

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y
JURÍDICAS**

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS RECIENTES

TITULO: “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, COMO PRINCIPIO GARANTISTA”

Apellidos y nombres de los alumnos:

BENENTINO, Edgar Gaspar

VALDIVIESO, Sabrina Micaela

ZAPATA, María Florencia

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Encargado de Curso Prof.: BERTOLÉ, Cecilia Andrea

Año que se realiza el trabajo: 2018

Lugar: Santa Rosa (La Pampa)

SUMARIO: INDICE GENERAL; INTRODUCCIÓN;1 RECEPCION JURIDICA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO; 2 EL CARÁCTER SOCIO HISTORICO DE LA NIÑEZ;3 NATURALEZA JURIDICA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO;4 LOS ESTADOS PARTES COMO GARANTES DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO; 5 ANALISIS JURIDICO DEL ART. 3.1 DE LA CDN; 6 EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y SU RELACION CON OTROS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONVENCION; 7 LA APLICACIÓN: LA EVALUACION Y DETERMINACION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO; 8 LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCION EN LA ARGENTINA; 9 SISTEMA DE PROTECCION PROVINCIAL; 10 REFLEXIONES FINALES.

INDICE GENERAL:

- INTRODUCCION.....6
- CAP.I “RECEPCION JURIDICA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”.....9
- CAP. II “EL CARÁCTER SOCIO HISTORICO DE LA NIÑEZ”.....12
- CAP. III “NATURALEZA JURIDICA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”.....14
- CAP. IV “LOS ESTADOS PARTES COMO GARANTES DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”.....16
- CAP. V “ANALISIS JURIDICO DEL ART. 3.1 DE LA CDN”.....20
 - 1) En todas las medidas concernientes a los niños.....20
 - 2) Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.....21
 - 3) El interés superior del niño.....23
 - 4) Una consideración primordial a que se atenderá.....23
- CAP VI “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y SU RELACION CON OTROS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONVENCION”.....25
 - 1) 1. El interés superior del niño y el derecho a la no discriminación (art. 2).....25
 - 2) El interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6).....25
 - 3) El interés superior del niño y el derecho a ser escuchado

(art.12).....	25
▪ CAP. VII “LA APLICACIÓN: LA EVALUACION Y DETERMINACION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”.....	27
1) Evaluación del interés superior del niño.....	27
2) Determinación del interés superior del niño.....	33
▪ CAP. VIII “LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCION DE LA ARGENTINA”.....	37
VIII.I La actuación concreta de los poderes del Estado.....	40
VIII.I.I El compromiso del Poder Legislativo.....	41
VIII.I.II El nuevo diseño del Poder Ejecutivo.....	42
VIII.I.III Poder Judicial como garante y referente de la protección de derechos.....	44
VIII.I.III.a) El principio de desjudicialización.....	45
VIII.I.III b) El interés superior del niño en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación.....	48
▪ CAP. IX “SISTEMA DE PROTECCION PROVINCIAL”.....	53
▪ CAP. X “REFLEXIONES FINALES”.....	67
▪ BIBLIOGRAFIA.....	68

“Tenemos derecho a ser iguales cuando las diferencias nos inferiorizan y tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza, de allí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y de una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca las desigualdades”.

- Boaventura de Sousa Santos

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el principio **interés superior del niño**, el cual profundizaremos a lo largo de la tesis.

Interés superior del niño puede ser definido como la plena satisfacción de todos los derechos reconocidos en la Convención y el desarrollo holístico del niño (Comité sobre los Derechos del Niño Observación Gral. N° 14, 29 de Mayo 2014, pág. 259).

El mencionado principio encuentra sustento normativo en el art 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a saber : *“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”*.¹

Según Miguel Cillero Bruñol la aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños y las niñas que se ha desarrollado durante el siglo XX, dicho instrumento implica la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño, 193 Estados han ratificado la Convención, con la excepción de Estados Unidos y Somalia. Sin embargo ello no es sinónimo de efectividad en su observancia.

La Convención reconoce los niños y niñas como personas humanas, por lo que puede denominárselo como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de este colectivo.

¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1.

Los derechos de los NN no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; forman un conjunto de derechos y garantías frente a la acción del Estado y representan, a su vez, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos que contempla.

Los derechos de los NN emanan de la doctrina universal de los derechos humanos. En este sentido los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma 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.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño otorga el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en el ámbito público como en el privado. (Comité sobre los Derechos de Niño, Observación Gral. N° 14, 29 de Mayo 2013, pág. 259)

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y

aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico, por lo que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

El Comité señala que en la Convención no hay una jerarquía de derechos, sino que todos ellos responden al “interés sobre el derecho del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. (Comité sobre los Derechos de Niño, Observación Gral. N° 14, 29 de Mayo 2013, pág. 260)

CAPITULO I

RECEPCIÓN JURIDICA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Debe entenderse al interés superior de los NN como el núcleo fundamental del sistema de protección de los derechos de la niñez. (López-Contreras, R.E (2015). Interés superior de los niños, niñas y adolescentes: definición y contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pp. 51-70)

Dicho concepto no es nuevo, en efecto es anterior a la Convención sobre los derechos del niño. Goza de reconocimiento universal desde la **Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños**, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de **1924**, donde se consagran por primera vez, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas, estableciéndose la obligación de darles lo mejor con la frase “primero los niños”.

Posteriormente, en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad.

Más adelante, en el año **1959** se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la **Declaración de los Derechos de los niños y niñas**, en donde se disponía que el interés superior es un principio rector, y que niños y niñas tienen el pleno derecho de gozar de una protección mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad, estableciendo la obligación de promulgar leyes referidas a niños y niñas.

En igual sentido se han pronunciado los Pactos Internacionales Civiles y Políticos (art. 24.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16), la

Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19), hasta llegar a la **Convención sobre los derechos del Niño** (art. 3.1), de los cuales se desprende la obligación de regular internamente el principio de interés superior.

Esta última Convención se caracteriza por ser el Tratado Internacional que más Estados han ratificado, dentro del contexto de las Naciones Unidas, con lo que se demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los niños, niñas y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990, la cual ha sido ratificada por Argentina el 27 de Septiembre del mismo año mediante la ley 23.849. En el año **1994**, la Asamblea Constituyente le otorgó rango constitucional a partir de su incorporación en el art. **75 inc. 22** de la Constitución Nacional, por lo que el Estado debe realizar los esfuerzos posibles para asegurar que todo NNA tenga acceso a todos los derechos que figuran en la Convención, siendo responsable internacionalmente en caso de incumplimiento.

La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo

facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3). (Comité sobre los Derechos de Niño, Observación Gral. N° 14, 29 de Mayo 2013, pág. 259)

CAPITULO II

EL CARÁCTER SOCIO HISTÓRICO DE LA NIÑEZ

El sujeto de protección de la Convención es el niño y la niña. Han existido a lo largo de los años muchas dificultades para poder determinar qué personas se encuentran en esta condición, dado que no existe un concepto universal y unívoco al respecto.

La infancia es una construcción social que en cada tiempo histórico adoptó características específicas. Los niños fueron concebidos, recibidos, tratados, institucionalizados de modos distintos según las épocas. Hubo así muchas infancias a lo largo del tiempo, en base a esto podemos afirmar su carácter socio histórico (“La incorporación de nuevos sujetos y nuevos DDHH en La Pampa. Cap. Tendencias jurisprudenciales sobre el interés superior del niño en la provincia de La Pampa: semblante de un estado de esquizofrenia jurídica” pág. 22 a 25).

La construcción social de la niñez no solo incide en la creación de toda una estructura de práctica de crianza y de principios éticos para la educación, sino que también determina la creación de normas jurídicas orientadas específicamente hacia niños y niñas; existe una íntima conexión entre el derecho creado y la imagen colectiva que la sociedad tiene acerca de la niñez. Por ello no es posible afirmar que históricamente las normas jurídicas hayan perseguido la protección de este grupo social.

La noción actual respecto de los derechos de niñas y niños, como normas de derechos humanos específicamente creadas para la protección jurídica de la dignidad de este grupo social alcanza su consolidación plena a través del dictado de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1989 , que a los efectos establece en su art. 1 que se entiende por niño

*“todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”.*²

La Convención sobre los Derechos del Niño representa el afianzamiento de un nuevo y transformador paradigma en la mirada de la niñez y adolescencia, pues intenta instalar la llamada **“doctrina de la protección integral”** reemplazando la **“doctrina de la situación irregular”** que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores” -una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como seres humanos y titulares de sus propios derechos.

La doctrina de la protección integral puede ser conceptualizada como el conjunto de acciones, política , planes y programas que, con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todas las niñas y niños gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos.

² Convención sobre los Derechos del Niño, art 1.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Recientemente, el Comité de los Derechos del Niño a través de la Observación General N° 14, “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”³, ha establecido que interés superior del niño es un concepto que abarca tres dimensiones:

- a) *Un derecho sustantivo:* el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al examinar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño o grupos de niño concreto o genérico o a los niños en general. Este derecho no abandona su esencial naturaleza de derecho humano inalienable sino que su aplicación y exigibilidad es directa e inmediata y, por ello, su incumplimiento es susceptible de general responsabilidad internacional a los Estados.
- b) *Un principio jurídico interpretativo fundamental:* como principio jurídico el interés superior del niño :
- Guía a los órganos del Estado en la elaboración de reglas jurídicas y políticas públicas.
 - Para los casos en que una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
 - Puede constituir una guía para la interpretación y respeto de todos los demás derechos.
 - Frente a la insuficiencia o inexistencia de normas permite brindar un criterio supletorio para resolver situaciones concretas.

³ 29 de Mayo, 2013.

c) *Una norma de procedimiento:* la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren de garantías procesales que permitan tornar vigente y efectivo el derecho sustantivo. Estos mecanismos de garantía deben apuntar concretamente a facilitar y dejar constancia explícita de cómo se ha tenido en cuenta, en el caso concreto, el derecho a que el interés superior sea una consideración primordial. En este sentido, los Estados deben explicar puntualmente cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

CAPITULO IV

LOS ESTADOS PARTES COMO GARANTES DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Para garantizar el pleno cumplimiento de cualquier derecho humano, los Estados tienen a su cargo tres tipos de obligaciones genéricas distintas: la “obligación de respetar” derechos, la cual requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el acceso a los derechos o menoscabe el disfrute de estos; la “obligación de proteger o garantizar” derechos, que impone al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros; la “obligación de satisfacer” derechos, la cual requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos.

Tal como lo ha explicado el Comité estas obligaciones genéricas se trasladan específicamente al plano del interés superior del niño descrito en el art. 3 párr. 1 de la Convención de la siguiente manera:

- a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de las instituciones de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;

b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión;

c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.

Para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar una serie de medidas de aplicación de conformidad con los artículos 4, 42 y 44, párrafo 6, de la Convención, y velar por que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas sus actuaciones; entre otras medidas, cabe citar:

a) Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el artículo 3, párrafo 1, y velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que repercuten en ellos, y los procedimientos judiciales administrativos a todos los niveles, como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento;

- b) Reafirmar el interés superior del niño en la coordinación y aplicación de políticas en los planos nacional, regional y local;

- c) Establecer mecanismos y procedimientos de denuncia, curso o reparación con el fin de dar plenos efectos al derecho del niño a que su interés superior se integre debidamente y se aplique de manera sistemática en todas las medidas de ejecución y procedimientos administrativos y judiciales relacionados con él o que le afecten;

- d) Reafirmar el interés superior del niño en la asignación de los recursos nacionales para los programas y las medidas destinados a dar efectos a los derechos del niño, así como en las actividades que reciben asistencia internacional o ayuda para el desarrollo;

- e) Al establecer, supervisar y evaluar la reunión de datos, velar por que el interés superior del niño se explicita claramente y, cuando sea necesario, apoyar los estudios sobre cuestiones relacionadas con los derechos del niño;

- f) Proporcionar información y capacitación sobre el artículo 3, párrafo 1, y su aplicación efectiva a todos los responsables de la toma de decisiones que afectan directa o indirectamente al niño, entre ellos los profesionales y otras personas que trabajan para los niños y con ellos;

- g) Proporcionar a los niños información adecuada utilizando un lenguaje que puedan entender, así como a sus familiares y cuidadores, para que comprendan el alcance del derecho protegido

por el artículo 3, párrafo 1, crear las condiciones necesarias para que los niños expresen su punto de vista y velar por que a sus opiniones se les de la importancia debida;

h) Luchar contra todas las actitudes negativas y prejuicios que impiden la plena efectividad del derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, mediante programas de comunicación en los que colaboren medios de difusión, redes sociales y los propios niños, a fin de que se reconozca a los mismos como titulares de derechos.

Según el Comité, en la Observación Gral. N° 14 al dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes:

- a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño;
- b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos;
- c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención;
- d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención;
- e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

CAPITULO V

ANALISIS JURIDICO DEL ART 3.1 DE LA CDN.

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

1. “ En todas las medidas concernientes a los niños”

a) “En todas las medidas”

En cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños su interés superior deberá ser consideración primordial a que se atenderá. El término medida incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos, y demás iniciativas. La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto medidas.

b) “Concernientes a”

El Comité de los Derechos del niño ha sostenido que esta expresión debe interpretarse en un sentido amplio, al quedar comprendidas todas las medidas que pudiesen afectar directa o indirectamente a los niños, de forma individual, colectiva o general.

c) “Los niños”

El término “niños” se refiere a todas las personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención.

El término “niños” implica que el derecho a que se atienda debidamente a su interés superior no solo se aplica a los niños con carácter individual sino también general o como grupo. Así, el Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual.

2. “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”

Aunque no se mencione explícitamente a los **padres** en el artículo 3.1 el Comité ha entendido que el interés superior del niño debe ser su preocupación fundamental, ya que éstos son los primeros destinatarios, luego la sociedad, las organizaciones sociales y finalmente las autoridades. No se trata, pues, de regular sólo la forma en que el Estado trata a los niños cuya tutela por algún motivo ejerce sino de ingresar en el centro de la familia para que desde allí se dé la protección y el reconocimiento de los derechos.

a) “Instituciones públicas o privadas de bienestar social”

Por “instituciones públicas o privadas de bienestar social” debe entenderse a todas las instituciones, formales e informales cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos, tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos.

b) “ Los tribunales”

El Comité ha subrayado que el término “tribunales” alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna.

c) “Las autoridades administrativas”

El Comité pone de relieve que el alcance de las decisiones tomadas por las “autoridades administrativas” a todos los niveles es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación , el cuidado, la salud, el medioambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad.

d) “Los órganos legislativos”

El Comité ha expresado que el derecho del niño a que se evalúe su interés superior y constituya una consideración primordial debe figurar de forma explícita en toda la legislación pertinente, sea que se trate de leyes, decretos reglamentarios o convenios y no solo en las normas que se

refieren específicamente a los niños. Esta obligación también se aplica a la aprobación de los presupuestos, cuya preparación y elaboración exigen adoptar una perspectiva que defienda el interés superior del niño a fin de respetar sus derechos.

3. “El interés superior del niño”

El interés superior del niño debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. Por ello puede definirse al concepto de interés superior del niño como flexible y adaptable. Si bien el Comité ha advertido que dicho carácter puede dejar margen para la manipulación, se requiere una utilización del interés superior orientada a la mejor protección de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos Facultativos.

4. “Una consideración primordial a que se atenderá”

La expresión “a que se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

Por su parte, la expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de fragilidad. Los niños tienen menos posibilidades que los

adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.

CAPITULO VI

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y SU RELACION CON OTROS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONVENCION

1. El interés superior del niño y el derecho a la no discriminación (art. 2)⁴

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

2. El interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6)⁵

Al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

3. El interés superior del niño y el derecho a ser escuchado (art.12)⁶

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño artículo 2: “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”

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño artículo 6: “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

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 le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de éste, en función de su edad y madurez.

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.

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño 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.

CAPITULO VII

LA APLICACIÓN: LA EVALUACION Y DETERMINACIÓN DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

El proceso de aplicación del interés superior del niño consta de dos etapas previas fundamentales, la **evaluación y determinación**.

1- Evaluación del interés superior del niño

La “evaluación del interés superior” es el proceso de valoración y ponderación de todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto desarrollado con su participación en función de su edad y madurez.

La aplicación del interés superior del niño a un caso concreto debe necesariamente comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas (edad, sexo, pertenencia a un grupo minoritario, contexto social, etc.) que hacen que el niño sea único y singular en su individualidad.

El Comité, ha elaborado un listado de elementos de carácter no exhaustivo ni jerárquico, que deben tener en cuenta los responsables de la toma de decisiones al evaluar el interés superior del niño en la medida en que sean pertinentes para la situación concreta de que se trate.

El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto.

La elaboración de esa lista de elementos proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños y en caso necesario se podrían añadir otros elementos que se considerasen

apropiados, siempre con el fin de último de garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico.

Paralelamente, los elementos de la evaluación del interés superior del niño pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso concreto y sus circunstancias. En esas situaciones, se deben ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que atienda mejor el interés superior del niño o los niños.

Además, al momento de adoptar decisiones deben tenerse presente las capacidades del niño y por lo tanto deben contemplarse medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar medidas definitivas e irrevisables.

Entre los elementos a tener en consideración cuando se evalúa el interés superior del niño, el Comité ha incluido:

a) *La opinión del niño:*

Niñas y niños tienen derecho reconocido a participar en la decisión del interés superior. El art. 12 de la Convención establece el derecho a ser escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos, dándoles el debido peso conforme a su edad y madurez.

b) *La identidad del niño:*

Niñas y niños no pertenecen a un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por el art. 8 de la Convención y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.

El Comité aclara que la identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención.

c) *La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones:*

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños, la vida familiar debe ser protegida conforme lo establece el preámbulo y los arts. 5 y 16 de la Convención. Así, cuando las circunstancias lo ameriten es indispensable llevar a cabo una evaluación del interés superior del niño, en el contexto de una posible separación del niño y sus padres. También se requiere la necesidad de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, de conformidad con los arts. 9, 18 y 20 de la Convención.

La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño, en un sentido amplio: todas las que abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno, en general.

La separación del niño de sus padres es una medida que solo debe aplicarse como último recurso y debe tener en cuenta qué responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. En cualquier caso, antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y

restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger a éste. Además en caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales capacitados, con la colaboración judicial apropiada, de conformidad con el art. 9 de la Convención, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño.

Por otra parte, el Estado tiene la obligación de velar por que los niños no estén en acogimiento alternativo de manera innecesaria y porque, cuando en efecto sea estrictamente necesario, el acogimiento alternativo se haga en condiciones adecuadas que respondan a los derechos y el interés superior del niño.

d) Cuidado, protección y seguridad del niño:

La evaluación del interés superior del niño o de los niños, en general, debe tener en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y el desarrollo pleno, como lo prescribe el art.3 párr. 2 de la Convención⁷. El bienestar del niño, en un sentido amplio abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad, al momento de adoptar una decisión pero también valorando la posibilidad de riesgos y daños futuros, como lo impone el principio de precaución.

e) Situación de vulnerabilidad:

⁷ Convención sobre los Derechos del Niño artículo 3 párrafo 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.

Niñas y niños pertenecen a la categoría de grupos vulnerables, pues se considera que por su situación de dependencia, madurez, condición jurídica y menores posibilidades de defender con fuerzas sus propios intereses requieren de protección y cuidados especiales. Sin embargo, esa situación puede verse agravada por la sujeción a condiciones adicionales de vulnerabilidad (discapacidad, sometimiento a refugio, pertenencia a minorías étnicas, entre otras) y ello debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar el interés superior del niño, en un caso concreto.

Los Estados tienen la obligación de priorizar los derechos de estos grupos. Esto significa que resulta necesario la instauración de un sistema que contemple distinciones razonables, en el que se adopten medidas particulares, exclusivamente referidas a dichos grupos y, además, se destinen mayores recursos para llevarlas a cabo.

El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos, relacionadas con esas situaciones específicas como los contemplados en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los refugiados, entre otros instrumentos. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones, deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única.

f) *El derecho al niño a la salud:*

El derecho de niñas y niños a la salud se encuentra reconocido en el art 24⁸ de la Convención, y su estado de salud concreto resulta fundamental para evaluar el interés superior del niño.

En los casos en que hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben ponderar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios.

Por otra parte se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.

Los Estados partes tienen la obligación de asegurar que todos los adolescentes, tanto dentro como fuera de la escuela, tengan acceso a información adecuada que sea esencial para su salud y desarrollo a fin de que puedan elegir comportamientos de salud adecuados.

g) El derecho del niño a la educación:

El acceso a la educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera parte de la niñez, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención, redundan en el interés superior del niño. Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación.

Los Estados deben tener docentes y otros profesionales vinculados a la educación, que estén perfectamente capacitados. También es importante la creación de un entorno propicio para los

⁸ Convención sobre los Derechos del Niño artículo 24: “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”.

niños y la aplicación de métodos de enseñanzas y de aprendizaje apropiados. Satisfacer estas necesidades y fomentar las responsabilidades del niño para superar las limitaciones que pueda acarrearle cualquier situación de vulnerabilidad, responderá a su interés superior.

2- Determinación del interés superior del niño

La determinación del interés superior del niño es el proceso estructurado y con garantías, concebido para establecer cuál es el interés superior del niño, tomando como base la evaluación previamente realizada.

Para garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primordial se deben crear y aplicar algunas salvaguardas procesales adaptadas a sus necesidades. Los Estados tienen la obligación de establecer, en todos sus ámbitos, procedimientos transparentes, objetivos y con garantías procesales estrictas, concebidos para aplicar el interés superior del niño en las decisiones que puedan afectarlo.

Entre las garantías y salvaguardas que debería utilizarse cuando se aplica el interés superior del niño el Comité ha incluido las siguientes:

- a) El derecho del niño a expresar su propia opinión (explicado anteriormente).

- b) La determinación de los hechos: los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse con la intervención de profesionales capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño.

El ámbito en el que se realizan las audiencias debe ser apropiado e inspirar confianza al niño de modo que pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que haya decidido comunicar. Ello puede contribuir significativamente a crear espacios significativos que faciliten y flexibilicen la comunicación entre la autoridad y el niño.

c) La percepción del tiempo: se ha comprobado que los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo, y en consecuencia los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tal motivo, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. La decisión debe corresponder en la medida de lo posible con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle y las decisiones tomadas deben examinarse en intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión.

d) Los profesionales cualificados: las personas autorizadas para dirigir los procedimientos y vincularse con el niño ejercerán varias profesiones y tendrán formaciones culturales radicalmente distintas. Los profesionales cualificados podrían ser maestros, cuidadores, trabajadores sociales, jueces psicólogos, médicos, entre otros.

Los niños constituyen un grupo heterogéneo y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y del adolescente. Por ese motivo, el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo con intervención de un equipo multidisciplinario de

profesionales, con experiencia en el trabajo con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva.

e) La representación letrada: en cualquier caso en que se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior el niño debe responder de representación letrada. Además el niño interviene a través de un representante legal, la autoridad interviniente debe considerar la posibilidad de existencia de conflictos de intereses, particularmente cuando la representación es ejercida por progenitores.

La representación legal no suplanta el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tomada debidamente en cuenta.

Corresponde al niño decidir si ejercerá este derecho directamente o por medio de un representante. Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones.

f) La argumentación jurídica: cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación, se deben señalar las circunstancias de hecho referidas al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos, en ese caso en concreto, y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño.

g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones: los estados tienen la obligación de establecer mecanismos, para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. El niño ha de tener acceso directo a ellos, o por medio de su representante jurídico, si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concebido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas.

h) La evaluación del impacto en los derechos del niño: al momento de adoptar cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto, u otra decisión administrativa que afecte directa o indirectamente a los niños, debe tenerse en cuenta el impacto que este tendrá sobre los derechos del niño. La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles del estado y debe utilizarse en su proceso, como base mínima, la Convención y sus Protocolos Facultativos.

Es recomendable que la evaluación del impacto pueda basarse en las aportaciones de los niños, la sociedad civil y los expertos en la materia, así como de los organismos públicos correspondientes, las investigaciones académicas y las experiencias documentadas en el propio país o en otros.

CAPITULO VIII

LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU RECEPCION EN LA ARGENTINA.

Si bien la Convención de los Derechos del Niño había sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en el año 1990 (ley 23849), con la reforma del año 1994 adquiere relevancia constitucional, brindando una nueva y diferente mirada a la forma de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo es recién en el año 2006 cuando se sanciona la denominada **Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes**, aprobada por el Congreso de la Nación el 28/11/2005, y publicada en el BO el 26/10/2005, que implicó el verdadero compromiso del Estado Argentino en el acabado cumplimiento de las ideas que subyacen en todo el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que había sido asumido de acuerdo a lo establecido en el art 4 de la misma⁹.

Se trata de una ley cuyos contenidos se proyectan en todo el ámbito del territorio nacional. Sus disposiciones hacen operativa a la CDN y se encuentran intrínsecamente relacionadas con ella.

Dicho cuerpo normativo, entre otras cuestiones, deroga de manera expresa la ley 10903, la cual instituía el denominado Patronato Estatal, dejando atrás la concepción paternalista, carácter distintivo de la situación irregular de los menores, y receptando así, de forma clara el paradigma de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescente.

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño 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”.

Esta nueva mirada se proyecta también en las numerosas leyes que las provincias argentinas, en el área de su competencia constitucional, comienzan a dictar en materia de protección de derechos de la niñez y adolescencia.

La doctrina de protección integral implica, la posición de una importante mirada del niño como sujeto de derechos y no mero objeto de decisión por parte de un juez o de un órgano administrativo.

La ley 26.061, por una parte define las políticas públicas que deben establecerse en post de la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por otra, estableciendo dos grupos de medidas a desarrollar para lograr ese objetivo. Entre ellas, se encuentran las destinadas a la protección de los derechos generales, y otras de tipo excepcional que permiten la permanencia de los niños fuera de su medio o ámbito familiar.

La norma, crea un sistema de “orden público”, que implica que no puede ser dispuesto por la voluntad de los particulares, ya que todas sus normas son las que el Estado debe cumplir y hacer cumplir para que los postulados de la CDN sean verdaderamente efectivos en todo el territorio del país.

Las ideas de exigibilidad e interés superior se encuentran íntimamente vinculadas entre sí.: de su cumplimiento efectivo depende la puesta en acción de los postulados de la Convención, y solo con esa marcha activa de derechos es posible hacer que se concrete de manera clara el mejor interés de los niños.

El avance que la ley 26.061 logra en relación al concepto de interés superior del niño se presenta en la re significación y especialmente en la delimitación del mismo, ya que acierta en referir lo que se entiende por interés superior. Así, en su art 3 dispone 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 por esta ley”.

A continuación la norma determina pautas de interpretación al aseverar que para su consideración se deberá respetar:

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

Por último el mismo artículo hace extensiva su aplicación a todas las cuestiones relativas a los niños, niñas y adolescentes y ratifica su orden de preferencia cuando se encuentre en conflicto con otros intereses.

Si bien la ley optó por una fórmula general, ha dado un paso más allá, al precisar una serie de pautas ineludibles a la hora de tomar decisiones que fortalecen la idea de los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos y como sujetos de especial protección.

Por su parte, el otro gran pilar de sustento de la ley 26.061 es la idea omnipresente de exigibilidad, en tanto que su fuerza normativa es de tal trascendencia que ningún operador de

sistema de protección de los derechos podrá desentenderse de sus directivas, sea este el poder ejecutivo, el legislativo o el poder judicial.

Esa exigibilidad conlleva a su plena operatividad, como una forma de dar expreso cumplimiento a la obligación internacional asumida al ratificar la CDN y la obligación determinada por la jerarquía constitucional que adhirió ese instrumento internacional tras la reforma de 1994.

La exigibilidad surge, además, del contenido de orden público que impera en todo el entramado de la ley, ya que sus directrices son irrenunciables, independientes, indivisibles e intransigibles.

Al tener ese carácter de orden público configura un piso mínimo inamovible, a partir del cual de manera progresiva e irreversible, pueden incrementar sus posiciones de derechos fundamentales, pero nunca sortear tal límite, considerado base para la validez y la eficacia del sistema de protección integral.

La exigibilidad se hace evidente tanto por los propios destinatarios de la ley, como son los niños, niñas y adolescentes en ejercicio de las capacidades que la propia norma les otorga; como por todas aquellas personas, familiares, referentes activos, sociales de esos niñas, niños y adolescentes que se presenten haciendo notar la limitación de los derechos de aquellos, como también por todos los organismos del Estado.

VIII. I La actuación concreta de los poderes del Estado

Se pretende que los niños, niñas y adolescentes gocen plenamente de sus derechos, y que su efectividad sea garantizada y profundizada por los tres poderes del Estado, para que de esa manera sea posible realizar el verdadero y profundo cambio que el paradigma de la protección integral implica.

Debe primar entonces la concreción del “principio de efectividad”, ya que el mismo atraviesa todo el derecho constitucional humanitario y “compromete al Estado adoptar todas las medidas necesarias a efectos de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados, generando la inobservancia de este compromiso de responsabilidad internacional.

Desde esta base, todos los poderes del Estado y los operadores del sistema deben estar de manera permanente acordes a las directivas del paradigma de protección integral, plenamente vigente.

En este sentido, los principales obligados a fin de lograr el cumplimiento de los derechos que se reconocen en la CDN son los poderes públicos, quienes deben procurar su instrumentación implementando los medios para su efectivización y tomando las medidas necesarias para su protección.

Por todo ello y como consecuencia directa de la vigencia plena del paradigma de la protección integral, los tres poderes del Estado han tenido que readecuar su forma de actuación, la que debe seguir intensificándose en cada uno de los aspectos de sus áreas de competencia.

VIII.I.I El compromiso del Poder Legislativo

El art 4 de la CDN es claro al establecer que “los Estados Partes adoptaran todas las medidas administrativas, *legislativas* y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. Es decir, al ratificar la Convención, el Estado debía adecuar sus legislaciones internas con el objeto de hacer efectivos todos los derechos en ella contemplados para los niños.

Si bien la Argentina ratifica este instrumento internacional de manera casi inmediata, por ley del Congreso de la Nación 23849 (27/09/1990), ello no implicó que se hicieran efectivas sus directrices.

El legislador constitucional que reforma la carta magna en el año 1994 toma esa conciencia necesaria para llevar a la CDN, junto a otros Tratados Internacionales de DDHH a la máxima categoría legal de nuestro sistema jurídico.

Ello marca el compromiso del legislador de elevar el rango de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo debieron pasar más de 10 años para que el paradigma de la protección integral tuviera su definitiva estructuración con la sanción de la ley 26.061, sancionada recién en el año 2005. Ello importó, en definitiva el cumplimiento de los compromisos asumidos por el legislador en brindar normas específicas que otorgaran la protección legal que las normas constitucionales y trasnacionales presentan.

Se requiere que quienes legislen a nivel nacional, provincial e incluso municipal en relación a derechos de los niños, niñas y adolescentes lo hagan de manera acorde con la promoción y la plena vigencia de la doctrina introducida por la CDN y la ley 26.061.

VIII.I.II El nuevo diseño del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo como ente administrador y ejecutor de las políticas públicas, debe llevar a cabo las acciones necesarias para hacer efectivas las directivas de la CDN.

El art 32 de la ley 26.061 destaca que 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.

De dicho artículo, se desprende la idea de que 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 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.

El conjunto de organismos que sean creados en el Estado Nacional, las provincias y cada una de las ciudades y pueblos de todo el territorio para ejecución de la ley, deben formarse con pautas destinadas al pleno cumplimiento de todos los derechos consagrados en la CDN y la ley 26061. Cabe mencionar, por último, que tanto la Nación como las provincias, han creado a lo largo de los últimos años, las entidades destinadas a la protección de derechos, lo que muestra un verdadero avance en el cumplimiento de la norma.

VIII.I.III Poder Judicial como garante y referente de la protección de derechos

Corresponde decir que la adopción de la ley de protección integral ha tenido un verdadero impacto en el Poder Judicial, tanto en su conformación, como en las prácticas de su funcionamiento.

Existe un impacto central que se vivencia en las nuevas formas de actuación y resolución que deben tener los jueces con competencia en materia de niñez y adolescencia y que han dado un verdadero giro.

En primer lugar, y con base en el principio de capacidad o autonomía progresiva de los niños, niña y adolescentes, ya no es posible adoptar medidas en relación a los mismos sin que sean escuchados y que esa opinión sea tenida en cuenta, de acuerdo a su edad y grado de madurez.

El otro gran impacto que la CDN y la ley 26.061 han tenido, en el ámbito del Poder Judicial es la fuerza pragmática que la referencia al “interés superior” presenta en relación a las resoluciones que en ese ámbito se dictan.

Dicho principio no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias comprobadas en cada caso, por lo que cada institución estatal ha de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten.

Es por ello que los jueces deben tener en consideración todos y cada uno de los bienes necesarios para el desarrollo y la protección integral de ese sujeto de derechos, y eso solo será posible determinando qué le conviene en un momento determinado, en una circunstancia concreta y fundamentalmente teniendo en vista el caso particular en análisis.

VIII.I.III a) El principio de desjudicialización

En materia de niñez y adolescencia debemos diferenciar dos estructuras, por un lado una red de órganos de actuación administrativa dependiente del poder administrador, que debe procurar la composición *extrajudicial* del conflicto mediante abordajes interdisciplinarios, con intervenciones destinadas a recepcionar denuncias y evitar derivaciones inapropiadas, y con el objeto de aplicar y sostener medidas económicas, educativas, sociales, sanitarias, entre otras destinadas a esos fines.

Y por otro una red de estructura de actuación jurisdiccional, compuesta por órganos judiciales que tiene por fin el restablecimiento de los derechos vulnerados y las correcciones necesarias por los medios más específicos. Este sistema está diseñado para que resulte, en la medida de lo

posible, la “última ratio”. La actividad jurisdiccional debe reducirse a su mínima expresión y solo después de haberse agotado todas las medidas extrajudiciales.

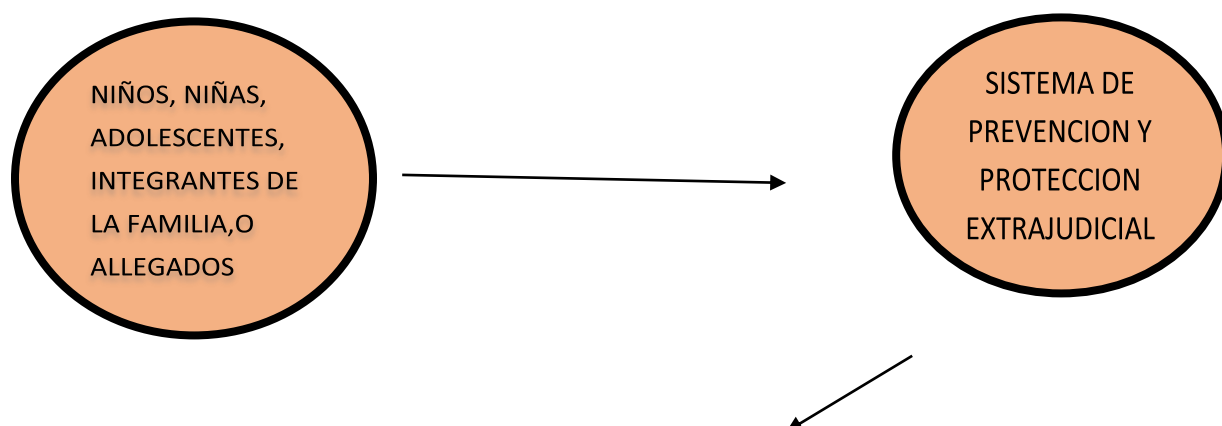
En un primer momento, con la doctrina de “la situación irregular del niño”, aquellos que por algún motivo habían sido objeto de una intervención judicial (en la mayoría de los casos por cuestiones asistenciales o sociales, más que por conflictos con la ley) quedaban inmersos en ese sistema judicial, y a partir de allí todas las cuestiones referidas a su vida quedaban sujetas a la autorización del juez de la causa, lo que implicaba una *judicialización del menor*.

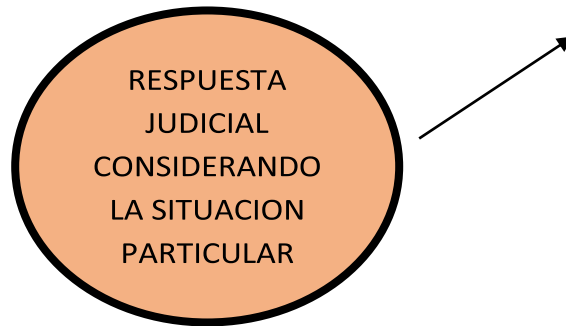
Para que el principio de *desjudicialización* sea efectivo es necesario que el ámbito extrajudicial y el judicial trabajen en forma vinculada y armoniosa (sin perder su autonomía), a los fines de garantizar actuaciones satisfactorias.

El sistema funciona del siguiente modo: la niña, niño, adolescente, e integrantes del grupo familiar o allegados se someten al sistema extrajudicial protectorio y preventivo de carácter administrativo, si el sometimiento fracasara en esta etapa, tienen la posibilidad de recurrir al ámbito judicial para la búsqueda de una solución con el dictado de una medida judicial imperativa, legal, oportuna, que garantice sus derechos.

GRAFICAMENTE:

Figura 1.





Llegado el momento el caso debe ser reenviado a los organismos extrajudiciales que se encargan de acompañar las medidas oportunamente dispuestas hasta que se restablezcan los derechos vulnerados. Si no se lleva a cabo esta “devolución”, es decir esta última etapa está ausente o falla, el caso quedaría atrapado en el ámbito judicial repitiendo el paradigma de la “situación irregular” y resucitando con ello el arcaico sistema del patronato del estado.

Lamentablemente y en la mayoría de los casos la letra y el espíritu de la ley no se hacen efectivos, ello se debe algunas veces por error humano, y muchas otras, por falta de recursos económicos públicos, falta de instrumentación de políticas públicas, la falta de entrenamiento adecuado de los grupos profesionales que trabajan para y con los niños, situaciones que agravan aún más la responsabilidad del Estado ante sus incumplimientos a los deberes y compromisos formalmente asumidos.

Es necesario seguir trabajando para la real efectivización de las leyes de promoción y protección integral, transformar la realidad con acciones serias, suficientes, concretas y de largo alcance.

VIII.I.III b) El interés superior del niño en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación.

Casos previos a la reforma constitucional de 1994:

1) Casos de derecho de identidad y adopción:

a) “Schvartz, Jacobo León y otra s/ adopción del menor Alberto Lorenzo Camino”. Del 16 de diciembre de 1957 (Fallo 239:67). Estaba bajo cuestionamiento la adopción del niño Alberto Lorenzo Camino, formulado por los actores, sobre la base de la diferencia de religión existente entre aquel y estos. La Corte autorizó la adopción, otorgada en primera instancia y rechazada por la Cámara de Apelaciones, pues se había acreditado que el niño había sido recogido por sus padres adoptivos cuando solo tenía cuatro años y medio de edad y en un estado de raquitismo agudo y desnutrición acentuada. Sin embargo, la Corte revirtió la decisión de primera instancia que imponía a los padres adoptivos la obligación de educar al niño, en un determinado género de colegio religioso.

Para fundamentar su decisión, la Corte principalmente asentó los siguientes criterios jurisprudenciales: 1) La falta de identidad de religión entre adoptante y adoptado constituye una de las tantas y variadísimas circunstancias que el juez debe ineludiblemente examinar para formar criterio acerca de si la adopción es conveniente para el menor, y ello en concreto y no en abstracto. 2) No es legítimo, so pretexto de examinar si la adopción es conveniente para el menor, examinar el interés del padre natural, para inclinarse a favor de este toda vez que el interés del menor, que es el que primordialmente tiene en vista a ley, no se identifica con el de cualquier persona.

2) Casos de derecho a la educación:

b) Barros, Juan Carlos, en representación de sus hijos Pablo. A y Hugo M. “Barros c/ Consejo Nacional de Educación y otra s/ demanda de amparo”, del 6 de Marzo de 1979 (Fallo 301:151). La Cámara Federal en lo contencioso administrativo había desestimado la acción de amparo promovida por Juan Carlos Barros en representación de sus dos hijos, de siete y ocho años de edad, respectivamente, quienes habían sido separados de la escuela por negarse a reverenciar los símbolos patrios, según las disposiciones paternas fundadas en las convicciones religiosas. El actor interpuso recurso extraordinario que fue concedido y la Corte revoco la sentencia.

Para admitir la legitimidad de los planteos del amparo, la Corte considero: 1) Cuesta admitir la decisión que afectaba a dos menores de edad carentes de discernimiento cuya actividad meramente pasiva no constituía una manifestación razonada de falta de respeto a los símbolos patrios y si de obediencia a la autoridad paterna. En consecuencia, negar todo acceso a quienes todavía no están habilitados para apreciar por si mismos el valor de esos bienes es impedir la formación posterior del propio juicio y minimizar la función educativa de la enseñanza primaria, con desconocimiento del alto interés nacional. 2) la medida disciplinaria aplicada, por sus efectos y alcances, provoca un serio perjuicio para aquellos, pues reviste el carácter de una inhabilitación permanente para asistir a la escuela pública argentina. Si se considerare el motivo de la conducta, causaría una lesión actual al derecho de aprender, máxime frente a la importancia de la continuidad de los estudios primarios y la periodicidad de los cursos lectivos. 3) el derecho constitucional de aprender y el deber del Estado de asegurar la educación primaria y a su obligatoriedad se oponen la medida impugnada que cierra todo acceso al ejercicio de aquellos derechos y al cumplimiento de esa obligación.

Casos posteriores a la reforma constitucional de 1994:

3) Casos de visitas:

c) “G.M.S c/ J.V.L s/ divorcio vincular”, del 26 de Octubre de 2010 (Fallo 333: 2017). La actora, madre de dos niñas de diez y catorce años de edad, había iniciado un incidente por cesación del régimen de contacto que sus hijas mantenían con su padre, quien estaba acusado de abuso sexual en perjuicio de una de ellas y solicitaba verlas. La primera instancia había hecho lugar a dicha suspensión; a su turno, la Cámara Civil y Comercial había revocado la sentencia, disponiendo que hasta tanto se resolviera el incidente interpuesto debería cumplirse con el régimen de vistas estipulado oportunamente por los padres. Por su parte, el Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires había resuelto hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la madre de las niñas y establecido un sistema de encuentros más acotado y asistido, con la presencia de la psicóloga del Juzgado actuante, hasta tanto se resolviese el incidente de supresión de visitas. Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario y la Corte Suprema, declarándolo admisible, decidió dejar sin efecto las sentencias que autorizaban el régimen de visitas.

La Corte destacó que: 1) Cualquier solución que se adopte debe empezar por recordar que el estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen sus hijos de tener una vinculación permanente con ambos padres son cánones únicamente aceptados, como también lo es que debían favorecerse las medidas que contribuyan a subsanar la deficiencia que se presenta, en la asiduidad del trato, respecto de quien no ejerce la custodia a raíz de la falta de convivencia, en tanto y en cuanto, no medien circunstancias cuya seriedad imponga otro proceder. 2) Frente a la manifestación extrema de violencia, como el abuso sexual, no es razonable que las decisiones se funden maquinalmente. 3) Los jueces deben evitar desenvolverse a espaldas de las disciplinas

de la salud, por lo que el alcance de los mecanismos de intervención judicial deberían establecerse con ajuste a una visión especializada. 4) No es desatinado provocar la inmediata separación del niño respecto del supuesto perpetrador, sobre todo, en un plano estrictamente precautorio con miras a detener el progreso y la perpetuación del eventual abuso y de prudencia, ya que posponer la cautelar a las resultas de una investigación previsiblemente prolongada, podría importar una desafortunada contribución institucional a la consolidación de un perjuicio irreparable. 5) Resulta trascendental la designación de un letrado especializado en la materia para que patrocine a niñas y niños.

4) Caso de alimentos:

d) “Guckenheimer, Carolina Ines y otros c/ Kleiman, Enrique y otro”, del 6 de Febrero de 2001 (Fallo 324:122). La madre, en representación de sus hijos, había suscripto un convenio de alimentos con los abuelos paternos por el incumplimiento del padre, homologado judicialmente. Cuando el padre reinicio el cumplimiento de la prestación, los abuelos dedujeron un incidente de cesación de alimentos, pero esa cesación fue rechazada mediante sentencia firme. Luego la actora firmo un convenio con la hija de los abuelos, en concepto de pago único y total y en el cual estipulaba el cese definitivo de la obligación de los abuelos, que fue impugnado de nulidad e inoponibilidad por el recurrente. El juez de primera instancia había decidido que debía tramitar por la vía ordinaria e hizo lugar al pedido de la madre que prosiguiera la ejecución de alimentos contra los abuelos. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revoco lo decidido. La actora interpuso recurso extraordinario que denegado dio lugar a la queja y la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejo sin efecto la sentencia.

Para adoptar la decisión, la Corte utilizó las siguientes pautas: 1) El interés primordial de los niños, impuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño a toda autoridad nacional en los

asuntos concernientes a estos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos. Por ello, no resulta fundado impedir la continuidad de un procedimiento que busca asegurar la subsistencia de los menores sobredimensionado el instituto de la preclusión al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad. 2) cuando se trata de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias a favor de menores, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los tramites por las vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que hoy cuentan con particular tutela constitucional.

CAPITULO IX

SISTEMA DE PROTECCION PROVINCIAL

Desde el punto de vista del derecho positivo internacional, el 20 de noviembre de 1989, por res. AG 44/25 de las Naciones Unidas, se adoptó y quedó abierta a la firma y ratificación la Convención de Derechos del Niño. Esta fue ratificada por el Estado argentino- previa reserva y declaración interpretativa- en el mismo año a través de la ley 23.849.

La decisión política de adoptar la Convención de Derechos del Niño en el derecho positivo en el año 1990 fue reforzada con la expresa incorporación de ese instrumento al llamado bloque de constitucionalidad en 1994, junto a otros tratados de derechos humanos, en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna.

Años más tarde, precisamente en el año 2005 se sanciona la ley 26.061 (reglamentada por decreto reg. 415/2006)

En el caso de La Pampa, durante la década de los 90 se sancionaron diversas leyes que referían a la situación de la niñez.

Entre ellas encontramos la ley 1270 de Régimen de protección a la minoridad y creación de fuero de la Familia y el Menor en el Poder Judicial que, no obstante haberse sancionado en 1990, es decir, luego de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño, continuaba aplicando el antiguo paradigma del patronato dando escasa participación a Niñas, Niños y Adolescentes. En el año 1991 se sancionó la ley 1556, Normas Complementarias para la protección integral para niños y adolescentes, que si bien adherían a la CDN, no eliminaban el sistema de patronato.

Finalmente, se dictó la ley 2693 de Adhesión a ley nacional 25.854 de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos, y en el año 2013 se sancionó y promulgó la

ley 2703 de Adhesión a los arts. 1º al 41 de la ley nacional 26.061 y a los artículos pertinentes a su decreto reglamentario 415/2006.

Es decir, mientras se estaba mutando hacia el paradigma de la protección integral, la provincia anclaba la regulación de la niñez y las prácticas de los operadores en el paradigma contrario a los derechos humanos protegidos por la CDN.

Le tomo a la provincia de La Pampa siete años- desde la ley nacional- para implementar una ley provincial que, como se verá a lo largo del presente capítulo, aún no ha surtido efectos reales decisivos en la población destinataria de la misma.

El tema de la infancia estuvo durante muchos años en agenda. La capacidad de movilización social y política de los sujetos amparados por la ley es mínima, por lo que sus intereses han estado representados por adultos que puedan mantener la discusión y el debate en la esfera pública, hasta que finalmente se obtuvieran consensos y se dictó de la ley 2703.

Ley 2703.

La ley provincial en materia de niños, niñas y adolescentes se presenta con una estructura que se divide en tres títulos. El título primero corresponde a las disposiciones generales; el segundo al Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes propiamente dicho que está compuesto por cinco capítulos: I) Medios y pautas de funcionamiento, II) Organismos administrativos. III) Programas de protección de derechos, IV) Medidas de protección integral de derechos y V) Procedimientos, cada uno de ellos integrados por sus respectivas secciones.

Finalmente, el tercer título refiere a la aplicación de la ley.

La ley 2703, Título Primero en las disposiciones generales, comienza haciendo referencia a la regulación de la ley nacional y al principio de rigor mediante el cual en caso de discordancia o

contrariedad entre una disposición contenida en las leyes que apliquen en la materia, sean nacionales o provinciales, prevalecerá la que sea “más favorable en el caso concreto para la plena satisfacción del niño/a y adolescente”.

Los arts. 3º y 4º hacen referencia al establecimiento de un sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes y a que las políticas públicas se implementaran mediante un conjunto articulado de acciones entre provincia, municipios y organizaciones civiles integradas debidamente al sistema, tal y como lo prevé la ley 26.061.

Bajo el Título Segundo, la ley establece el Sistema de Protección Integral. En el capítulo primero se establecen los medios y pautas de funcionamiento, tales como la conformación del sistema de protección integral, la autoridad de aplicación y las líneas de acción que se corresponden relativamente con las propuestas realizadas por la ley 26.061 en sus arts. 4.b); 14; 15, primera parte; 20; 25, primera parte; 33 y concs.

Sin embargo, es dable destacar que dentro de estas líneas de acción el gobierno provincial introduce dos criterios de sumo interés: 1) la obligada incorporación de la dimensión de *género*, en los términos del art. 6º, inc. g): “incluir la dimensión de género en la planificación de las Políticas Públicas de modo que las mismas garanticen la igualdad de oportunidades entre mujeres y varones y 2) la introducción de gestiones para “identificar y localizar padres, madres, responsables, niñas, niños y adolescentes desaparecidos/as” (art. 6º, inc. f).

A continuación, el capítulo 2, sección primera, establece que la autoridad de aplicación será el Ministerio de Bienestar Social (ya existente a la fecha) “u organismo que lo reemplace”.

Según la nueva ley 2703, este Ministerio tendrá la función de formular programas y servicios con el fin de implementar la política de promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la familia; la coordinación e implementación de políticas públicas; ejecutar descentralizadamente

los programas, planes y servicios de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes; y por sobre todo, promover metodologías de intervención que favorezcan la integración social, al solidaridad y el compromiso social en la protección de la familia.

La sección segunda de la ley 2703 crea el Consejo Provincial de la Niñez y Adolescencia, que se encarga del monitoreo y evaluación de los programas y acciones en relación a niños, niñas y adolescentes. Las características de la selección de su presidencia, potestad de autorreglamentarse, entre otras funciones específicas del órgano pueden encontrarse en los arts. 10 a 14.

La sección cuarta crea la figura del defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes, quien tendrá a cargo velar por la protección y promoción de sus derechos. Los asuntos deferentes a la forma de designación y remoción, duración en el cargo, requisitos, incompatibilidades, presupuesto, funciones, informe anual, atención de casos gratuitamente, causales de cese, posibilidad de designar un adjunto, obligación de colaborar, obstaculización y deberes establecidos en los arts. 20 a 35 tienen su correlato similar en el cap .III, arts. 47 a 64 de la ley nacional. Ni a nivel provincial ni a nivel nacional se ha llamado a concurso por este cargo.

La sección quinta corresponde a las organizaciones no gubernamentales. Estas, para poder integrar el sistema de protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes deberán registrarse bajo las condiciones que más adelante establece la sección sexta. Creativamente, y tal vez como respuesta a las características sociodemográficas antes aludidas, la ley incorpora la posibilidad de que personas físicas se postulen y sean asimiladas en sus funciones dentro de las pautas legales de la ONG. Dicha equivalencia y el modo de llevarla a cabo no queda clara en ninguno de los decretos reglamentarios.

En cuanto a las obligaciones de la ONG (art.41) puede decirse que son exactamente iguales a las establecidas por el art.66 de la ley nacional. Entre ellas encontramos la obligación de respetar y preservar la identidad de Niñas, Niños y Adolescentes, no separar hermanos, no limitar derechos que no hayan sido limitados por decisión judicial, garantizar el derecho a ser oídos, a mantener a los Niños, Niñas y Adolescentes informados, a brindarles atención personalizada, etcétera.

El capítulo tercero, por su parte, destinado a los programas de protección de derechos, establece los tipos de programas que deberían implementarse entre los cuales enumera: programas de identificación; de promoción y defensa de derechos; de formación y capacitación para madres, padres, tutores y guardadores; de formación y capacitación para personas que se dediquen a la atención de las Niñas, Niños y Adolescentes; recreativos y culturales; becas y subsidios; asistencia técnico jurídica; programas de localización; de orientación y apoyo; de asistencia directa, cuidado y rehabilitación y de otorgamiento de patrocinio letrado gratuito.

El capítulo cuarto trata sobre medidas de protección integral de derechos que define como aquellas que se toman ante la amenaza o violación de derechos y/o garantías de Niñas, Niños y Adolescentes. La ley prevé que en caso de que los denunciantes sean los mismos Niñas, Niños y Adolescentes, estos deberán ser asistidos psicológicamente. En cualquier caso, ante una violación o amenaza deberán tomarse las medidas necesarias para poner a los niños, niñas y adolescentes en resguardo y hacer cesar las consecuencias.

Estas medidas podrán ser tomadas por el Poder Judicial y dependencias en caso de que las denuncias hayan sido recibidas por ellos o bien por la autoridad de aplicación en caso de haber recibido la denuncia de las fuerzas de seguridad. Según la ley, la autoridad de aplicación podrá solicitar la sustitución, modificación o revocación de la medida adoptada por la autoridad judicial. A tal efecto, según el decreto reglamentario, deberán establecerse guardias.

Acto seguido se introduce una cláusula de desjudicialización de la pobreza (art.49 que tiene su correlato en el art.3, párr. 3º, ley nacional, y reitera, en similares líneas, lo dispuesto previamente por la ley provincial 1556, art. 7º).

Las medidas de protección pueden ser sustituidas o modificadas y se extinguirán cuando cesen las causales que le dieron origen.

Las medidas excepcionales serán de carácter provisional, por tiempo limitado y como *última ratio*¹⁰. Podrán prorrogarse solo una vez. A su vez, deberá presentarse un proyecto para trabajar con la familia de los niños, niñas y adolescentes para evitar su repetición. Según el decreto reglamentario, deberán ser tomadas por la autoridad de aplicación a menos que esta haya delegado tal facultad. Indefectiblemente, la autoridad judicial intervendrá en casos en que se requiera internación o cuando la situación amerite la participación del órgano.

Finalmente, el último capítulo del título segundo, el capítulo quinto, se dedica a los procedimientos. La sección primera establece las garantías del procedimiento entre las que reconoce, además de todos los establecidos por la Constitución Nacional, tratados internacionales ratificados por el Estado argentino y la ley 26.061, el derecho de los/las niños, niñas y adolescentes a ser escuchado, a participar activamente, a la prohibición de injerencias arbitrarias en su vida privada, a recurrir las decisiones que involucren sus intereses, derechos o garantías. La inobservancia de estas se traducirá en nulidad absoluta de las actuaciones.

¹⁰ Ley 2703 artículo 52. Medidas excepcionales: Son medidas excepcionales, de carácter provisional y por tiempo limitado, todas aquellas que impliquen la separación de la Niña, el Niño o el/la Adolescente de su centro de vida. Se establecen aquí como medidas excepcionales las siguientes: a) Colocación en hogar de convivencia transitoria o similar; y b) Acogimiento en ámbito familiar sustituto. Estas medidas excepcionales, dada su extrema gravedad, sólo pueden ser dispuestas como último recurso, acreditada la idoneidad y el agotamiento de las medidas de protección comunes y por tiempo máximo determinado acorde a cada caso, prorrogables por única vez por plazo determinado. Deberá acreditarse y fundarse la idoneidad de la medida y junto con su solicitud se presentará un proyecto de trabajo, en el que se deberá dar cuenta de la intervención proyectada durante el tiempo que dure la medida excepcional y que tenga como objetivo trabajar con el grupo familiar o de pertenencia de la Niña, el Niño o la/el Adolescente a efectos de promover la modificación de las causas que llevaron a la situación de amenaza o violación de derechos, con el objetivo de reintegrarla/lo en dicho ámbito.

La sección segunda, acerca del procedimiento administrativo, establece como principio que todas las personas integrantes del sistema de protección integral deberán observar los principios del procedimiento establecidos, entre los cuales consta el deber de fundar los actos administrativos bajo pena de nulidad, esto no es más ni menos que la derivación del principio de acceso a la justicia y debido proceso que impregna todas las regulaciones sobre la infancia.

Con respecto a las medidas excepcionales, se establece que estas deberán ser revisadas por autoridad competente, aunque dicho procedimiento no tendrá carácter suspensivo.

La tercera y última sección, referida al procedimiento judicial, establece que el órgano competente para tramitar el proceso establecido por la ley son los Juzgados de Familia y Menor de la provincia de La Pampa y en todo lo que no esté previsto por la ley, aclara, se regirá por el Código Procesal Civil y Comercial provincial. El art.62 establece, en síntesis, que para llevar a cabo el procedimiento se deberá citar a los niños, niñas y adolescentes y su familia o responsable (ese será el momento oportuno para que presenten todas las pruebas disponibles) y que serán parte necesaria del proceso bajo pena de nulidad al asesor de Menores y el letrado patrocinante de la niña, el niño o el adolescente en caso de que se hubiese designado. La sentencia será recurrible.

Finalmente, el tercer y último título de la ley establece que deberán identificarse las partidas presupuestarias necesarias para dar cumplimiento a la ley; deroga “aquellos artículos de la ley 1270 y toda otra normativa que se oponga a la presente a partir de su entrada en vigencia” y otorga el plazo de un año prorrogable por única vez por un periodo igual para que el Poder Ejecutivo provincial arbitre las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la ley, lo mismo para el Poder Judicial. Para el Poder Legislativo, el plazo es de un año sin posibilidad de prórroga.

Decretos reglamentarios 853/2013 y 1296/2013.

El dec. 853/2013 rige desde su publicación en el Boletín Oficial el 15 de noviembre de 2013, reglamenta los arts. 42 a 44 de la ley 2703 es decir, lo referente al Registro de la ONG otorgando un plazo de 30 días para registrarse manifestando dicho interés en la Dirección General de la Niñez. Asimismo, la Dirección indicara el plazo general y común a todas las entidades para que informen ante dicha autoridad el proceso que adoptaran para la selección de sus representantes ante el Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia.

El dec. 1296/2013, que rige desde su publicación en el Boletín Oficial el 3 de enero de 2014, se ampara en su par de carácter nacional puesto que “estima indispensable adoptar los criterios rectores del decreto nacional 415/2006, toda vez que la referida ley ha adherido a los mismos y constituye la norma reglamentaria de la ley 26.061”. Es de destacar, una vez más, que dicho decreto es tan solo una reglamentación parcial de la ley 2703, puesto que regula solo treinta y ocho de los sesenta y nueve artículos de la ley provincial.

Por su parte, el decreto reconoce la competencia indelegable de las autoridades comunales para establecer políticas públicas locales que promuevan la protección, asistencia y consolidación de los derechos de la niñez, adolescencia y familia siguiendo las bases de la ley 26.061 en cuanto aplicar las medidas menos invasivas de la vida privada de Niñas, Niños y adolescentes y sus familias y menos perjudiciales hacia las más extremas de manera excepcional y ascendente. Establece que la autoridad de aplicación será ejercida por la Dirección General de la Niñez y Adolescencia dependiente de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia (*u organismos que los sustituyen*) y le da la posibilidad de realizar convenios y programas directamente con las

autoridades municipales o nacionales. Seguidamente, designa como representantes ante el Consejo Provincial de la Niñez y la Adolescencia a los ministros de Bienestar Social, de Salud y de Cultura y Educación que tendrán un mandato de 2 años. Sin embargo, no reglamenta el resto de los integrantes ni el funcionamiento efectivo del Consejo.

Subsiguientemente deja sin reglamentar todo lo atinente al defensor de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (cap.2º, secc. 4ª de la ley 2703, arts. 20 a 35). Tampoco reglamenta nada respecto a las obligaciones de la ONG (art. 41, ley 2703) aunque, paradójicamente, regula lo concerniente a las sanciones en caso de inobservancia de la ley 2703.

Con respecto a la desjudicialización de la pobreza (art. 49) citado con anterioridad, el decreto establece que “cuando la situación de vulnerabilidad o violación de derechos guarde relación con situaciones estrictamente sociales, la adopción de medida de protección corresponde a la autoridad comunal competente y/o a las Unidades Regionales de Protección si estas últimas se hubieran constituido”, aunque la autoridad de aplicación podrá requerir los informes técnicos que le permitan supervisar en general las medidas de protección adoptadas en toda la provincia.

Lo relativo a la intervención judicial en casos de medidas de protección integral de derechos (cap. IV, art.53), así como las garantías de procedimiento (cap. V, secc. 1º, arts. 54 y 55) y los principios del procedimiento legislativo (cap. V, secc. 2ª, art. 56) quedan también deliberadamente sin reglamentar

La provincia de La Pampa ha sido una de las últimas en adherir al sistema nacional de protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

Destacan en la ley la idea de descentralización (y por media de ella quizá el objetivo de la inmediatez), la mirada del género, la propuesta de designación de un defensor, la participación de la ONG y de Niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones, sin embargo ninguna de

estas llamativas características se encuentran implementadas, por lo que si bien la ley es una herramienta invaluable en la construcción de la ciudadanía de la infancia y la adolescencia, por si sola, no es suficiente.

Al mismo tiempo, resulta llamativo que en los decs. regs. 853/2013 y 1296/2013 de la ley permanezca en absoluto silencio todo lo atinente al defensor de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y otros temas sensibles. No se regularon varias secciones de la ley (incluso secciones completas fueron omitidas) y ello, o bien puede interpretarse como una voluntad política deliberadamente orientada a no comprometerse, o bien refleja la falta de consenso y la necesidad de seguir trabajando para lograr la efectivización del sistema de protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

La plena y efectiva implementación de la CDN requiere de verdaderas transformaciones, de cambios de paradigmas reales. De nada sirve repetir, o incluso transcribir la CDN, si el Estado argentino (nacional y provincial) no es capaz de dar vida a la letra de sus leyes. El trabajo legislativo realizado por la provincia es noble, pero no debe permanecer en una mera declaración de principios.

Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia.

1) “Avendaño de Ferradas, Susana y Ferradas, Antonio s/ Recurso de Amparo”, del 13 de Noviembre de 2001 (expediente 467/00). Un matrimonio argentino residente en Canadá había planteado un amparo ante el Juzgado de la Familia y el Menor a efectos de que no se publicase en el matutino La Arena, de la provincia de La Pampa, información referida a un expediente judicial que lo involucraba en relación a una niña cuya guarda les había sido otorgada. El referido matutino había publicado la información alegando que se encontraba en juego la

comisión de un delito por parte del personal policial provincial y por la presunta inobservancia del sistema vigente en relación a la guarda preadoptiva. Ante la solicitud de los demandantes, el Juzgado dictó una medida cautelar que prohibía propalar o insertar imágenes o el nombre de la niña. Esa resolución fue confirmada por la Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial. El Superior Tribunal de Justicia rechazó el recurso extraordinario provincial interpuesto por La Arena, privilegiando el derecho a la identidad de la niña.

El máximo tribunal provincial, utilizando algunos fundamentos ya vertidos por la Corte Suprema de Justicia de La Nación, siguió los siguientes vertidos: 1) Los jueces, sobre quienes pesa la obligación de atender al interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva, atento a la insuficiencia de las responsabilidades ulteriores para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de la identidad del menor que reclama por su filiación en juicio.

2) Una vez conocido públicamente este secreto tan íntimamente guardado, son imprevisibles los efectos perniciosos que esa circunstancia puede causar en su personalidad, por lo que, dado que la situación de incertidumbre señalada se genera respecto de un incapaz, mal puede sostenerse la posibilidad de que una reparación ulterior subsane el daño que dicha divulgación provoque. Ello máxime cuando no se ha invocado que la intervención periodística responda al esclarecimiento de asuntos vinculados con la cosa pública, móvil que podría justificar la existencia de un interés social en la intromisión de la esfera privada.

3) No se está, lisa y llanamente, frente a un supuesto de censura previa tal como lo pretende la recurrente, ni tampoco frente a un exceso en la tutela necesaria para preservar la intimidad de la menor involucrada.

4) La tutela debe limitarse a la publicación de aquellos datos que propicien o permitan su identificación, entre ellos, su nombre, imagen, domicilio o cualquier otro extremo que previsiblemente pueda conducir a su

identificación. 5) Del contenido de esa resolución no resulta que se está prohibiendo a la empresa periodística recurrente difundir cualquier noticia, pensamiento o idea; tampoco que efectúe críticas o comentarios, sino solamente que lo que publique no permita la identificación de la menor, para que no se violen sus derechos.

2) “S.G.N. c/ P.E.Y.R. y P.C.A s/ impugnación de paternidad y filiación”, del 5 de Septiembre de 2012 (Expediente 1228/11). S.G.N. demandó al matrimonio P.E.Y.R. y P.C.A. con el objeto de impugnar la paternidad sobre la niña N.I.A.P, argumentando que durante algunos años había mantenido una relación sentimental con la mujer y que habría quedado embarazada de su parte. Paralelamente, había planteado la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil, en cuanto veda la acción al padre biológico.

El matrimonio había contestado la demanda negando los hechos, pero sin desconocer expresamente la condición de padre del actor. La Asesora de Menores y el agente del Ministro Público se pronunciaron por la inconstitucionalidad de la norma.

El Juzgado de Familia y el Menor, al momento de sentenciar, siguió este último criterio. El matrimonio apeló la decisión y la Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial decidió hacer lugar a lo solicitado en el recurso y revocó la declaración de constitucionalidad. A su turno, el Superior Tribunal de Justicia hizo lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto, caso la sentencia de la Cámara de Apelaciones y declaró la inconstitucionalidad requerida.

La Cámara de Apelaciones sostuvo que para el logro de una solución adecuada, la que siempre presentara graves dificultades y seguramente dejara secuelas, debe partirse del caso concreto analizando las circunstancias, desde el interés superior del niño y no desde los derechos de los padres biológicos o legales que se consideren conculcados. Indico que no puede desplazarse a la

niña de su estado de familia legítima y de su entorno, porque no podría comprender las razones de la medida y ello afectaría la madurez. Dispuso, por último, que cuando la niña cumpla los catorce años, contando con autorización judicial y un curador ad litem, podrá, si así lo quiere, ejercer su derecho para completar su verdad de origen y, para ello, sus padres, en actuación responsable, conforme se vayan dando las circunstancias de la vida, la informaran de la existencia de esta causa.

Ya en un fallo anterior, “Martínez, Marcelo Rubén c/ Campo, Sandra Marina s/ Impugnación de Paternidad” (Expte. 15184/08 r.CA.), de fecha 15 de Junio de 2006, la Cámara había utilizado como criterios la “estabilidad en las relaciones familiares” y el “orden público familiar” para rechazar un planteo de inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil.

El Superior Tribunal de Justicia, por su parte, sentó los siguientes estándares: 1) Existe una postura doctrinaria que se pronuncia por la constitucionalidad del artículo 259 del Código Civil a partir del fundamento del mantenimiento de la paz familiar por sobre el derecho a la identidad, considerando que este último derecho no estaría afectado en definitiva ya que podría ser concretado con posterioridad, cuando el niño tenga la edad adecuada. Otra postura sostiene que la falta de legitimación del padre biológico sería inconstitucional porque existe una efectiva vulneración del derecho a la identidad del niño involucrado. 2) En el ámbito de la jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Kroon y otros v. Países Bajos”, de fecha 27 de Octubre de 1994, declaró que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no se impugna por el marido de la madre es violatoria del derecho a la vida familiar previsto en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. 3) La limitación que surge del artículo 259 del Código Civil vulnera no solo el principio de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia contemplado en la Constitución

Nacional sino también el derecho a la identidad consagrado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme lo prevé el inciso 22 del artículo 75 del texto constitucional. 4) Los valores fundamentales que deben prevalecer son el derecho a la identidad y el interés superior del niño. Todo hijo tiene derecho a saber quién es su verdadero padre y a gozar de la relación correspondiente desde su más temprana edad. Como contrapartida, todo hombre tiene derecho a saber de quién es padre y a ejercer su paternidad de manera responsable. Estos valores deben estar por encima de una pretendida armonía familiar, que en realidad no existe, puesto que está basada fundamentalmente en la intención de ocultar la verdad biológica.

CAPITULO X

REFLEXIONES FINALES

El recorrido histórico desarrollado a lo largo de nuestra tesis refleja fielmente el avance logrado a lo largo de todos estos años en materia de niñez y adolescencia. Pese a que la niñez ha existido desde siempre, y los niños han sido sujetos de derechos, no siempre fueron reconocidos como tales.

No obstante, y sin dejar de lado este reconocimiento, es visible la brecha existente entre el discurso y la realidad, que muchas veces transforma en letra muerta a la ley.

Si bien es comprensible, el difícil proceso de internacionalización y readecuamiento por el que deben atravesar los Estados cuando se da un cambio de paradigma que innova conceptos y teorías, debe existir como complemento la responsabilidad y el compromiso de los mismos en promover políticas públicas de la infancia que reflejen dicho avance y así lograr el objetivo concreto de garantizar a los niños, niñas y adolescentes los derechos reconocidos por el derecho constitucional de los derechos humanos, y en especial por la CDN.

Lo expresado, no podría ser de otra manera, ya que goza de plena operatividad el principio de efectividad receptado en esos tratados internacionales suscriptos por nuestro país, por lo que existe una clara obligación de los Estados y cada uno de sus poderes en adoptar todas las medidas necesarias.

Ya no hay excusas, las leyes de protección de la niñez y adolescencia y los organismos públicos están , pero aún resta cumplir y actuar con seriedad , ya que la satisfacción de los derechos de NNA, no debe soslayarse más. LOS NIÑOS, PRIMERO

BIBLIOGRAFIA

OBRAS

- BERTOLE, Cecilia - COLOMBATO, Lucia Carolina “La incorporación de nuevos sujetos y nuevos derechos humanos en La Pampa (1994-2013)” EdUNLPam, Santa Rosa La Pampa, 2015.
- FERNANDEZ, Silvia Eugenia “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” Tomo I y II Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “La familia en el nuevo derecho” Tomo II Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

ARTICULOS

- BELOFF, MARY “Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar” Revista Justicia y Derechos del Niño, www.unicef.cl Santiago de Chile, 1999.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”. Revista Justicia y Derechos del Niño, www.unicef.cl Santiago de Chile, 1999.

- LOPEZ CONTRERAS, R.E “Interés superior de los niños, niñas y adolescentes: definición y contenido” Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, niñez y juventud, 2015

NORMATIVA

- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, 2005
- Ley 2703 Adhesión a los artículos 1 a 41 de la ley nacional n° 26061 y a los artículos pertinentes a su decreto reglamentario n° 415/06.
- Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, Mayo 2013.