias/4970331/07/13/Argentina-Profesor-de-deporte-usaba-Facebook-para-que-menores-le-enviaran-fotos-desnudos.html>
- "Abuso: Detenidos Por Organizar Orgía Con Menores En Facebook." *Terra*. N.p., 25 Apr. 2013. Web. 31 July 2013.
- <http://noticias.terra.com.ar/sociedad/abuso-detenidos-por-organizar-orgia-con-menores-en-facebook,40fce1a3f214e310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>
- "Facebook: 7 De Cada 10 Menores Son Molestados Por Pedófilos En Argentina." *Diario Junin - Edición Digital*. N.p., 1 July 2013. Web. 31 July 2013. http://www.diariojunin.com/noticias/30739_facebook-7-de-cada-10-menores-son-molestados-por-pedofilos-en-argentina.html
- "Evaluating What Matters." *The Washington Times*. N.p., 7 Nov. 2009. Web. 31 July 2013.

Películas y videos

- EL DIARIO DE UN CHICO EN APUROS (Color Force, Dayday Films, Dune Entertainment III 2010).
- *Why Condoms Aren't the Answer*. Perf. Chris Stefanick. *YouTube*. YouTube, 14 Sept. 2012. Web. 3 Feb. 2013. <http://www.youtube.com/watch?v=YYtH3x2GiG8>.

Artículos online

- Concepciones Acerca Del Niño En La Antigüedad Y Edad Media." *El Niño*. N.p., 5 Oct. 2011. Web. 31 July 2013. Disponible en, <http://elinfante-visioneshistoricas>.
- blogspot.com.ar/2011/10/concepciones-del-nino-traves-del-tiempo.html
- "Infant." *Online Etymology Dictionary*. N.p., n.d. Web. 11 Jan. 2013. Disponible en
- http://www.etymonline.com/index.php?term=infant&allowed_in_frame=0
- "Recommendations From the Uganda Model: Simple Homegrown African Approach Works Better Than the International Medical Technical Approach." *FMA - Family and Media Association - An Educational Resource for Families and the Community*. N.p., 20 Dec. 2010. Web. 21 Jan. 2013. <http://www.fma.ie/aids.htm>

Universidad de
San Andrés

ANEXOS

ANEXO 1: Declaración De Ginebra

Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1924.

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huerfano y 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 inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

San Andrés

ANEXO 2: Declaración Universal De Los Derechos Del Niño

Los principios relativos al ISN son:

Principio II

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

Principio VII

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados a los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de ese derecho.

Universidad de
San Andrés

ANEXO 3: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Los artículos relativos al ISN son:

Artículo 5.-

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el **interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.**

Artículo 16.-

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

El mismo derecho para contraer matrimonio;

El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, **los intereses de los hijos serán la consideración primordial;**

Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos

existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.



Universidad de
San Andrés

ANEXO 4: Convención sobre los Derechos del Niño

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

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 han 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 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,

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 artículos 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:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

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.

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.

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.

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.

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.

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 9

1. Los Estados Partes 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. 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 éstos 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.

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 1 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.

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.

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.

Artículo 13

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.

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.

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.

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.

Artículo 17

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

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.

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 horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

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.

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.

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.

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 dimanadas 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.

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 llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

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 este 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 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;

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.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención.^{1/} Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto

para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la

aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los

comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de

Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del

Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989,

Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, en conformidad con su artículo 49.



Universidad de
San Andrés

ANEXO 5: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley 26.061

Sancionada: Septiembre 28 de 2005

Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005

*El Senado y Cámara de Diputados
de la Nación Argentina reunidos en Congreso,
etc. sancionan con fuerza de
Ley:*

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

OBJETO. Esta ley tiene por objeto 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 apermanentemente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Artículo 2

APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se

manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Artículo 3

INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

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.

Artículo 4

POLITICAS PUBLICAS. Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a las siguientes pautas:

- a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de

las niñas, niños y adolescentes;

b) Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia;

c) Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;

d) Promoción de redes intersectoriales locales;

e) Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 5° – RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

- 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
- 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
- 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;
- 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las

garantice;

5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.

Artículo 6° – PARTICIPACION COMUNITARIA. La Comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 7° – RESPONSABILIDAD FAMILIAR. 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.

TITULO II

PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTIAS

Artículo 8° – DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

Artículo 9° – DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que

atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 10. – DERECHO A LA VIDA PRIVADA E INTIMIDAD FAMILIAR. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.

Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

Artículo 11. – DERECHO A LA IDENTIDAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a 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 éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Artículo 12. – GARANTIA ESTATAL DE IDENTIFICACION. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DEL ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre, conforme al procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.

Ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tenida especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley.

Debe facilitar la adopción de medidas específicas para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente.

Artículo 13. – DERECHO A LA DOCUMENTACION. Las niñas, niños, adolescentes y madres indocumentadas, tienen derecho a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad, de conformidad con la normativa vigente y en los términos que establece el procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.

Artículo 14. – 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.

Artículo 15. – DERECHO A LA EDUCACION. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.

Tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia. En el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento.

Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente.

Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica.

Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna.

Artículo 16. – GRATUIDAD DE LA EDUCACION. La educación pública será gratuita en todos los servicios estatales, niveles y regímenes especiales, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

Artículo 17. – PROHIBICION DE DISCRIMINAR POR ESTADO DE EMBARAZO, MATERNIDAD Y PATERNIDAD. Prohíbese a las instituciones educativas públicas y privadas imponer por causa de embarazo, maternidad o paternidad, medidas correctivas o sanciones disciplinarias a las niñas, niños y adolescentes.

Los Organismos del Estado deben desarrollar un sistema conducente a permitir la continuidad y la finalización de los estudios de las niñas, niños y adolescentes.

La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario,

facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella.

Artículo 18. – MEDIDAS DE PROTECCION DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD. Las medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo.

Artículo 19. – DERECHO A LA LIBERTAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen 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 los mismos;

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 de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente.

Artículo 20. – DERECHO AL DEPORTE Y JUEGO RECREATIVO. Los Organismos del Estado con la activa participación de la sociedad, deben establecer programas que garanticen el derecho de todas las niñas, niños y adolescentes a la recreación, esparcimiento, juegos recreativos y deportes, debiendo asegurar programas específicos para aquellos con capacidades especiales.

Artículo 21. – DERECHO AL MEDIO AMBIENTE. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como a la preservación y disfrute del paisaje.

Artículo 22. – DERECHO A LA DIGNIDAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen.

Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

Artículo 23. – DERECHO DE LIBRE ASOCIACION. 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.

Artículo 24. – DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

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.

Artículo 26. – 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.

Artículo 27. – GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) 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;

- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Artículo 28. – PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION. Las disposiciones de esta 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, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

Artículo 29. – PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Artículo 30. – DEBER DE COMUNICAR. Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión.

Artículo 31. – DEBER DEL FUNCIONARIO DE RECEPCIONAR DENUNCIAS. El agente público que sea requerido para recibir una denuncia de vulneración de derechos de los sujetos protegidos por esta ley, ya sea por la misma niña, niño o adolescente, o por cualquier otra persona, se encuentra obligado a recibir y tramitar tal denuncia en forma gratuita, a fin de garantizar el respeto, la prevención y la reparación del daño sufrido, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la figura de grave incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público.

TITULO III

SISTEMA DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 32. – CONFORMACION. El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios.

Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios:

- a) Políticas, planes y programas de protección de derechos;
- b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos;
- c) Recursos económicos;
- d) Procedimientos;
- e) Medidas de protección de derechos;
- f) Medidas de protección excepcional de derechos.

Artículo 33. – MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

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.

Artículo 34. – FINALIDAD. Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Artículo 35. – APLICACION. Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

Artículo 36. – PROHIBICION. En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19.

Artículo 37. – MEDIDAS DE PROTECCION. Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la embarazada;
- d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;

f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;

g) Asistencia económica.

La presente enunciación no es taxativa.

Artículo 38. – EXTINCIÓN. Las medidas de protección pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento por acto de la autoridad competente que las haya dispuesto y cuando las circunstancias que las causaron varíen o cesen.

Artículo 39. – MEDIDAS EXCEPCIONALES. Son aquellas que 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.

Artículo 40. – PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33.

Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación.

La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes.

Artículo 41. – APLICACION. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;

b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;

c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;

d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;

e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;

f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.

TITULO IV

ORGANOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCION DE DERECHOS

Artículo 42. – SISTEMA DE PROTECCION INTEGRAL. NIVELES. El sistema de protección integral se conforma por los siguientes niveles:

a) NACIONAL: Es el organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional;

b) FEDERAL: Es el órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y efectivización de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la República Argentina;

c) PROVINCIAL: Es el órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez, cuya forma y jerarquía, determinará cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respetando las respectivas autonomías así como las instituciones preexistentes.

Las provincias podrán celebrar convenios dentro del marco jurídico vigente para municipios y comunas en las jurisdicciones provinciales, como asimismo implementar un organismo de seguimiento de programas de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en coordinación articulada con las organizaciones no gubernamentales de niñez, adolescencia y familia.

CAPITULO I

SECRETARIA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

Artículo 43. – SECRETARIA NACIONAL. Créase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia, la que funcionará con representación interministerial y de las organizaciones de la sociedad civil.

La misma será presidida por un Secretario de Estado designado por el Poder Ejecutivo nacional.

Artículo 44. – FUNCIONES. Son funciones de la Secretaría:

a) Garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales;

b) Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en esta ley;

c) Ejercer la representación necesaria ante todos los organismos oficiales de asesoramiento y contralor en materia de medios de comunicación;

d) Ejercer la representación del Estado nacional en las áreas de su competencia;

e) Participar en forma conjunta con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia

y Familia en la celebración y ejecución de los instrumentos de carácter internacional que la Nación suscriba o a los cuales adhiera, cuando éstos afecten o se refieran a la materia de su competencia;

f) Realizar los informes previstos en el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y ejercer la representación del Estado nacional en su presentación, constituyéndose en depositario de las recomendaciones que se efectúen;

g) Promover el desarrollo de investigaciones en materia de niñez, adolescencia y familia;

h) Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas de asistencia y protección de derechos de los sujetos de esta ley;

i) Apoyar a las organizaciones no gubernamentales en la definición de sus objetivos institucionales hacia la promoción del ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la prevención de su institucionalización;

j) Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;

k) Coordinar acciones consensuadas con los Poderes del Estado, organismos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, fomentando la participación activa de las niñas, niños y adolescentes;

l) Propiciar acciones de asistencia técnica y capacitación a organismos provinciales y municipales y agentes comunitarios participantes en servicios de atención directa o en el desarrollo de los procesos de transformación institucional;

m) Gestionar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, la obtención de recursos financieros nacionales e internacionales para la efectivización de las políticas públicas de niñez, adolescencia y familia;

n) Efectivizar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia la transferencia de los fondos a los Estados Provinciales para la financiación de dichas políticas;

o) Organizar un sistema de información único y descentralizado que incluya indicadores para el monitoreo, evaluación y control de las políticas y programas de niñez, adolescencia y familia;

p) Fortalecer el reconocimiento en la sociedad de niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos;

q) Impulsar mecanismos descentralizados para la ejecución de programas y

proyectos que garanticen el ejercicio de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;

r) Asignar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia los recursos públicos para la formulación y ejecución de las políticas previstas en el Plan Nacional de Acción;

s) Establecer en coordinación con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

CAPITULO II

CONSEJO FEDERAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

Artículo 45. – Créase el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, el que estará integrado por quien ejerza la titularidad de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, quien lo presidirá y por los representantes de los Organos de Protección de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia existentes o a crearse en cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia dictará su propio Reglamento de funcionamiento, el cual deberá ser aprobado en la primera reunión.

Artículo 46. – FUNCIONES. El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia tendrá funciones deliberativas, consultivas, de formulación de propuestas y de políticas de concertación, cuyo alcance y contenido se fijará en el acta constitutiva.

Tendrá las siguientes funciones:

a) Concertar y efectivizar políticas de protección integral de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;

b) Participar en la elaboración en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en la presente ley;

c) Proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del

Niño;

d) Fomentar espacios de participación activa de los organismos de la sociedad civil de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reconocidas por su especialidad e idoneidad en la materia, favoreciendo su conformación en redes comunitarias;

e) Promover la supervisión y control de las instituciones privadas de asistencia y protección de derechos;

f) Gestionar en forma conjunta y coordinada con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia la obtención de recursos financieros nacionales e internacionales para la efectivización de las políticas públicas de niñez, adolescencia y familia;

g) Efectivizar juntamente con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia la transferencia de los fondos a los Estados Provinciales para la financiación de dichas políticas;

h) Gestionar la distribución de los fondos presupuestariamente asignados para la formulación y ejecución de las políticas previstas en el Plan Nacional de Acción;

i) Promover en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección integral de los derechos de las niñas; niños y adolescentes.

CAPITULO III

DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 47. – CREACION. Créase la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales.

Artículo 48. – CONTROL. La defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ante las instituciones públicas y privadas y la supervisión y auditoría de la aplicación del sistema de protección integral se realizará en dos niveles:

a) Nacional: a través del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;

b) Provincial: respetando la autonomía de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como las instituciones preexistentes.

Las legislaturas podrán designar defensores en cada una de las jurisdicciones, cuya financiación y funciones serán determinadas por los respectivos cuerpos legislativos.

Artículo 49. – DESIGNACION. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes será propuesto, designado y removido por el Congreso Nacional, quien designará una comisión bicameral que estará integrada por diez miembros, cinco de cada Cámara respetando la proporción en la representación política, quienes tendrán a su cargo la evaluación de la designación que se llevará a cabo mediante un concurso público de antecedentes y oposición. Las decisiones de esta Comisión se adoptarán por el voto de las dos terceras partes de sus miembros.

El Defensor deberá ser designado dentro de los NOVENTA (90) días de sancionada esta ley y asumirá sus funciones ante el Honorable Senado de la Nación, prestando juramento de desempeñar fielmente su cargo.

Artículo 50. – REQUISITOS PARA SU ELECCION. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser Argentino;
- b) Haber cumplido TREINTA (30) años de edad;
- c) Acreditar idoneidad y especialización en la defensa y protección activa de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y familia.

Artículo 51. – DURACION EN EL CARGO. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes durará en sus funciones CINCO (5) años, pudiendo ser reelegido por una sola vez.

Artículo 52. – INCOMPATIBILIDAD. El cargo de Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública, comercial o profesional a excepción de la docencia, estándole vedada, asimismo, la actividad política partidaria.

Dentro de los DIEZ (10) días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión del cargo, el Defensor debe cesar en toda situación de incompatibilidad que pudiere afectarlo, bajo apercibimiento de remoción del cargo.

Son de aplicación al Defensor, en lo pertinente, las normas en materia de recusación y excusación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 53. – DE LA REMUNERACION. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes percibirá la remuneración que establezca el Congreso de la Nación, por resolución de los presidentes de ambas Cámaras.

Artículo 54. – PRESUPUESTO. El Poder Ejecutivo nacional destinará una partida presupuestaria para solventar los gastos del funcionamiento administrativo del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Artículo 55. – FUNCIONES.

Son sus funciones:

a) Promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes;

b) Interponer acciones para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal;

c) Velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. Para ello puede tomar las declaraciones del reclamante, entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los servicios públicos y privados de atención de las niñas, niños y adolescentes, determinando un plazo razonable para su perfecta adecuación;

d) Incoar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera;

e) Supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las niñas, niños o adolescentes, sea albergándolos en forma transitoria o permanente, sea desarrollando programas de atención a los mismos, debiendo denunciar ante las autoridades competentes cualquier irregularidad que amenace o vulnere los derechos de todas las niñas, los niños o los adolescentes;

f) Requerir para el desempeño de sus funciones el auxilio de la fuerza pública,

de los servicios médicos-asistenciales y educativos, sean públicos o privados;

g) Proporcionar asesoramiento de cualquier índole a las niñas, niños y adolescentes y a sus familias, a través de una organización adecuada;

h) Asesorar a las niñas, niños, adolescentes y a sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática;

i) Intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación;

j) Recibir todo tipo de reclamo formulado por los niños, niñas o adolescentes o cualquier denuncia que se efectúe con relación a las niñas, niños y adolescentes, ya sea personalmente o mediante un servicio telefónico gratuito y permanente debiéndose dar curso de inmediato al requerimiento de que se trate.

Artículo 56. – INFORME ANUAL. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberá dar cuenta anualmente al Congreso de la Nación, de la labor realizada en un informe que presentará antes del 31 de mayo de cada año.

Dentro de los SESENTA (60) días de iniciadas las sesiones ordinarias de cada año, el Defensor deberá rendir dicho informe en forma, verbal ante la Comisión Bicameral a que se refiere el artículo 49.

Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe especial. Los informes anuales y especiales serán publicados en el Boletín Oficial, en los Diarios de Sesiones y en Internet.

El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en forma personal, deberá concurrir trimestralmente en forma alternativa a las comisiones permanentes especializadas en la materia de cada una de las Cámaras del Congreso Nacional a brindar los informes que se le requieran, o en cualquier momento cuando la Comisión así lo requiera.

Artículo 57. – CONTENIDO DEL INFORME. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberá dar cuenta en su informe anual de las denuncias presentadas y del resultado de las investigaciones. En el informe no deberán constar los datos personales que permitan la pública identificación de los denunciados, como así tampoco de las niñas, niños y adolescentes involucrados.

El informe contendrá un anexo en el que se hará constar la rendición de cuentas del presupuesto del organismo en el período que corresponda.

Artículo 58. – GRATUIDAD. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes determinará en forma exclusiva los casos a que dará curso; las presentaciones serán gratuitas, quedando prohibida la participación de gestores e intermediarios.

Artículo 59. – CESE. CAUSALES. El Defensor de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes cesa en sus funciones por alguna de las siguientes causas:

- a) Por renuncia;
- b) Por vencimiento del plazo de su mandato;
- c) Por incapacidad sobreviniente o muerte;
- d) Por haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso;
- e) Por notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista por esta ley.

Artículo 60. – CESE Y FORMAS. En los supuestos previstos por los incisos a), c) y d) del artículo anterior, el cese será dispuesto por los Presidentes de ambas Cámaras. En el caso del inciso c), la incapacidad sobreviniente deberá acreditarse de modo fehaciente. En los supuestos previstos por el inciso e) del mismo artículo, el cese se decidirá por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Comisión, previo debate y audiencia de interesado.

En caso de muerte del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se procederá a reemplazarlo en forma provisoria según el procedimiento establecido en el artículo siguiente, promoviéndose en el más breve plazo la designación del titular en la forma establecida en el artículo 56.

Artículo 61. – ADJUNTOS. A propuesta del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y conforme el procedimiento establecido en el artículo 56 podrán designarse dos adjuntos que auxiliarán a aquél en el ejercicio de sus funciones, pudiendo además, reemplazarlo en caso de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden en que fuesen designados.

Artículo 62. – OBLIGACION DE COLABORAR. Todas las Entidades, Organismos y personas jurídicas, ya sean públicas o privadas, y las personas físicas están obligadas a prestar colaboración a los requerimientos del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes con carácter preferente y expedito.

Artículo 63. – OBSTACULIZACION. Todo aquel que desobedezca u obstaculice el ejercicio de las funciones previstas en los artículos precedentes incurrirá en el delito previsto en el artículo 239 del Código Penal. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe dar traslado de los antecedentes respectivos al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes. Puede requerir la intervención de la justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiera sido negada por cualquier organismo, ente, persona o sus agentes.

Artículo 64. – DEBERES. Comprobada la veracidad de la denuncia o reclamo, el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberá:

- a) Promover y proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante acciones y recomendaciones que efectuará ante las instancias públicas competentes, a fin de garantizar el goce y el ejercicio de los mismos;
- b) Denunciar las irregularidades verificadas a los organismos pertinentes quienes tienen la obligación de comunicar al Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes el resultado de las investigaciones realizadas;
- c) Formular recomendaciones o propuestas a los organismos públicos o privados respecto de cuestiones objeto de su requerimiento;
- d) Informar a la opinión pública y a los denunciantes acerca del resultado de las investigaciones y acciones realizadas. A tal efecto deberá establecerse un espacio en los medios masivos de comunicación.

CAPITULO IV

DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Artículo 65. – OBJETO. A los fines de la presente ley se consideran organizaciones no gubernamentales de niñez y adolescencia a aquellas que, con Personería Jurídica y que en cumplimiento de su misión institucional desarrollen programas o servicios de promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 66. – OBLIGACIONES. Las organizaciones no gubernamentales

mencionadas en esta ley deben cumplir con los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, Tratados Internacionales sobre los de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, y observar los siguientes principios y obligaciones:

- a) Respetar y preservar la identidad de las niñas, niños y adolescentes y ofrecerles un ambiente de respeto, dignidad y no-discriminación;
- b) Respetar y preservar los vínculos familiares o de crianza de las niñas, niños y adolescentes y velar por su permanencia en el seno familiar;
- c) No separar grupos de hermanos;
- d) No limitar ningún derecho que no haya sido limitado por una decisión judicial;
- e) Garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les conciernan como sujetos de derechos;
- f) Mantener constantemente informado a la niña, niño o adolescente sobre su situación legal, en caso de que exista alguna causa judicial donde se pueda tomar una decisión que afecte sus intereses, y notificarle, en forma personal y a través de su representante legal, toda novedad que se produzca en forma comprensible cada vez que la niña, el niño o el adolescente lo requiera;
- g) Brindar a las niñas, niños y adolescentes atención personalizada y en pequeños grupos;
- h) Ofrecer instalaciones debidamente habilitadas y controladas por la autoridad de aplicación respecto de las condiciones edilicias, salubridad, higiene, seguridad y confort;
- i) Rendir cuentas en forma anual ante la autoridad de aplicación, de los gastos realizados clasificados según su naturaleza; de las actividades desarrolladas descriptas en detalle; de las actividades programadas para el siguiente ejercicio descriptas en detalle, su presupuesto, los gastos administrativos y los recursos con que será cubierto. Se dará cuenta también de las actividades programadas para el ejercicio vencido que no hubieran sido cumplidas, y las causas que motivaron este incumplimiento.

Artículo 67. – INCUMPLIMIENTO. En caso de incumplimiento de las obligaciones a que se hallan sujetas las organizaciones no gubernamentales de niñez y adolescencia mencionadas por esta ley, la autoridad local de aplicación promoverá

ante los organismos competentes, la implementación de las medidas que correspondan.

Artículo 68. – REGISTRO DE LAS ORGANIZACIONES. Créase en el ámbito de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el Registro Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil con personería Jurídica que desarrollen programas o servicios de asistencia, promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán implementar un Sistema de Registro de las organizaciones no gubernamentales con personería jurídica con el objeto de controlar y velar en cada jurisdicción por el fiel cumplimiento de los principios que establece esta ley, con comunicación a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia con miras a la creación del Registro Nacional de estas Organizaciones.

TITULO V

FINANCIAMIENTO

Artículo 69. – La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia deberán en forma conjunta y coordinada garantizar la distribución justa y equitativa de las partidas presupuestarias y de todos los recursos nacionales o internacionales destinados a la efectivización de los objetivos de esta ley.

Artículo 70. – TRANSFERENCIAS. El Gobierno nacional acordará con los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la transferencia necesaria de los servicios de atención directa y sus recursos, a las respectivas jurisdicciones en las que actualmente estén prestando servicios y se estén ejecutando.

Esta ley será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución.

Artículo 71. – TRANSITORIEDAD. En un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días corridos prorrogables por igual plazo y por única vez, el Poder Ejecutivo nacional arbitrará las medidas necesarias incluidas las afectaciones presupuestarias

y edilicias, que garanticen la contención y protección de las niñas, niños y adolescentes, comprendidos dentro del marco de la Ley N° 10.903 que se deroga.

Artículo 72. – FONDOS. El Presupuesto General de la Nación preverá las partidas necesarias para el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia, el Defensor de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes y todas las que correspondan para el cumplimiento de la presente ley, atendiendo lo previsto en el artículo 70.

La previsión presupuestaria en ningún caso podrá ser inferior a la mayor previsión o ejecución de ejercicios anteriores. Dispóngase la intangibilidad de los fondos destinados a la infancia, adolescencia y familia establecidos en el presupuesto nacional.

Para el ejercicio presupuestario del corriente año, el Jefe de Gabinete reasignará las partidas correspondientes.

TITULO VI

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 73. – Sustitúyese el artículo 310 del Código Civil, por el siguiente:

"Artículo 310.- Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad."

Artículo 74. – Modifíquese el artículo 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 234: Podrá decretarse la guarda:

Inciso 1) De incapaces mayores de DIECIOCHO (18) años de edad abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones;

Inciso 2) De los incapaces mayores de DIECIOCHO (18) años de edad que están en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta su curatela".

Artículo 75. – Modifíquese el artículo 236 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 236: En los casos previstos en el artículo 234, la petición podrá ser deducida por cualquier persona, y formulada verbalmente ante el asesor de menores e incapaces, en cuyo caso se labrará acta con las menciones pertinentes, la que será remitida al juzgado que corresponda."

Artículo 76. – Derógase la Ley N° 10.903, los decretos nacionales: N° 1606/90 y sus modificatorias, N° 1631/96 y N° 295/01.

Artículo 77. – Esta ley deberá ser reglamentada en un plazo máximo de NOVENTA (90) días, contados a partir de la sanción de la presente.

Artículo 78. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES,
EL VEINTIOCHO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CINCO.

— REGISTRADO BAJO EL N° 26.061 —

ANEXO 6: Extractos de “La educación es básica en el desarrollo de la libertad”⁵²³ de Fernando Savater

“Pero llega el momento en el que los padres comienzan a disminuir en su tamaño protector, hasta que desaparecen.

Entonces nos damos cuenta de que nosotros estamos en esa primera fila y nuestros hijos comienzan a guarecerse detrás. Esto va acompañado de la pérdida de la muralla que estaba entre nosotros y la necesidad, el dolor, las exigencias de la vida y la propia muerte. Ya nos hemos convertido en maduros, somos padres y vamos camino a cumplir nuestro ciclo vital de la mejor o peor manera (...)

(...) Una de las características de la paternidad es la subordinación de los hijos, que es la contrapartida de la responsabilidad que tiene el padre, el representar de alguna forma la autoridad.

Esta palabra no debe confundirse con autoritarismo ni con tiranía. <<Autoritas>> viene del término latino auctor, que significa <<lo que hace crecer, lo que ayuda a crecer>>. Por lo tanto, se define como aquello que ayuda a crecer bien. Es precisamente lo contrario a la tiranía, porque el interés del tirano es mantener en una infancia perpetua a aquellos a los que quiere someter. La verdadera libertad es la que proporciona al hijo los elementos para alcanzarla”.

⁵²³ Savater, Fernando; “La educación es básica en el desarrollo de la libertad” en Los diez mandamientos en el siglo XXI, págs. 73-74, (Ed.) Sudamericana, 3ª edic., Buenos Aires, 2004.

ANEXO 7: Extractos de “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”⁵²⁴ de Locke

(...) La ley por la que Adán debía gobernarse fue la misma que la que habría de gobernar a toda su posteridad: la ley de la razón. Pero la descendencia de Adán al haber entrado al mundo de un modo diferente a como Adán lo había hecho, es decir, mediante un nacimiento natural que daba a luz a los hijos ignorantes y sin uso de razón, éstos no estaban, en el momento de nacer, bajo esa ley. Pues nadie puede estar obligado a una ley que no le ha sido promulgada. Y como esa ley solo puede serle promulgada a alguien dándosela a conocer mediante la razón, los que no han alcanzado aún el uso racional no pueden estar sujetos a dicha ley (...). (Parágrafo 79).

¿[Q]ué es lo que le dio libertad para disponer de sus actos y de sus posiciones según su propia voluntad, dentro de lo que dicha ley permite? Yo respondo: la capacidad de conocer esa ley, capacidad que, de acuerdo con esa misma ley, se supone que es alcanzada a la edad de veintinueve años, y en algunos casos, antes. Si esto hizo al padre libre, también hará libre al hijo. Hasta entonces vemos que la ley no le permite al hijo tener libertad, sino que ha de someterse a la voluntad de su padre o de su tutor, los cuales son los que han de entender por él. Y si el padre muere y no dejó sustituto en quien el hijo pueda confiar, es decir, si no ha nombrado a un tutor que gobierne a su hijo mientras éste es menor de edad, esto es, mientras carece de entendimiento, la ley se encargará de hacerlo. Pues alguna persona habrá de gobernarlo y realizar actos voluntarios por él hasta que el menor de edad haya alcanzado el estado de libertad y, su entendimiento esté capacitado para gobernarse según su propia voluntad. (Parágrafo 81).

De manera que cuando nacemos somos libres, y somos también racionales; más ello no quiere decir que ejerzamos entonces ninguna de esas facultades. Es la edad la que, al traer una de ellas consigo, trae también la otra. Y así, vemos como la libertad natural y la sujeción a los padres son cosas compatibles y están las dos fundadas en el mismo principio. Un niño es libre en virtud de que su padre lo es; y es gobernado por el entendimiento del padre hasta que alcanza a poseer la

⁵²⁴ Locke, *supra* nota 73.

capacidad de entender por sí mismo (...).

(...) Así, la libertad de un hombre, y la de actuar de acuerdo a su propia voluntad, se fundamenta en que dicho hombre posee una razón que lo capacita para instruirlo en las leyes por las que ha de regirse y para poner en su conocimiento los límites de su voluntad libre. Dejarlo a rienda suelta, sin cortapisa alguna a su libertad, antes de que posea esa razón que puede guiarlo, no es concederle un privilegio natural de ser libre, sino arrojarse entre las bestias y abandonarlo a un estado miserable y tan inferior al hombre como el de aquéllas. Ésto es lo que pone en manos de los padres la autoridad de gobernar a sus hijos mientras éstos son menores de edad.” (Parágrafo 82).



Universidad de
San Andrés

ANEXO 8: Cuadro sobre el cambio de paradigmas.⁵²⁵

Doctrina de Situación irregular	Doctrina de Protección integral
Sólo contempla a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, a quienes denomina “menores”, intentando dar solución a las situaciones críticas que atraviesan, mediante una respuesta estrictamente judicial.	La infancia es una sola y su protección se expresa en la exigencia de formulación de políticas básicas universales para todos los niños.
El niño o “menor” al que van dirigidas estas leyes no es titular de derechos, sino objeto de abordaje por parte de la justicia.	El niño, más allá de su realidad económica y social, es sujeto de derechos y el respeto de éstos debe estar garantizado por el Estado.
El juez interviene cuando considera que hay “peligro material o moral”, concepto que no se define, y permite “disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y de duración indeterminada”.	El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe tener duración determinada.
El Estado interviene frente a los problemas económico-sociales que atraviesa el niño a través del “Patronato” ejercido por el sistema judicial, como un “patrón que dispone de su vida”.	El Estado no es “patrón” sino promotor del bienestar de los niños. Interviene a través de políticas sociales planificadas con participación de los niños y la comunidad.
El sistema judicial trata los problemas asistenciales o jurídicos, sean civiles o penales, a través de la figura del Juez de menores.	El sistema judicial trata los problemas jurídicos con jueces diferentes para lo civil (adopción, guarda, etc.) y lo penal. Los temas asistenciales son tratados por órganos descentralizados en el nivel local, compuestos multisectorialmente.
Considera abandono no sólo la falta de padres, sino también aquellas situaciones que radas por la pobreza del grupo familiar, lo que le permite separar al niño de sus familiares.	La situación económico-social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Sin embargo, constituye un alerta que induce a apoyar a la familia en programas de salud, vivienda y educación.
El juez puede resolver el destino del niño en dificultades sin oír su opinión y sin tener en cuenta la voluntad de sus padres.	El niño en dificultades no es competencia de la justicia. Los organismos encargados de la protección especial están obligados a oír al niño y a sus padres para incluir al grupo familiar en programas de apoyo.
Se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos, sólo por la situación socioeconómica en la que se encuentra, aduciendo “peligro material o moral”.	Se puede privar de la libertad o restringir los derechos del niño, sólo si ha cometido infracción grave y reiterada a la ley penal.
El niño que cometió un delito no es oído y no tiene derecho a la defensa e incluso cuando sea declarado inocente puede ser privado de su libertad.	El juez tiene la obligación de oír al niño autor de delito, quien a su vez, tiene derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías y no puede ser privado de la libertad si no es culpable.
El niño que ha sido autor de un delito y el que ha sido víctima de un delito reciben el mismo tratamiento.	El niño que ha sido víctima de un delito no puede ser objeto de tratamiento judicial. La justicia no puede victimizar ulteriormente a la víctima, sino actuar sobre el victimario.

⁵²⁵ Cuadro elaborado por UNICEF, citado en Méndez, *supra* nota en pág. 77.

ANEXO 9: Marco normativo sobre el ISN en Argentina

Provincia	Ley Nro.	Mención del ISN	Definición del ISN	Sanción	Promulgación	Publicación
LEY NACIONAL	Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes	Artículos 1, 3, 5, 11 y 39	Art. 3	28/09/05		B.O. 30767 del 26/10/05
Buenos Aires	Ley 13.298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños	Artículos 4 y 58	Art. 4		Decreto 66/05 del 14/1/05	B.O. 25090 del 27/1/05
Catamarca	Ley 5.292 de adhesión de la Provincia a los Principios y Disposiciones de la LPINNA	/	/	21/10/09	25/11/09	B.O. del 08/12/09-ADLA 2010 - A, 598
Chaco	Ley 7.162 de Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes	Artículos 3, 28 y 30	No hay	12/12/12	28/12/12	B.O. 9461 del 08/02/13-ADLA 2013 - B, 1721
Chubut	Ley 4.347 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes	Artículos 6 y 113	No hay	16/12/97	24/12/97	B.O. del 5/01/98
Ciudad de Buenos Aires	Ley 114 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes	Art. 2, 3 ⁵²⁶	Art. 2	3/12/98	4/1/99	B.O. del 03/02/99-ADLA 1999 - A, 882

⁵²⁶ “En la aplicación e interpretación de la presente ley, de las demás normas y en todas las medidas que tomen o en las que intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos legislativos, judiciales o administrativos es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes.”

Córdoba	Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes ⁵²⁷	Artículos 3, 4, 8 y 14	Art. 3	4/5/11		B.O. del 03/06/11
Corrientes	Ley 5.773 de adhesión a la LPINNA ⁵²⁸			9/5/07		B.O. del 15/06/07-ADLA 2007 - C, 3221
Entre Ríos	Ley 9.861 de Protección Integral de los Derechos del niño, el adolescente y la familia	Artículos 6, 7, 56 y 57.	Art. 7	29/07/08	3/9/08	B.O. del 10/09/08-ADLA 2008-E, 4492
Formosa	Ley 1089 de Dirección de Minoridad y la Familia					B.O. del 19/08/81
Jujuy	Ley 5.288 de Protección integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia	Artículos 1 y 37	No hay	22/11/01	13/05/02	B.O del 20/05/02
La Pampa	LEY 2703 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes	Artículo 2	No hay	18/12/12	9/1/13	B.O. del 15/02/13-ADLA 2013-B, 1868
La Rioja	Ley 7.590 de Protección Integral del		Art. 4	20/11/03		B.O. del 30/01/04

⁵²⁷ Ella deroga la Ley N° 9.053.

⁵²⁸ “La Ley Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia No 26.061, es adherida en la Provincia de Corrientes mediante Ley N° 5773 (B.O. 15/06/07), sin ningún tipo de reserva ni modificación, de lo que se colige que la misma ha sido adherida en su totalidad; creando asimismo la figura del Defensor del Niño en la Provincia de Corrientes, en consonancia con la aludida legislación, (el que a la fecha aún no ha sido designado).”

	Niño y el Adolescente					
	Ley 8.848 de Protección integral de los derechos del niño, la niña, el adolescente y la familia	Artículos 1, 6, 11, 19, 32, 36	Art. 11	4/11/10		B.O. del 17/12/10-ADLA 2011 - A, 716
Mendoza	Ley 6.354 de Protección integral del niño y del adolescente	Artículos 1, 53.c, 182 y 198.c	No hay.	22/11/95	7/12/95	B.O. del 28/12/95-ADLA 1996 - B, 2998
Misiones	Ley 3.820 de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes	Artículos 4 y 79	Art. 4	6/12/01		
Neuquén	Ley 2.302 de Protección Integral de Niñez y Adolescencia	Artículos 3, 4, 8, 49.1, 64 y 71 ⁵²⁹	Art. 4	7/12/99	30/12/99	B.O. del 04/02/00-ADLA 2000 - B, 2653
Río Negro	Ley 4.109 de protección integral de los derecho de las niñas, niños y adolescentes ⁵³⁰	Artículo 10	Art. 10	8/6/06	Decreto 890 del 31/07/06	B.O. del 17/08/06
Salta	Ley 7.039 de Protección de la Niñez y la Adolescencia	Artículos 1 y 14.e	No hay	8/7/99	10/8/99	B.O. 15.720, del 20/08/99-ADLA 1999-D, 5122

⁵²⁹ El art. 71 habla sobre “interés del niño o adolescente”.

⁵³⁰ Además ver Ley N° 3097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente.

San Juan	Ley 7.338 de Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes	Artículos 3, 4, ⁵³¹ 14, 51, 90, 111, 139, 185 y 205	Art. 3	5/12/02	14/10/03	B.O. del 29/10/03-ADLA 2004-B, 2539
San Luis	Ley 5.430 adhiere a la CDN ⁵³²			3/3/04	9/3/04	B.O. 12620 del 12/03/04-ADLA 2004-B, 2661
Santa Cruz	Ley 3.062 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la provincia de Santa Cruz	Artículos 1, 2, 4 y 20	Art. 2	11/6/09	29/06/09	B.O. en 11/08/09 ADLA 2009-D, 3969
Santa Fe	Ley 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes	Artículos 3, 4, 12, 17, 19 y 51.	Art. 4	17/04/09		B.O. del 22/04/09-ADLA 2009-B, 1985
Santiago del Estero	Ley 6.915 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes	Artículos 2 y 3	Art. 3	14/10/08	24/10/08	B.O. del 29/10/08
Tierra del Fuego	Ley 521 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas, Adolescentes y sus Familias	Artículos 5, 38 y 54	Art. 5	10/5/01	D.P. 1019 del 11/06/01	B.O. del 02/07/01-ADLA 2001-D, 5382

⁵³¹ El art. 4 habla del “interés de los niños y adolescentes.”

⁵³² Al momento de sancionarse, esta ley se numeró 5.430. Sin embargo, la provincia le ha dado una nueva designación: Ley No I-0007-2004.

Tucumán	Ley 8.293 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	Artículos 1, 2, 13, 14 y 39	Art. 2	21/05/10	2/6/10	B.O. 27.299 del 07/06/10- ADLA 2010- C, 2965
---------	---	-----------------------------------	--------	----------	--------	---



Universidad de
San Andrés

ANEXO 10: Extractos de las leyes provinciales de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Artículos que definen el ISN en las leyes provinciales

1. Provincia de Buenos Aires

Art. 4.- Se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad. Para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar:

La condición específica de los niños como sujetos de derecho.

La opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico.

La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes.

La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática.

En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Chaco

Habla del ISN como un **principio** en el artículo 3. (“En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, debe ser prioritario para los organismos del Estado el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que así lo garanticen”.)

2. Ciudad de Buenos Aires

Art. 2.- **Interés Superior.** A todos los efectos emergentes de la presente ley, 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.**

3. Córdoba

Art. 3.- **Interés superior.** A los efectos de la presente Ley se entiende por

interés superior de la niña, niño y adolescente a la máxima satisfacción -integral y simultánea- de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley y los que en el futuro pudieren reconocérsele. La determinación del interés superior debe respetar:

- a) Su condición de sujeto activo y portador de derechos;
- b) Su derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste, y a que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, y
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida de la niña, niño y el adolescente a la residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustará el ejercicio de la misma, filiación, restitución de la niña, el niño o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. 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.

4. Entre Ríos

Art. 7.- A tales efectos deberá entenderse por interés superior del niño y del adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y su mínima restricción.

En aplicación de este principio cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de un niño o adolescente frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.-

5. La Rioja

Art. 11. - Interés Superior del Niño. A los efectos de la presente 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, debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho.
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta.
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

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.

En la interpretación y aplicación de la presente ley, de las demás normas que involucran a niñas, niños y adolescentes así como en todas las medidas que se adopten o intervengan instituciones públicas o privadas y los organismos legislativos, administrativos o judiciales, será de consideración primordial e ineludible, el interés superior de la niña, el niño y del adolescente.

6. Misiones

Art. 4.- Interés superior. El interés superior de niños, niñas y adolescentes, es un **principio de interpretación y aplicación de esta ley, dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el goce y ejercicio pleno y efectivo de sus derechos y garantías.** Es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes.

Para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente en una situación concreta se debe apreciar lo siguiente:

- a) la opinión del niño, niña y adolescente;
- b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y sus deberes;

c) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común;

d) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y los derechos de las personas adultas;

e) la condición específica del niño, niña y adolescente, como personas.

En aplicación del Interés Superior del niño, niña y adolescente, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

7. Neuquén

Art. 4.- Se entenderá por interés superior del niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos. El Estado lo garantizará en el ámbito de la familia y de la sociedad, brindándoles la igualdad de oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social en un marco de libertad, respeto y dignidad. Su objetivo esencial es la prevención y detección precoz de aquellas situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño y del adolescente. Removerá los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la efectiva y plena realización de sus derechos y adoptará las medidas de acción positiva que los garanticen.

8. Río Negro

Art. 10.- Interés superior. A todos los efectos emergentes de la presente ley, se entiende por interés superior de niñas, niños y adolescentes al **principio de interpretación y aplicación de la ley de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que los involucran**. Ese principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Para determinar el interés superior de la niña, el niño y el adolescente en una situación concreta se debe apreciar:

a) La opinión de la niña, niño y adolescente.

b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de la niña, niño y adolescente y sus deberes.

c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías de la niña, niño o adolescente.

d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías de la niña, niño o adolescente.

e) La condición específica de la niña, niño o adolescente como persona en desarrollo.

En aplicación del interés superior de la niña, el niño o el adolescente, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de éstos frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

9. San Juan

Art. 3.- En las consecuencias que surjan de la presente ley, debe entenderse por interés superior de niños y adolescentes: al **sistema integral de todos y cada una de los derechos que lo constituyen, aplicando su máxima satisfacción integral y simultánea, y mínima restricción.-**

10. Santa Cruz

Art. 2.- A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

El Estado Provincial y los Estados Municipales 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.

11. Santa Fe

Art. 4.- INTERÉS SUPERIOR. Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos y los que en el futuro pudieren reconocérsele.

La determinación del interés superior debe respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho.
- b) Su derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste y a que su opinión sea tenida en cuenta.
- c) El respeto al pleno desarrollo de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y las exigencias del bien común.
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar asimilable a su residencia habitual donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecen los primeros.

12. Santiago del Estero

Art. 3. - Interés Superior. Se entiende por interés superior al sistema que forman todos los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes en función de la máxima satisfacción integral de sus derechos en un marco de libertad, igualdad, respeto y dignidad.

Para determinar el interés superior del niño se debe apreciar:

- a) Su condición como sujeto de derechos.
- b) Su opinión de acuerdo con su desarrollo psíquico y físico, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.□
- c) Su pleno desarrollo en su medio familiar, social y cultural.□
- d) El equilibrio entre derechos y garantías y exigencias del bien común.

Prevalecerá el interés superior de niñas, niños y adolescentes frente a otros

derechos e intereses cuando exista conflicto con otros derechos e intereses igualmente legítimos.

13. Tierra del Fuego

Art. 5.- El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes.

Para determinarlo en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes;
- b) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes;
- c) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña o adolescente y las exigencias del bien común;
- d) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña o adolescente y los derechos de las demás personas; y
- e) la condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

14. Tucumán

Art. 2.- INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente Ley, se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley.

Debiéndose respetar:

1. Su condición de sujeto de derecho;□
2. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;□
3. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;□
4. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás

condiciones personales;□

5. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;□

6. Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustará el ejercicio de las mismas, filiación, restitución de la niña, niño o el adolescente, adopción, emancipación y todas las circunstancias vinculadas a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Toda acción estatal debe estar orientada a la satisfacción de los derechos que la presente Ley establece.

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.

Artículos que se refieren a la aplicación del ISN en las leyes provinciales

1. Chaco

Art. 3.- RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL. Los organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas de niñez y adolescencia, en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y equidad, como también la eliminación de los impedimentos de cualquier orden, que imposibiliten o restrinjan el pleno desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, como también su efectiva participación en la comunidad.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, debe ser prioritario para los organismos del Estado el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que así lo garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los organismos del Estado deben garantizar con

absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

- a) Protección y auxilio en cualquier circunstancia.
- b) Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas.
- c) Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas.
- d) Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice.
- e) Preferencia de atención en los servicios esenciales.

2. Chubut

Art. 6.- Se considerará primordial el interés superior de los niños y adolescentes en todas las medidas concernientes a ellos, que tomen o en las que intervengan las instituciones públicas o privadas de acción social y los órganos judiciales, administrativos o legislativos.

3. C.A.B.A.

Art. 3.- Aplicación e interpretación. En la aplicación e interpretación de la presente ley, de las demás normas y en todas las medidas que tomen o en las que intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos legislativos, judiciales o administrativos es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes.

4. Córdoba

Art. 4.- Aplicación obligatoria. Para la aplicación e interpretación de la presente Ley, de las normas y medidas que se adopten en las que intervengan organismos públicos o privados, órganos legislativos, judiciales o administrativos, la familia y la sociedad civil en general, se considerará en forma primordial el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Las normativas que regulan y/ o repercuten en el acceso y/o ejercicio de derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes deberán adecuarse al principio rector de niño sujeto activo de derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional No 26.061, su Decreto Reglamentario No 415/06 y esta Ley son de aplicación obligatoria en las

condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas comprendidas en la presente norma.

Los órganos administrativos locales de los municipios y comunas deben revisar y adecuar la normativa a los postulados referidos en la presente Ley. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos en todos los ámbitos, cualquiera sea la forma en que se manifiesten.

5. Entre Ríos

Art. 6.- En la interpretación y aplicación de la presente Ley, de las demás normas que involucran a niños y adolescentes así como en todas las medidas que se adopten o intervengan instituciones públicas o privadas y los órganos legislativos, administrativos o judiciales, será de consideración primordial e ineludible, el interés superior del niño y del adolescente.

6. La Pampa

Art. 2.- Aplicación Obligatoria: En caso de discordancia o contrariedad entre una disposición contenida en la Ley Nacional 26061 y una disposición de la presente Ley o de cualquier otra norma legal provincial que resulte aplicable, siempre prevalecerá la que en el caso concreto sea más favorable para la plena satisfacción del interés superior del niño/a y adolescente.

7. La Rioja

Art. 11⁵³³

Art. 6.- Responsabilidad Gubernamental. Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter provincial y municipal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

⁵³³ La Rioja, *supra* art. 11.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad, el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

1. - Protección y auxilio en cualquier circunstancia.
2. - Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas.
3. - Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas.
4. - Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice.
5. - Preferencia de atención en los servicios esenciales.
6. - A fin de que las niñas, niños y adolescentes con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, el Estado adoptará medidas pertinentes para asegurar el acceso de los mismos al entorno físico, al transporte gratuito, a programas de vivienda pública, certificando las condiciones de accesibilidad física; a la atención de su desarrollo cultural, educativo, cognitivo, social, ético, estético y físico; a la recreación al juego, al deporte y al descanso, a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y de las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

8. Misiones

Art. 4⁵³⁴

9. Neuquén

Art. 3.- Aplicación e interpretación

En la aplicación e interpretación de la presente ley de las demás normas y en todas las medidas que adopten o intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos administrativos o judiciales, será de consideración primordial el interés superior del niño y del adolescente.

⁵³⁴ Misiones, *supra* art. 4.

10. Río Negro

Art. 10⁵³⁵

11. San Juan

Art. 4.- Aplicación e interpretación

En la aplicación e interpretación de la presente ley, de las demás normas y en todas las medidas que tomen, o en las que intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos legislativos, judiciales o administrativos, será de consideración primordial el interés de los niños y adolescentes.

12. Santa Cruz

Art. 4.- Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter provincial.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que irrazonablemente se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

- a) Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
- b) Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
- c) Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;
- d) Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice;
- e) Preferencia de atención en los servicios esenciales.

⁵³⁵ Río Negro, *supra* art. 10

13. Santa Fe

Art. 3.- Aplicación obligatoria. En las medidas concernientes a las niñas, niños y adolescentes que promueven las instituciones públicas o privadas, los órganos judiciales, administrativos o legislativos, debe primar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Los organismos administrativos provinciales, municipales y locales deben revisar la normativa que regula, afecta el acceso o el ejercicio de derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes, adecuándola a los postulados contenidos en esta ley.

14. Santiago del Estero

Art. 2.- Aplicación e Interpretación. Para la aplicación e interpretación de la presente ley, de las normas y las medidas que se adopten, en las que intervengan organismos públicos o privados, órganos legislativos, judiciales o administrativos, se considerará en forma primordial el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

15. Tierra del Fuego

Art. 5⁵³⁶

16. Tucuman

Art. 2⁵³⁷

⁵³⁶ Tierra del Fuego, *supra* art. 5

⁵³⁷ Tucumán, *supra* art. 2.

ANEXO 11: Guía para los profesionales involucrados en casos de niños propuesta por GFS⁵³⁸

- “No deben apartarse de los estándares profesionales por preferencias personales o simpatía por un adulto o un niño en particular.

- No deben alejarse más allá de los límites de su propia formación profesional para adentrarse en el territorio de otra disciplina.

(...).

- Deben reconocer que no pueden ser capaces de realizar dos funciones diferentes en relación a la misma familia, aunque estuvieran formados profesionalmente para llevar a cabo cada papel por separado.

- No deben confundir al niño que sirven al actuar como los padres que ellos no son.

- Al mismo tiempo, se espera que los buenos profesionales no pierdan su humanidad y traigan a su trabajo la sabiduría que han adquirido a través de la experiencia de trabajo con familias y con otros profesionales.

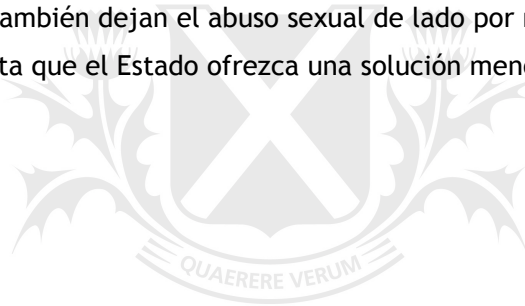
Es en el ISN que todos los profesionales participantes reconozcan que ni por separado ni en conjunto conforman o compensan a un padre normal e imperfecto. Su conocimiento especial es general para todos los niños, y su función en el proceso de tenencia es mejorar las oportunidades de cada niño de tener un padre cuyo conocimiento es general, pero para quien el niño es especial”.

⁵³⁸ Freud et al, *supra* nota en pág.224.

ANEXO 12: Guía para evaluar las fallas de los cuidados de los padres elaborada por GFS⁵³⁹

“1. La muerte, la desaparición, o la institucionalización de un padre, de por sí (y en sí mismo) no justifica más que una investigación. No justifica una intrusión adicional *a menos* que los padres no hayan designado a otra persona para cuidar de sus hijos, o *a menos* que exista otro motivo para intervenir en la relación entre el niño y la otra persona.

2. Una lesión corporal grave cometida por los padres a su hijo, un intento o amenaza de infligir tal daño o el incumplimiento reiterado de los padres de proteger a los niños de la exposición a tales lesiones. (Los autores son vehementes en señalar que sólo se daría en casos de daño físico dadas la falta de consenso y consecuente imprecisión de las definiciones de negligencia emocional o daño emocional severo. También dejan el abuso sexual de lado por no saber cómo crear una regla que permita que el Estado ofrezca una solución menos perjudicial).”



Universidad de
San Andrés

⁵³⁹ Freud et al, *supra* nota en págs. 110 y 111.