



La constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina



Nicolás Espejo Yaksic
Domingo Lovera Parmo
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA

Nicolás Espejo Yaksic
Domingo Lovera Parmo
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© VVAA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
06100 Ciudad de México
Telf.: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1169-337-0
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/premsa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

Argentina

Florencia Moggi*

Diego Morales**

* Socióloga, Asistente del Equipo de Gestión, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, Argentina.

** Abogado, director del Área de Litigio y Defensa Legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, Argentina.

SUMARIO: A. Contexto nacional; B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante; I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente; II. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; III. Derecho a la vida; IV. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; V. Derecho a la salud; VI. Derecho a la educación y el derecho a la igualdad y la no discriminación; VII. Derecho a la seguridad social; VIII. Derecho a la vivienda; E. Conclusiones.

A. Contexto nacional

La República de Argentina es un Estado representativo, federal y republicano.¹ La forma de gobierno es representativa, dado que el pueblo gobierna por medio de representantes elegidos a través del voto obligatorio. Su carácter federal permite que conviva el Gobierno federal, que abarca todo el territorio de la nación, con los gobiernos provinciales. Cada provincia dicta para sí una constitución bajo el régimen mencionado, establece su administración de justicia, régimen municipal, la educación primaria,² y conserva todos los asuntos que no delegó de manera expresa al gobierno federal.³ El poder se organiza a partir de tres órganos: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. El Poder Legislativo se representa a través de un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la Ciudad de

¹ Constitución de la Nación Argentina, artículo 1.

² *Ibidem*, artículo 5.

³ *Ibidem*, artículo 121.

Buenos Aires.⁴ El Poder Ejecutivo de la Nación es desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".⁵ El Poder Judicial es ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los tribunales inferiores federales establecidos por el Congreso de la Nación.⁶ El control de constitucionalidad en Argentina es de carácter difuso, realizado por cada uno de los jueces que intervienen en los casos.⁷ Este control debe ser realizado por todos los jueces con independencia de su jurisdicción federal o provincial.⁸

La reforma constitucional de 1994 incorporó en el ámbito del Congreso de la Nación a la Auditoría General de la Nación, como órgano de control externo del sector público nacional,⁹ y al Defensor del Pueblo de la Nación como órgano independiente para la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en

⁴ *Ibidem*, artículo 44.

⁵ *Ibidem*, artículo 87.

⁶ *Ibidem*, artículo 108.

⁷ Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Thomas, E. c. EN s/medida cautelar, Fallos: 333:1023, cons. 8. En el caso la Corte Suprema revocó una decisión judicial dictada en el marco de una medida cautelar que decidió la suspensión en toda la Argentina de una ley del congreso. Allí explicó que "el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en caso que lo haga ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia erga omnes". "El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura. En una acción como la precedente, ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma erga omnes ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, a fortiori menos aún puede ejercerla cautelarmente".

⁸ Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Artigué Pablo s/restitución de detenido, 25 de marzo de 1994, cons 11, dijo "esta Corte ha declarado que todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde, y que desde todo punto de vista sería inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes, pues deben tratar todas las cuestiones federales propuestas (art. 31 de la Constitución Nacional, Fallos: 308: 490, 311:2478 y sus citas)".

⁹ Constitución de la Nación Argentina, artículo 85.

la Constitución y las leyes.¹⁰ También, en la reforma se incorporó el Ministerio Público, órgano independiente integrado por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, con la función de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República".¹¹ Por último, la reforma creó el Consejo de la Magistratura que tiene a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.¹²

Argentina es considerado un país de ingresos mediano-alto (USD 2,501,427.94), con una población total de 45808,747 habitantes en 2021,¹³ de los cuales 51% son mujeres y 49%, hombres. La población menor de 18 años se distribuye de manera desigual en todo el país. Gran parte de las provincias de las regiones noroeste y noreste tienen un mayor porcentaje de niños, niñas y adolescentes (NNA), mientras que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el menor porcentaje. Los 13192,919 de NNA de la Argentina representan 28.8% de la población. Los menores de 5 años representan 9.7%; de 6 a 12 años, 11.4%, y de 13 a 17 años, 7.7% del total de la población.¹⁴

En marzo de 2022 se indicó que la pobreza infantil y de adolescentes (0-17 años) fue de 51.8%, con una tasa de 54% en el caso de los adolescentes de entre 12 a 17 años. La tasa de pobreza multidimensional alcanzó 51.4 %, afectando a 5.5 millones de menores de 14 años. De ese total, 38.8% son pobres no indigentes, mientras que 12.6% se encuentra en extrema pobreza. Las menores tasas de pobreza se dieron en la región pampeana, con 35.3%, y patagónica, con 31.5%. Por el contrario, la región con mayor tasa de pobreza fue la de Cuyo, con 42.7%. Las regiones

¹⁰ *Ibidem*, artículo 86. Argentina no cuenta con defensor o defensora del pueblo desde 2009, cuando renunció el entonces defensor del pueblo, Eduardo Mondino.

¹¹ Constitución de la Nación Argentina, artículo 120.

¹² *Ibidem*, artículo 114.

¹³ <https://datos.bancomundial.org/?locations=XT-AR>

¹⁴ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/senaf_dngdi-indicadores_nna-aspectos_demograficos-arg2021_25_abr_2022.pdf

del norte presentaron tasas similares a las de Cuyo, el noreste, 39.4%, y el noroeste, 39.2 por ciento.

En los aglomerados urbanos, en 2020 más de 27% de los hogares estaban en condiciones de hacinamiento y 44.4% de las personas que viven en esos hogares, en situación de pobreza.¹⁵ Aproximadamente 4 millones de personas que habitan las áreas urbanas de Argentina viven en barrios populares, de los cuales 1.5 millones son niños, niñas y adolescentes; 15.5% de los menores de 18 años sufrieron inseguridad alimentaria severa durante en 2021. La inseguridad alimentaria en la población de 13 a 17 años es de 18.9%, que desciende a 16.7% en chicos de 5 a 12 años y a 9.5% en el grupo de niños de 0 a 4 años.¹⁶

En cuanto a los niveles educativos, la tasa de escolarización del nivel primario alcanza 98%, lo que da cuenta de que la cobertura en la escuela primaria es prácticamente universal. Últimamente se evidenció un incremento de la participación en establecimientos del sector privado en detrimento del sector público. La tasa de escolarización del nivel secundario, por su parte, es de un 89.5%. En Misiones, Santiago del Estero y Chaco los porcentajes son los más bajos del país (70.1, 75.2 y 76.2%, respectivamente) mientras que en CABA, Santa Cruz y Chubut están los valores más elevados (99.6, 97.9 y 97.4%, respectivamente).¹⁷

Está prohibido por la ley el trabajo de las personas menores de 16 años. Las excepciones existen en casos en que los niños, niñas o adolescentes sean mayores a 14 años y trabajen en empresas familiares; sin embargo, de acuerdo con la Encuesta de Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes¹⁸ realizado en 2016-2017, 35.3% de adolescentes trabajan entre 10 y 36 horas semanales. Aquellos y aquellas que trabajan entre 10 a 3 horas constituyen 33.4 por ciento.

¹⁵ Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, 2021.

¹⁶ <https://www.bancodealimentos.org.ar/novedades/cifras-del-hambre-en-argentina-y-el-mundo/>

¹⁷ https://cms-test.argentinosporlaeducacion.org/media/reports/El_estado_de_la_educacion_Argentina.pdf

¹⁸ https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/eanna_2018.pdf

Los resultados de la Encuesta Complementaria sobre Poblaciones Indígenas, publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, determina que 10,329 personas se reconocen descendientes o pertenecientes a un pueblo indígena.

B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno

Argentina ha suscrito tratados internacionales sobre derechos humanos —en general— desde 1984.¹⁹ Ese año decidió ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, su protocolo facultativo núm. 1 y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos de la ONU. Entre 1985 y 1990 ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura u otros tratos penas crueles, inhumanas o degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A su vez, la reforma constitucional de 1994, en la siguiente década, estableció que todos estos tratados internacionales de derechos humanos mencionados en el párrafo anterior y las declaraciones Universal y Americana sobre Derechos Humanos de 1948 adquirieran jerarquía constitucional. El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional determinó que los tratados internacionales sobre derechos humanos y declaraciones citadas que

tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

¹⁹ Hasta esa fecha, Argentina había suscrito en particular dos tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1956) y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1968).

Después de la reforma constitucional de 1994, Argentina ratificó otros tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. En estos tres casos, el Congreso de la Nación a través del procedimiento especial establecido en el artículo 75 inc. 22 tercer párrafo les otorgó jerarquía constitucional. También se ratificaron otros tratados internacionales sobre derechos aunque no se les haya otorgado jerarquía constitucional, por ejemplo, la Convención Internacional de ONU para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, o la Convención de ONU sobre la Desaparición Forzada de Personas.

La Corte Suprema de la Justicia de la Nación (CSJN), en tanto órgano máximo del Poder Judicial,²⁰ consideró que la interpretación judicial de los tratados internacionales sobre derechos humanos debe guiarse de manera principal por la jurisprudencia y observaciones de los órganos de aplicación de esos instrumentos internacionales, por ejemplo, en *Giroldi*,²¹ y en *Simón*.²² En otros supuestos, estableció que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) deben en principio "ejecutarse" según los términos del artículo 68 de la Convención

²⁰ Conviene tener en cuenta que más allá del control difuso de constitucionalidad que existe en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado reglas sobre la obligatoriedad de sus fallos en materia de interpretación judicial del derecho "común" que todos los jueces (federales y/o provinciales) deben aplicar al momento de resolver casos. En este sentido, corresponde señalar, por otro lado, que cuando esta Corte revoca una sentencia con fundamento en que la inteligencia asignada a una norma de derecho común es incompatible con la Constitución Nacional y en virtud de ello adopta una interpretación diferente, la decisión es de seguimiento obligatorio por el resto de los tribunales del país a menos que estos acerquen nuevas y fundadas razones para demostrar claramente el error e inconveniencia (Fallos: 337:47; 341:570; entre muchos otros), en cuyo caso el Tribunal debe considerar esas razones. Por consiguiente, la determinación por parte de esta Corte del alcance de una norma de derecho común no puede asimilarse al ejercicio de una función casatoria o unificadora de jurisprudencia. Dicha función le resulta por completo ajena (Fallos: 274:450; asimismo, Fallos: 287:130; 305:718; 307:752, 2132). Ver Fallos: 342:2344, cons. 11, voto del juez Carlos Rosenkrantz.

²¹ CSJN, caso *Giroldi*, H. D. y otro s/recurso de casación, 07/04/1995, en Fallos: 318:514, cons. 11.

²² CSJN, caso *Simón*, J. y otros s/ privación ilegítima de la libertad, 14/06/2005, en Fallos: 328:2056.

Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por ejemplo, en *Espósito*²³ y *Derecho*.²⁴ A la vez, consideró en otro supuesto, el valor y el efecto vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como en el caso *Carranza Latrubesse*.²⁵ En otro caso consideró que los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia y observaciones de sus órganos de aplicación forman parte del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en *Castillo*.²⁶

C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes

El Congreso de la Nación Argentina, un año después de su firma en 1989, aprobó mediante la Ley 23.849 la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN). El Congreso la aprobó y encomendó su ratificación con ciertas reservas y declaraciones del texto de la Convención en 1990.²⁷ A partir de la reforma de la Constitución Nacional Argentina en 1994, a través del artículo 75, inciso 22, la CDN adquiere jerarquía constitucional.

A la vez, el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, estableció lo siguiente, dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

²³ CSJN, caso *Espósito*, Miguel Angel s/ Incidente de prescripción, 23/12/2004 en Fallos: 327:5668.

²⁴ CSJN, caso *Derecho*, R. s/ Incidente de prescripción, 29/11/2011, en Fallos: 334:1504.

²⁵ CSJN, caso *Carranza Latrubesse*, G. c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, 06/08/2013, en Fallos: 336:1024.

²⁶ CSJN, caso *Castillo*, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, 12/12/2017, en Fallos: 340:1795.

²⁷ Ley 23.849, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>.

Sobre este antecedente normativo conviene tener en cuenta lo señalado por UNICEF (2019) con relación a que "la Constitución deja un margen apreciablemente amplio para la legislación nacional respecto de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes".

Durante los años siguientes a la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, Argentina adhirió los protocolos facultativos a ésta: el primero, relativo a participación de niños y niñas en los conflictos armados, ratificado en 2002; el segundo, sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, niñas, la prostitución infantil y la utilización de niños y niñas en la pornografía, en 2003, y el tercero, relativo a un procedimiento de comunicaciones, en 2015.

En el ámbito interno, los mandatos de la Convención de Derechos del Niño no informaron las leyes federales sino hasta 2005, en particular, a partir del dictado por parte del Congreso de la Nación de la Ley 26.061,²⁸ que definió en su artículo 1 que

tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Y agregó en ese artículo que

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas

²⁸ Ley 26.061, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>.

y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

En particular y para lo que aquí interesa, en su artículo 2 estableció la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, al afirmar que

es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles".

También estableció en el artículo 3 una definición del interés superior del niño, niña y adolescente, como

la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños

y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

En el título II de la ley organizó el sistema de derechos reconocidos a todos los niños, niñas y adolescentes. Al mismo tiempo, la ley 26.061, en su artículo 32, creó un sistema de protección integral de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, que está constituido 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.

Este mecanismo de protección resulta significativo si se tiene en cuenta el sistema federal de la Argentina, en el que las autoridades administrativas de distintos niveles (nacional, provincial o municipal) tienen competencias sobre distintas materias relacionadas con derechos de niños, niñas y adolescentes.

La ley también creó la figura del defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes, quien tiene a cargo "velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales". Recién en 2020, después de 15 años y un largo proceso de movilización de organizaciones sociales, fue designada la titular de la Defensoría.²⁹

²⁹ <https://www.telam.com.ar/notas/202002/436050-senado-aprobacion-designacion-marisa-graham-defensora-de-derechos-de-ninas-y-ninos.html>

También en 2014, la reforma del Código Civil y Comercial reguló de manera consistente las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en materia de niños, niñas y adolescentes. Tal como destacó la Unicef,

esta reforma implicó abandonar el sistema de la incapacidad absoluta y relativa, estableciendo la capacidad jurídica de las personas menores de edad para ejercer actos por sí mismo de acuerdo al principio de autonomía progresiva. Esta reforma también implicó el reemplazo del sistema de la patria potestad por el de la responsabilidad parental, entre otros avances sustantivos para los derechos de los NnyA.³⁰

D. Jurisprudencia relevante

En lo que sigue abordaremos los desarrollos de la jurisprudencia de la CSJN, con relación al reconocimiento, alcance, contenido y mecanismos de protección con relación a los derechos de la niñez y la adolescencia. En primer lugar, abordaremos el derecho al interés superior de la niña, niño y adolescente.

I. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente

En 2005 la CSJN desarrolló con cierta consistencia el concepto del interés superior del niño.³¹ La Corte revisó y modificó una decisión de la justicia de la Provincia de Buenos Aires, que ordenó la restitución a su madre biológica de una niña que había sido dada en guarda a un matrimonio con el que convivió desde su nacimiento, y que también pretendía su adopción. La decisión del máximo Tribunal consideró, en función de los antecedentes del caso —entre otras cuestiones—, que la madre

³⁰ Unicef, "La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina", Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Panamá, República de Panamá, agosto de 2019, p. 56

³¹ CSJN, Fallos 328:2870.

biológica desde "el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento, sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares".³² Agregó que las reglas del derecho interno y la del derecho internacional de los derechos humanos (art. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica y 7 y 9 de la Convención Sobre los derechos Niño) desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, pues el interés superior del niño consiste en "no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse".³³

En este contexto, la Corte Suprema señaló —en lo que aquí interesa— lo siguiente:

4º) Que, en efecto, queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales.

En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño art. 3.1 impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema..., a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar en la medida de su jurisdicción los tratados internacionales

³² *Ibidem*, consideración 8.

³³ *Idem*.

a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

5°) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial. El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.³⁴

En otro caso la Corte Suprema ya había vinculado el interés superior del niño con el desarrollo de trámites judiciales efectivos con relación a este interés. En fallos 324:122, de 2001, en el marco de un proceso judicial de reclamos de alimentos que debía ser rápido y expeditivo, los jueces de otras instancias habían decidido supeditarlos a las discusiones de un juicio ordinario, en el que se discutían acuerdos previos entre las partes. La Corte dijo:

7°) Que atento a que la resolución del a quo difiere por un término irrazonable la solución del caso, resulta necesario destacar que la

³⁴ CSJN, Fallos 328:2870, consideraciones 4 y 5.

consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos; por lo que no resulta fundado impedir la continuidad de un procedimiento que busca asegurar la subsistencia de los menores sobredimensionando el instituto de la preclusión al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad (...) 8°) Que ello es así pues 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 trámites 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, lo cual se produciría en el caso si el reclamo efectuado por la actora tuviese que aguardar a la resolución del referido juicio ordinario y en ese lapso quedaran sin protección alguna los intereses cuya satisfacción se requiere en estos autos (art. 27, inc. 4, de la convención citada).³⁵

En un caso de 2012, la Corte Suprema, bajo el principio del interés superior del niño, revocó una decisión del Superior Tribunal de Entre Ríos que había rechazado el lugar de único heredero de la mujer fallecida al niño con quien había construido una relación materno-filial. Si bien este niño no tenía vínculo biológico con la persona fallecida, sí tenía un trámite de adopción en curso, que concluyó luego de su fallecimiento.³⁶ La CSJN ordenó la revisión de la decisión de la justicia provincial y dijo en particular lo siguiente:

³⁵ CSJN, Fallos 324:122, consideraciones 7 y 8.

³⁶ CSJN, Fallos 335:1838. Los hechos del caso dan cuenta de que la mujer fallecida, desde los primeros meses de vida del niño, se hizo cargo de éste, en 2003. La justicia la designó guardadora del niño. En 2006 inició los trámites de guarda con fines de adopción. Luego del fallecimiento de la mujer, la defensora de pobres y menores reclamó como medida autosatisfactiva se declare al niño como hijo adoptivo de la guardadora fallecida, cosa que sucedió. De manera simultánea, los padres de la mujer fallecida iniciaron su sucesión, en la que el niño fue declarado único heredero. La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión; sin embargo, los padres plantearon la nulidad de esa resolución y también de aquella que reconoció al niño en adopción de su hija fallecida. El Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos les dio la razón y decidió modificar ambas resoluciones.

Que esta Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (...) Que, en consecuencia, no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia, que produce como consecuencia —entre otras que no han sido evaluadas por el a quo— la desvinculación del menor A. respecto de quien en vida lo cuidó en sus primeros años de existencia generando un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como "mi hijo" en uno de sus testamentos ológrafos.³⁷

En otro caso de 2016, relacionado con la restitución internacional de niños y niñas y las condiciones que debían garantizarse para su procedencia, la Corte Suprema analizó el interés superior de éstos a partir de las obligaciones que generan la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya de 1980,³⁸ y dijo lo siguiente:

17) Que en consecuencia, teniendo como premisa que el interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión judicial, el compromiso contraído de asegurar la protección y el cuidado necesario para el bienestar del niño (art. 3, incs. 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño), las obligaciones que se derivan del CH 1980 (se refiere a la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores) y la situación fáctica descrita en el considerando anterior, esta Corte estima pertinente ordenar el cumplimiento de una serie de

³⁷ CSJN, Fallos 335:1838, consideraciones 11 y 12.

³⁸ Ver, también, CSJN, Fallos 318:1676.

medidas tendientes a garantizar y lograr el retorno seguro de las menores junto a su madre.³⁹

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte —sobre la base de un caso de 2019—, para el Tribunal la configuración del interés superior del niño:

exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquélla que contemple —en su máxima extensión— la situación real del infante. Este Tribunal ha subrayado con especial intensidad que aquél principio no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso, desde que de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se lo satisface.⁴⁰

En otro caso, relacionado con la política migratoria de la Argentina, la Corte Suprema revocó una decisión de los jueces de otras instancias que habían confirmado la expulsión de una mujer de Bolivia, madre de 4 hijos e hijas. Las autoridades administrativas y judiciales no habían tenido en cuenta, dijo la Corte Suprema, la situación de los niños y niñas que dependían de su madre. Dijo en particular:

en la presente causa las razones de reunificación familiar invocadas por la recurrente atañen a personas menores de edad, y los agravios por ella esgrimidos se centran, fundamentalmente, en el hecho de que el a quo (se refiere a los jueces de la Cámara Contencioso Administrativo Federal), al revisar la decisión administrativa de rechazar la dispensa oportunamente requerida, no valoró la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la migrante y sus hijos —que la recurrente describe como extremadamente grave—, ni el peligro de desamparo que se cierne sobre

³⁹ CSJN, CIV 113978/2010/2/RH1 CIV 113978/2010/3/RH2 Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, de fecha 25 de octubre de 2016, cons. 17.

⁴⁰ CSJN, Fallos 344:2901.

estos últimos, omitiendo toda consideración acerca del interés superior del niño y su preferente tutela constitucional.⁴¹

Refiriéndose al interés superior del niño como principio fundamental para la resolución del caso, la Corte dijo:

12) Que, a su vez, el principio del interés superior del niño encuentra consagración constitucional en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en el artículo 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en el artículo 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación. Su consideración debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional les otorga (Fallos: 344:2669).⁴²

II. Derecho a ser oído y tomado en cuenta

En lo que refiere al derecho a ser oído y tomado en cuenta, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes tienen la obligación de garantizar al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y a que sea tenida debidamente en cuenta en función de su edad y madurez de acuerdo al artículo 12 de la Convención

⁴¹ CSJN, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM, del 6 de septiembre de 2022, consideración 4.

⁴² CSJN, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN–DNM s/ recurso directo DNM, del 6 de septiembre de 2022, consideración 12.

aprobada por ley 23.849, y arts. 20, 30, aps. b y d, 24, 27, 29 y ccds., de la Ley 26.061.⁴³ En este sentido, en relación con el derecho a ser oído y tomado en cuenta, en un caso vinculado con el derecho al nombre señaló la "decisión judicial relativa a la modificación del apellido del niño debió adoptarse previa evaluación exhaustiva de las derivaciones que esa medida podía producir en su desarrollo integral, asegurando su participación y tomando debidamente en cuenta su opinión".⁴⁴

La Corte Suprema se remitió al dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, que allí agregó con cierto detalle lo siguiente con relación a las decisiones de instancias judiciales anteriores:

Si bien la sentencia de la Suprema Corte local convalida una inteligencia de ciertas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño —vinculadas con el interés superior del niño y su derecho a la identidad y al nombre—, omite valorar otras que resultaban de crucial relevancia para dirimir el supuesto. En efecto, el tribunal debió considerar que, de acuerdo con esa Convención, F. L. tenía derecho a ser oído y a opinar sobre el apellido que desea portar, pues se trata de un aspecto central de su vida y de su desarrollo. En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes tienen la obligación de garantizar al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y a que sea tenida debidamente en cuenta en función de su edad y madurez y cfr. art. 12 de la Convención aprobada por ley 23.849, y arts. 20, 30, aps. "b" y "d", 24, 27, 29 y ccds., de la ley 26.06.⁴⁵

⁴³ CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L., en la causa 'C., H. D. cl P., M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl P., M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación'", para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014.

⁴⁴ CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L., en la causa 'C., H. D. cl P., M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl P., M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación'", para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014.

⁴⁵ CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L., en la causa 'C., H. D. cl P., M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl

En otro caso vinculado con la falta de consideración de la opinión de niños y niñas en un proceso de separación vincular si la tenencia tenía que estar a cargo de la madre o el padre, la Corte Suprema decidió revocar una decisión judicial que había ordenado la tenencia de los niños y niñas a cargo de la madre porque la opinión de ellos no fue considerada al momento de decidir. Dijo en particular que

La decisión cuestionada hizo particular mérito de la existencia de un acuerdo de cuidado personal y régimen de comunicación homologado e incumplido por el progenitor, de la falta de acreditación suficiente de los hechos de violencia alegados, así como de la intervención del discurso paterno, pero no ponderó adecuadamente, a la luz del desarrollo de los hechos la incidencia que en la solución que proponía evidenciaba, la concordante y férrea opinión expresada por los niños y la niña que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su progenitora, así como a vincularse con ella (...) Esta expresión de voluntad que ha sido reiterada en la audiencia celebrada ante este Tribunal, en la que ratificaron la postura que vienen manteniendo a lo largo del proceso, resulta relevante a los efectos de determinar el interés superior del niño al que debe atenderse de manera primordial, según se ha manifestado.⁴⁶

En este caso, la Corte desarrolló con cierta precisión el derecho a ser oído y su relación con el principio del interés superior del niño, con referencias explícitas a las Observaciones del Comité de Derechos del Niño:

12) Que en ese marco, este Tribunal ha señalado que dicho principio (el del interés superior del niño) no debe ser considerado en forma puramente abstracta, sino que su contenido debe determinarse en función de los elementos objetivos y subjetivos

P, M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación”, para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014.

⁴⁶ CSJN, Fallos 344:2669, consideración 16.

propios de cada caso en concreto. Se trata de un concepto dinámico y flexible que deberá precisarse de forma individual, con arreglo a la situación particular y a las necesidades personales de los sujetos involucrados, tarea en la que la opinión del infante, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, así como su cuidado, protección y seguridad, se presentan como elementos a tener en cuenta para evaluar y conformar el citado interés superior (confr. Comité de los Derechos del Niño, Observación n° 14, puntos 4; 10/11; 32/34; 36/37; 52/54 y 58/74).⁴⁷

También en el marco de este precedente envió un mensaje a los jueces sobre la importancia del derecho a ser oído:

18) Que la exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés (...) "Empero, cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, es responsabilidad de los magistrados adoptar una decisión que, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria. Máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo pese a los intentos orientados a lograr una morigeración de su contenido y no se avizora la posibilidad cierta de modificación en las condiciones actuales."⁴⁸

III. Derecho a la vida

Sobre el derecho a la vida la Corte ha desarrollado jurisprudencia a partir de su relación con derechos sociales, en particular con el derecho a la

⁴⁷ *Ibidem*, consideración 12.

⁴⁸ *Ibidem*, consideración 18.

salud y a la seguridad social. Más allá de los desarrollos que abordemos en ocasión de tratar los referidos derechos, tan sólo destacamos en esta oportunidad los siguientes dos casos que inauguraron de alguna manera el tema. En el caso de Fallos 323:3239, sobre las obligaciones del gobierno federal para asegurar el acceso a un medicamento a un niño y su relación con el derecho a la vida dijo sin vinculación específica a la Convención de Derechos del Niño:

15) Que el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).⁴⁹

En otro caso, relacionado con el acceso a una pensión por discapacidad a una niña extranjera, como parte del derecho a la seguridad social que le era negado por el Estado federal porque no tenía los veinte años de residencia definidos en la reglamentación de la pensión dijo:

7°) Que, en este orden de ideas, por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución

⁴⁹ CSJN, Fallos 323:3239, consideración 15.

Nacional (Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud, Fallos: 323:3229, considerando 15, sus citas y otros), y cuya garantía, mediante acciones positivas resulta una obligación impostergable" de las autoridades públicas (ídem, p. 3239, considerando 16).⁵⁰

Y agregó, con cita de la Corte IDH, lo siguiente:

8º) ...según lo tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico (Caso de los Niños de la Calle [Villagrán Morales y otros], sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C Nº 63, párr. 144). Las necesidades de protección de los más débiles Acotaron los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en su voto concurrente conjunto C requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna (párr. 7).⁵¹

Por último, consideró en este caso que

9º) Que, de consiguiente, se torna inoficioso el estudio del eventual menoscabo que la norma cuestionada podría producir a otros derechos humanos argüidos por la apelante ya que, tal como también lo advierte el recordado precedente internacional, el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido (cit., párr. 144).⁵²

⁵⁰ CSJN, Fallos 330:3853, consideración 7.

⁵¹ *Ibidem*, consideración 8.

⁵² *Ibidem*, consideración 9.

IV. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales

Con relación a las responsabilidades parentales, la Corte Suprema se pronunció en un caso ya citado, a los fines de establecer el tipo de comportamientos que deben seguir los progenitores para asegurar el interés superior del niño. En efecto, en el caso Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, de 2016, relacionado con la restitución internacional de niños y niñas, la Corte se refirió sobre las obligaciones parentales de ambos padres, y delineó ciertos criterios concretos que deberían seguir:

21) Que sin perjuicio de las medidas señaladas dirigidas a los órganos judiciales y administrativos con intervención en el caso, no debe perderse de vista que la concreción de un retorno seguro no depende única y exclusivamente de las gestiones que, dentro del ámbito de su actuación y de las posibilidades que ofrece el asunto, puedan desplegar las autoridades competentes. En efecto, no puede prescindirse, ni ser desconocido por las partes involucradas, que la colaboración de los progenitores resulta de suma importancia para alcanzar el objetivo final, el que no cabe admitir que pueda verse frustrado o demorado por la conducta adoptada por aquellos en desmedro del interés en cuya defensa, en definitiva, procuran la intervención de los órganos pertinentes" (...) "22) Que en ese lineamiento, corresponde instar al progenitor requirente a que, por escrito y ante los tribunales de ambos países, adquiera el compromiso irrevocable de que colaborará con todas las diligencias que sean necesarias para permitir un retorno seguro de sus hijas junto con la madre y se hará cargo del costo del traslado de las niñas y de su progenitora y de la manutención y asistencia profesional de las infantes y, en su caso, de corresponder y de manera provisoria, de la madre.⁵³

Además del mandato de colaboración entre la madre y el padre a los fines de asegurar la efectividad de las medidas dispuestas por las autoridades

⁵³ CSJN, CIV 113978/2010/2/RH1 CIV 113978/2010/3/RH2 Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, de fecha 25 de octubre de 2016, consideración 22.

judiciales, también estableció un mandato de cooperación mutua para la búsqueda de una solución amistosa, que satisfaga el interés superior del niño

23) Que también corresponde exhortar a ambos progenitores y a sus letrados, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de sus hijas menores, así como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos padres que no puede verse lesionada por decisión unilateral de uno de ellos.⁵⁴

V. Derecho a la salud

En lo que respecta a la salud de niños y niñas, la Corte desarrolló jurisprudencia destacada sobre la responsabilidad del gobierno federal en materia de atención de salud subsidiaria o complementaria a las obligaciones de los distintos actores que intervienen en el sistema de salud, como las provincias, las obras sociales o las empresas de medicinas prepagas. También desarrolló estándares en materia del reconocimiento y alcance del derecho a la salud de niños y niñas con discapacidad, y en función de ello, consideró que los derechos crediticios a favor de un niño o niña se encuentran privilegiados frente a otros acreedores de una obra social en quiebra.

En el citado caso de 323:3239, la Corte Suprema dijo:

17) Que los aludidos pactos internacionales (refiere a los previstos en el art. 75 inc 22 de la CN) contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

⁵⁴ *Ibidem*, consideración 23.

Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar. (...) 18) Que ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y niñas y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).⁵⁵

Y agregó sobre la base de los compromisos asumidos por Argentina, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, lo siguiente

20) Que, asimismo, la "cláusula federal" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28, incs. 1º y 2º). La Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse

⁵⁵ CSJN, Fallos 323:3239, consideración 17.

de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26). (...) 21) Que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada).⁵⁶

En otro caso, la CSJN le otorgó privilegio al crédito que recibió un niño como consecuencia del pago de una sentencia por mala praxis médica. Al momento de verificar el crédito como consecuencia de la quiebra de la obra social condenada, la justicia en la instancia de Cámara había considerado que no le correspondía privilegio alguno, por aplicación de la ley vigente de concursos y quiebras.⁵⁷ La Corte Suprema revisó esa decisión y le otorgó privilegio sobre la base de las obligaciones asumidas en el marco de la Convención de Derechos del Niño y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁵⁶ *Ibidem*, consideraciones 21 y 22.

⁵⁷ CSJN, Fallos 342:459, consideración 5, puede leerse allí los antecedentes del caso. "5º) Que a los fines de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar que el crédito de B.M.F. deriva de una indemnización concedida por la mala praxis médica ocurrida durante su nacimiento (25 de mayo de 1990), que le provocó una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible, que condujo al sufrimiento fetal agudo con afección de todos los órganos y especialmente el cerebro. Como consecuencia de ello, presenta desde su alumbramiento lesiones cerebrales gravísimas con una incapacidad total e irreversible, una parálisis en los cuatro miembros que le impide movilizarse y un retraso en el crecimiento. Incoada por sus padres la acción civil por daños y perjuicios contra el médico Dr. López Mautino, el sanatorio Institutos Médicos Antártida y la Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte (OSMATA), el 20 de agosto de 1998 obtuvo sentencia de primera instancia que condenó solidariamente a los codemandados a pagar \$ 380.000 a favor de B.M.F. y \$ 20.000 a favor de sus padres, más intereses, decisión que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 30 de mayo de 2003. La quiebra de Institutos Médicos Antártida, decretada el 10 de febrero de 2003, motivó a los beneficiarios de aquella indemnización a solicitar la verificación de su crédito".

La Corte dijo en particular que

En la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados Partes asumen el compromiso de que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen 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" (art. 3.1). Además, se reconoce "que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad..." (art. 23.1). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud" (art. 24) y "a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" (art. 27.1). En este sentido, los Estados Partes se comprometen a adoptar las "medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho..." (art. 27.3). (...) "Finalmente, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los Estados Partes se obligan a "[tomar] todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos...", debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño; reafirman el derecho inherente a la vida y reconocen los derechos de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud; a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Asimismo, se comprometen a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 7º, aps. 1 y 2; 10; 12; 25 y art. 28.1)." (...) "En resumen, de los mencionados tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de

adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos." (...) "Si bien es cierto que el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este Tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados."⁵⁸

VI. Derecho a la educación y el derecho a la igualdad y no discriminación

La Corte Suprema tuvo oportunidad de desarrollar el derecho a la educación en los Fallos 340:1795, a partir del cuestionamiento de la legislación de la Provincia de Salta y la práctica educativa de esa provincia, en la que se dictaban en horario escolar clases de religión, en particular, la católica, porque de acuerdo a las autoridades provinciales, la mayoría de los alumnos habían informado que esa era la religión que profesaban. La Corte dijo

14) Que este principio de neutralidad también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la Constitución Nacional). La reforma constitucional incorporó al bloque de constitucionalidad diversos tratados que contemplan el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias. Así, el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, [...] de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); el art. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Los padres,

⁵⁸ CSJN, Fallos 342:459, consideraciones 10 y 11, el destacado nos pertenece.

y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); y el art. 18.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"). En relación al alcance de este derecho, el Comité de Derechos Humanos, mediante la Observación General 22, señaló que "la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores". En conclusión, la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular —incluso la de los no creyentes—, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.⁵⁹

Y agregó luego de relevar la jurisprudencia del sistema interamericano en materia de igualdad y no discriminación,⁶⁰ lo siguiente:

26) Que de lo expuesto surge claramente que, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. La forma como se ha venido implementando la "enseñanza religiosa" —durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas— ha generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario, sin que la Provincia de Salta haya justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementa.⁶¹

⁵⁹ CSJN, Fallos 340:1975, consideración 14.

⁶⁰ *Ibidem*, consideraciones 19 y 20.

⁶¹ *Ibidem*, consideración 26.

E. Conclusiones

En Argentina, la incorporación de la CDN resultó la llave para la ampliación de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El cambio de paradigma del modelo tutelar al modelo de protección integral definió prácticas y conocimiento, e implicó el abandono del sistema de la incapacidad absoluta y relativa por el de la capacidad jurídica de las personas menores de edad, de acuerdo con el principio de autonomía progresiva.

El reconocimiento de la CDN en las leyes y la jurisprudencia se presentó como un marco de reconocimiento mínimo para las prácticas y políticas de estos actores, en los que se configuraron los organismos y entidades que deberían supervisar las políticas públicas y la gestión estatal que resguarden y garanticen los derechos de niñas, niños y adolescentes. En este sentido, la creación de la figura del defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes fue un hecho necesario y fundamental para ello. Es preciso señalar que tanto este papel como el de los asesores de menores o el abogado o abogada del niño deben ser aún defendidos frente a las irregularidades del funcionamiento de la justicia, cuando se vulnera su participación. La tardanza de 15 años en designar un defensor puso este hecho en evidencia.

La jurisprudencia que hemos revisado en este documento da cuenta de avances relevantes para desarmar prácticas y organizar procedimientos adecuados bajo el principio del interés superior del niño. Pone en evidencia la ampliación del principio de la autonomía progresiva del niño con relación al derecho a ser oído, el derecho a la vivienda y a la familia, entre otros. Sin embargo, aún quedan espacios para conquistar. Queda mucho por construir porque la jurisprudencia, si bien marca límites al Estado y a las personas adultas, no tiene desarrollos desde la "agencia individual y/o colectiva" de niños, niñas y adolescentes. Resulta entonces necesario definir y ampliar nuevos derechos y garantías para niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, los que tienen en materia de participación política en asuntos a ellos referidos.

Fallos revisados

1. Fallos 324:122 (2001), Interés Superior del niño, alimentos (derecho del 27 de la convención) y operatividad de la intervención judicial.
2. Fallos 328:2870 (2005), Discusión a partir del interés superior del niño que supera el dato biológico. Adopción, trámites. Confirmó la separación de la madre biológica en función de las particulares características del caso.
3. Fallos 334:913 (2011), Definición de un remedio para asegurar la intimidad de los niños, y prestar colaboración entre ellos, en el marco del caso. Derecho a la intimidad: Cita Corte IDH y la OC sobre niñez 17.
4. CIV 113978/2010/2/RH1 CIV 113978/2010/3/RH2 Q., A. e/ C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo, 25 de octubre de 2016, sobre restitución de niños al extranjero. Una mirada sobre el recurso judicial efectivo. Y el punto de la colaboración entre los progenitores, tan necesaria.
5. Fallos 343:15, año 2020: Derecho a la seguridad social, observaciones del Comité DESC y Convención sobre los Derechos del Niño.
6. Fallos 336:916, agosto de 2013, voto particular del Maqueda. Niño no es parte de los desalojos, pero si tienen que darse medidas para su protección.
7. Fallos 335:1838, 26 de septiembre de 2012, Sobre el valor del interés superior del niño en un trámite sucesorio.
8. Fallos 339:381, año 2016, Sobre la importancia del rol de la Procuración Penitenciaria de la Nación en el control y super-

visión de los lugares de encierros de niñas, niños y adolescentes

9. Fallos 343:848, 27 de agosto de 2020. Disidencia de Rosati: Alcance amplio del acceso a la salud y a la educación de niños con discapacidad. Obligaciones de las empresas vinculadas al sistema de salud y discapacidad.
10. Fallos 342: 459, 2019 "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F." El niño con discapacidad está por encima de los acreedores quirografarios, es un sujeto preferente.
11. Fallos 344:2669, Agregó al Interés Superior del niño, las cuestiones vinculadas a las observaciones del comité de derechos del niño. Valor de la palabra de los niños, derecho a ser oído. También diseña un remedio para implementar.
12. Fallos 330:1671, 2007, disidencia del Dr. Fayt. Madre biológica, entrega por temas económicos.
13. RECURSO DE HECHO H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias -causa N° 197/90-. Buenos Aires, 4 de diciembre de 1995, S/D sobre colección de fallos. Sobre la verdad biológica como regla que asegura el derecho a identidad. De los fallos que más temprano aplica el valor de la CdN y del art. 75 inc. 23, para el reconocimiento del derecho a la identidad.
14. "Recursos de hecho deducidos por la curadora de F. L. , en la causa 'C., H. D. cl P. , M. C. si impugnación de paternidad y filiación' y por la demandada en la causa C.509.XLVII. 'C., H. D. cl P. , M. Y otro si impugnación de paternidad y filiación'", para decidir sobre su procedencia, 2 de septiembre de 2014, sobre Derecho al nombre. Derecho a ser oído: valor de las opiniones del comité de derechos del niño.

15. Fallos 342:1227, 11 de Julio de 2019, derecho a la nacionalidad Favorecer la doble nacionalidad del niño, lo único que aparece en el expediente es una negativa de la madre, en la mala relación que tiene con el padre.
16. Fallos 343:1362, Buenos Aires, 22 de octubre de 2020, sobre la compatibilidad entre la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre restitución de menores. Sobre el comportamiento de las partes en el proceso judicial.
17. Fallos 324:975, Vistos los autos: "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias", 3 de abril de 2001, sobre la tensión entre la libertad de expresión y la intimidad de los niños.
18. Fallos 343:1805 (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti), Buenos Aires, 26 de Noviembre de 2020, sobre Derecho a la igualdad - no discriminación. El derecho a la igualdad de los niños y personas discapacitadas, así como la veda de su discriminación, recibe expreso reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2º) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 3 inc. b).
19. Fallos 343:1017, 24 de septiembre de 2020, sobre el concepto de familia, voto de Rosatti.
20. Fallos 344:2901, Buenos Aires, 21 de octubre de 2021, valor del interés superior del niño en un proceso de adopción.
21. "S. A. G. s/ restitución internacional solicita restitución de la menor, 20 de diciembre de 2005.
22. Fallos 327:2413, 2004, niños con discapacidad y cobertura de salud y educación, carga de la prueba.

23. Fallos 323:3229, 2001, derecho a la salud de niños con discapacidad.
24. Fallos 332:1394, 2009, sobre la procedencia del amparo en temas de salud mental y niñez.
25. Fallos 335:452, del 24 de abril de 2012, vivienda y mujer discapacidad 2012.
26. Fallo 339:1423, sobre recurso judicial efectivo y temas de ambiente, año 2021.
27. Fallos 331:2691, García Mendez, sobre recurso judicial efectivo negativo e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño.
28. Fallos 340:1795, sobre educación religiosa en Salta.

Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. (2021). *Informe índice de pobreza multidimensional. Desde un enfoque de derechos*. Presidencia de la Nación Argentina, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice_de_pobreza_multidimensional_1.pdf

Unicef, "La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina", p. 55, disponible en <https://www.unicef.org/lac/media/9646/file/PDF%20La%20adecuacion%20normativa%20a%20la%20Convencion%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Nino%20en%20America%20Latina.pdf>

Red por los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, informe durante tercer Examen Periódico Universal de Venezuela, Consejo de Derechos Humanos ONU, *Situación de la institucionalidad e inversión pública para garantizar los derechos humanos de la niñez en Venezuela Periodo 2017-2021*. Disponible en: <https://bit.ly/3cFGBmX>»

Tribunal Supremo de Justicia <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>»

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Abril de 2023.


Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

