



CORTE
SUPREMA
DE JUSTICIA



INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

TOMO III

Instituto de
Investigaciones
Jurídicas





El Interés Superior del Niño

Tomo III

© Corte Suprema de Justicia

Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)

Alonso y Testanova, Piso 9, Torre Sur. Asunción - Paraguay

Teléfono: +595 21 422 161

DIRECCIÓN EJECUTIVA

Eugenio Jiménez Rolón, *Ministro Responsable*

Carmen Montanía Cibils, *Directora*

COMPILACIÓN

Águeda Ana Crimi, *Asesora*

COLABORACIÓN ESPECIAL

Haydeé Carmagnola de Aquino,
Asesora

Gladys Astigarraga, *Investigadora*

Romina Paiva, *Investigadora*

Mirian Santos, *Investigadora*

Antonella Fernández, *Asistente
Jurisdiccional*

EDICIÓN

Ovidio M. Aguilar M.,
Diagramación

**D 342 DERECHO CONSTITUCIONAL.
DERECHOS HUMANOS**

**COR Corte Suprema de Justicia
Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)
“El Interés Superior del Niño. Tomo III”.**

Asunción – Paraguay

Primera edición. Año 2019. 500 ejemplares, p. 480

ISBN: 978-99953-41-63-3

Las opiniones vertidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

DERECHOS RESERVADOS. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.



Corte Suprema de Justicia

Alberto Joaquín Martínez Simón

Presidente

Antonio Fretes

Vicepresidente 1º

María Carolina Llanes Ocampos

Vicepresidente 2º

Eugenio Jiménez Rolón

Luis María Benítez Riera

Gladys Ester Bareiro de Mónica

Manuel Dejesús Ramírez Candia

César Garay Zuccolillo

César Manuel Diesel Junghanns

Ministros

Índice general

Presentación	11
--------------	----

Doctrina Nacional

Mediación en el Proceso Penal Adolescente. Análisis de la Acordada N° 1.023/15 C.S.J. “Mediación Penal Adolescente”	17
---	----

Gladys Alfonso de Bareiro

El juicio de declaración de estado de adopción desde la perspectiva del proceso y sus aspectos sustanciales	51
---	----

Víctor Lionel Bareiro Alfonso

Justicia penal juvenil y vulnerabilidad social: su incidencia en la selectividad del sistema penal en Paraguay	81
--	----

Violeta González Valdez

El Derecho Humano al acceso a la justicia de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Su abordaje desde la jurisdicción de la niñez y la adolescencia	115
---	-----

Adriana Raquel Marecos Gamarra

El derecho del niño a ser oído y su relación con el principio de autonomía progresiva 143

Bettina Ovando Bareiro

Régimen de convivencia y de relacionamiento 171

Rosa Beatriz Yambay Giret

Doctrina Internacional

Actos de desmesura. Adolescentes con comportamientos sexuales violentos 219

Marcelo Della Mora

El abogado del niño y la garantía de la participación de niños y adolescentes en las medidas de abrigo haciendo realidad su interés superior 259

Luisa Verónica Garay Sandra Elizabeth Feijo

Embarazo en niñas menores de 15 años: Un problema y muchas falsas soluciones 285

Jorge Nicolás Lafferriere

Aportes para la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño, a la luz de la O.G. N° 14 del Comité de los Derechos del Niño 295

Marcela Virginia Panatti y María Soledad Pennise Iantorno

Adopción prenatal, *baby hatches*, parto anónimo y parto confidencial o discreto: ¿son alternativas jurídicamente válidas para resguardar los derechos de la madre y el niño frente a la posible legitimación del aborto? 319

Analía G. Pastore

Repensando el interés superior del niño y los modos de intervenir sobre las infancias	371
<i>María de los Ángeles Pesado Riccardi</i>	
Impacto del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en la órbita de la salud de niños, adolescentes y jóvenes: la atención al superior interés de la niñez y la adolescencia	393
<i>Lujan Liliana Rocca</i>	
El principio del interés superior del niño, en fallos de la corte constitucional colombiana, aplicado para solucionar conflictos judiciales	415
<i>Vilma Lucía Riaño González y Laura Vanessa Pérez Valle</i>	
El interés superior del niño y el derecho de los derechos humanos	443
<i>Jorge Scala</i>	
Abreviaturas	475



Se han puesto de moda corrientes culturales –o contraculturales–, que pretenden forzar la modificación de la realidad social, utilizando como medio para ello la manipulación del lenguaje, que llevan –por ejemplo–, a denominar “interrupción voluntaria del embarazo” al homicidio prenatal; “reducción embrionaria” al aborto selectivo de embriones, en los procesos de fecundación artificial; o “racionalización empresaria” a los despidos masivos de obreros y empleados. De este modo se institucionaliza la mentira organizada (1).

(1) Jorge Scala, cita a Jacques Derrida y Michel Foucault, en su obra “El interés superior del niño y el derecho de los derechos humanos”.

Presentación

“LA ESENCIA DE LA CIVILIZACIÓN ES LA PROTECCIÓN DE LO VULNERABLE Y DEL FUTURO. LOS NIÑOS Y EL AMBIENTE SON VULNERABLES Y ELLOS SON EL FUTURO”.

Tomo este profundo pensamiento de James P. Grant para presentar el tomo III del libro “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”, porque patentiza la responsabilidad del cumplimiento de ese deber que tenemos todos los adultos con respecto a los derechos de los niños.

El reconocimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, así como lo establecido en las leyes y disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, han consagrado el paradigma de la Protección Integral de los Derechos del Niño, con lo cual reafirmamos nuestra esencia como miembros de una civilización que protege a sus niños por su vulnerabilidad y porque representan el futuro.

Dicha Convención reconoce que incumbe a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. La preocupación fundamental de ellos será la del “interés superior del niño”.

Como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.

Somos conscientes del reconocimiento teórico de dichos derechos, pero también sabemos que aún no se ha dado cumplimiento cabal de los mismos.

El Interés Superior del Niño, consagrado como principio general de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, establece que en todas las medidas concernientes a los niños se tendrá, dicho principio, como elemento primordial. De esto deriva que su ámbito de aplicación sea muy amplio ya que abarca todas las medidas que corresponden al niño, tanto desde el Estado como del sector privado y, en todos los casos, obliga a valorar las repercusiones que tienen en los niños las leyes, las políticas y las prácticas.

Este es el marco en el cual se plantea este libro que, a través de los artículos que abarca, expone y analiza los diversos aspectos que hacen a la protección y promoción efectiva de los derechos del niño.

El Interés Superior del Niño es, pues, el eje a través del cual se desarrolla la temática de esta obra que incluye temas tales como: Justicia Penal Juvenil, El Abogado del Niño, Adopción Prenatal, El Principio del Interés Superior del Niño, Fallos de la Corte Constitucional Colombiana, El Derecho del Niño a ser oído, Repensando el Interés del Niño, Mediación en el Proceso Penal Adolescente, así como otros muy pertinentes y de gran actualidad en nuestro tiempo.

Esta obra colectiva da continuidad a los tomos I y II y se presenta en un contexto de interrelación con ellos a través de los temas desarrollados. En la lectura de los mismos se destaca la utilización de un lenguaje claro y sencillo para explicar conceptos complejos. Asimismo, los planteamientos que incluye motivan al lector a sentir y a actuar ante los conflictos que, con tanta frecuencia, se dan en el ámbito del cumplimiento de los derechos del niño.

En este sentido, urge enfatizar en el Derecho a la Educación, ya que las instituciones educativas constituyen espacios privilegiados para llevar a la práctica los derechos de los niños. Sin embargo, circunstancias conflictivas en el ámbito escolar dan lugar a situaciones complejas que dificultan su realización, motivo por el cual se hace necesaria la capacitación de los docentes para el manejo de estas situaciones en las que siempre debe considerarse el Interés Superior del Niño.

Necesitamos apostar a políticas públicas que aseguren la crianza y buen desarrollo de nuestros niños, así como su salud y educación. Con esto, estaríamos avanzando con pasos más firmes en el cumplimiento de los derechos del niño.

Destaco la colaboración desinteresada y generosa de los autores para la concreción de este tercer tomo de “El Interés Superior del Niño”, que redundará en beneficio de quienes lo lean y promuevan ideas que las apliquen ante los desafíos a los que nos enfrentamos a diario en este delicado ámbito y, fundamentalmente, a los niños que serán respetados en atención a su interés superior.

Miryam Peña Candia
Ministra



Doctrina Nacional

Mediación en el Proceso Penal Adolescente. Análisis de la Acordada Nº 1.023/15 C.S.J. “Mediación Penal Adolescente”

Gladys Alfonso de Bareiro *

Resumen

La mediación constituye un método eficaz para la resolución de los conflictos sociales, por lo que el objetivo general de este trabajo fue establecer el aporte de la Mediación como herramienta para la Justicia Restaurativa en los casos derivados del Juzgado Penal Adolescente de Asunción en el año 2016. El análisis de la Acordada 1.023/15 y el efecto del acuerdo realizado en la dirección de Mediación una vez homologado por el Juez Penal Adolescente. Se concluyó de forma general que la utilización de la Mediación Penal Adolescente contribuye de manera significativa a la justicia restaurativa porque recompone el daño causado, la participación de las partes en el proceso, atiende las necesidades reales del adolescente, posibilita su rehabilitación y reinserción en

* Abogada. Especialista en Medios Alternos de Resolución de Conflictos: Derecho y Economía - Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires. Maestría en Mediación y Resolución de conflictos en la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Asunción-Paraguay. Formador de Formadores en Medios Alternos de Resolución de Conflictos. Colegio de Escribanos de Buenos Aires-Argentina. Directora de la Dirección de Mediación de la Corte Suprema de Justicia. Docente del Diplomado en Mediación y Negociación Universidad de la Iberoamericana (UNIBE). Docente de la Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Universidad de Iberoamericana (UNIBE). Docente de la Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, en la Universidad de Columbia. Docente de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal. Tema: Mediación. Universidad del Norte (UNINORTE).

la sociedad y facilita el análisis de la causa del delito. Asimismo, ayuda a descomprimir el caudal de trabajo de los Jueces del fuero. Se ha sugerido extender la mediación a las demás circunscripciones judiciales como herramienta previa a la judicialización y la difusión de su aplicación.

Palabras claves: *mediación penal adolescente, justicia restaurativa, casos penales, víctima, adolescente.*

Abstract

Mediation is an effective method for the resolution of social conflicts, so the general objective of this work was to establish the Mediation report as a tool for Restorative Justice in the cases derived from the Adolescent Criminal Court of Asunción in 2016. The analysis of the agreed 1.023/15 and the act made in the Mediation address once approved by the Adolescent Criminal Judge. It was generally concluded that the use of Adolescent Criminal Mediation contributes significantly to restorative justice because it recomposes the damage caused, the participation of the parties in the process, the real needs of the adolescent, the possibility of rehabilitation and reintegration into the society and facilitate the analysis of the cause of the crime. Likewise, it helps to decompress the work flow of the Judges of the jurisdiction. It has been suggested to extend mediation to the other judicial districts as a tool prior to judicialization and the dissemination of its application.

Keywords: *adolescent criminal mediation, restorative justice, criminal cases, victim, adolescent.*

Introducción

La realidad demuestra cada día que el sistema penal se encuentra en estado de colapso, sus protagonistas: víctimas, imputados, operadores y la

misma sociedad manifiestan su insatisfacción, pues reclaman una justicia rápida y eficiente.

La comisión de hechos punibles por adolescentes es una realidad que va en aumento, y con ella los conflictos. Si bien es cierto que la implementación de la mediación está produciendo efectos favorables sobre la carga de trabajo de los jueces, no es menos cierto, de que la mediación no es una panacea por si sola para poner remedio a este problema, pero es un camino válido. Asimismo, la mediación determina, de forma mediata, una mejora del funcionamiento global del sistema de resolución de conflictos en la sociedad, aumentando su capacidad de respuesta, y reduciendo la carga de trabajo de la Administración de Justicia, con el consiguiente ahorro de los costos que genera un proceso judicial.

Así con un sistema penal especializado, se abre un nuevo paradigma para impartir justicia, implementando un régimen de medidas para la reorientación y re-educación de los adolescentes en conflicto con la ley penal y de este modo suscita a la reinserción social de éstos dentro de la sociedad.

Por ello, este trabajo presenta las principales nociones del aporte que tiene la mediación en el ámbito penal adolescente, un método eficaz para la resolución de los conflictos sociales; la misma se contempla, a partir de la Acordada N° 1.023/15, dictada por la Corte Suprema de Justicia, que reglamenta la mediación penal adolescente en conflicto con la ley penal, y se realiza con la participación de todos los implicados: infractor, víctima y comunidad que fueron vulnerados en sus derechos.

La mediación constituye elemento descompresor del sistema de justicia penal acusatorio; con ello, se puede evitar mora judicial. En efecto, el Artículo 47 - De las Garantías de la Igualdad de la Constitución Nacional, se configura como una de las grandes oportunidades de acceder a una justicia pronta, expedita y dialogada.

1. Mediación penal adolescente

Paraguay firmó en New York en el año 1989 la Normativa de la Convención Internacional por los Derechos del Niño, que generó modificaciones a la legislación paraguaya. Dicha normativa fue ratificada por el Congreso en

el año 1990 cuyo fundamento básico es la Protección Integral del niño, niña, adolescente. Con la Ley 1.680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia se crea y establece un sistema penal especializado para adolescentes en su libro V “De las Infracciones a la Ley Penal” en concordancia con los principios establecidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Ley Nº 57/90.

Con este sistema penal especializado, se abre un nuevo paradigma para impartir justicia, implementando un régimen de medidas para la reorientación y re-educación de los adolescentes en conflicto con la ley penal y de este modo suscita a la reinserción social de éstos dentro de la sociedad. No cabe duda que la mediación es el instrumento idóneo para lograr este loable objetivo, que va acorde con los lineamientos necesarios para instaurar la cultura de la paz.

La mediación penal adolescente favorece a descongestionar el sistema judicial, como también la víctima sale satisfecha del proceso al ser reparada por los daños que le han causado, se le concede el protagonismo en su decisión. Así mismo el infractor adolescente tiene beneficios al responsabilizarse de los hechos ofensivos, y se obliga a reparar el daño y se le da el apoyo para cambiar su comportamiento.

La Constitución Nacional, dispone que el Estado deba promover las condiciones y crear los mecanismos adecuados para que dicha igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impiden o dificulten su ejercicio, facilitando la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en todos los ámbitos de la vida nacional (1).

En la Acordada Nº 633 del año 2010 de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, ésta asumió el compromiso de ratificar las “100 REGLAS DE BRASILIA”, que fuera aprobado como un conjunto de Reglas Mínimas para

(1) Constitución Nacional, 92, de la República del Paraguay, Parte I, “De las Declaraciones Fundamentales de los Derechos, de los Deberes y de las Garantías”, Título II, Capítulo III “De la Igualdad”, garantiza la igualdad de acceso a la justicia, Art. 46 “De la Igualdad de las Personas” y Art. 47 “De las Garantías de la Igualdad”. Artículo 47 - DE LAS GARANTÍAS DE LA IGUALDAD.

garantizar el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad dentro del marco de los trabajos de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en la ciudad de Brasilia – República Federativa del Brasil. En la sección 5ª de las 100 Reglas de Brasilia se hace mención a los medios alternos de conflictos, como formas alternativas para acceder a la justicia.

El Art. 2º de la Acordada N° 1.023 del 1º de diciembre de 2015, establece que la Mediación Penal Adolescente es un proceso con potencial educativo, socializador y reparador, por la cual dos partes: llamadas adolescentes en conflicto con la ley penal y persona víctima adulta, niño o adolescente, intentan con la ayuda de un tercero imparcial denominado mediador, resolver un conflicto surgido por la presunta comisión de un hecho punible.

En otro aspecto, encontramos que la Mediación Penal de la Adolescencia es el primer acercamiento jurisdiccional que tienen las partes del proceso involucradas en un conflicto penal adolescente con los mediadores, a fin de acercar las posiciones de los mismos y consecuentemente entablar camino al entendimiento y posterior resolución del conflicto planteado.

1.1. El mediador en el proceso penal adolescente

El mediador es un tercero neutral; que lo pone en una situación equidistante de las partes. No desarrolla una actividad decisoria, ni jurídica ni moral. No es su función dar una solución al conflicto, sino la de facilitar la comunicación e intercambio de propuestas entre las partes fundado en escuchar las razones recíprocas.

Su rol es activar las relaciones en la dirección de la composición pacífica del litigio, en el cual el delito puede ser el origen o la consecuencia; el mediador debe también actuar en función de control porque de otro modo se vuelve a la lógica binaria, la misma que llevo a que el conflicto surgiera (Scivoletto, 2005, p. 91).

1.2. Efectos de la mediación

La mediación viene a ser una de las formas de la justicia restaurativa, donde la víctima y el adolescente infractor resuelven sus litigios de manera diferente a un proceso judicial, ambos tienen una participación activa en la

decisión, donde el adolescente infractor se responsabiliza de sus actos y la víctima se siente recompensada.

La aplicación de la mediación se puede calificar como exitosa al tener efectos positivos tanto en el ámbito procesal como substancial; primeramente, para coadyuvar a la disminución de la morosidad judicial y los costos de los mismos y por otro lado haciendo que la partes puedan acceder a la justicia a través de la mediación.

2. Proceso de Mediación Penal de la Adolescencia, conforme a la Acordada N° 1.023/15 de la Corte Suprema de Justicia

2.1. Antecedentes y normativa vigente

Como antecedente del proceso de mediación penal para adolescentes, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, en uso de las atribuciones que le son otorgadas por la Ley N° 609/95, Artículo 3° inciso b), dictó en el año 2013 la Resolución 4767, por el cual se aprobó el Reglamento de Mediación Penal, aplicable a casos en los que se atribuya la comisión de hechos punibles a personas adultas.

Posteriormente, con el objetivo de complementar la citada normativa, y de buscar ampliar el uso de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos también a personas adolescentes en conflicto con la ley penal, la Corte Suprema de Justicia dictó la Acordada N° 1.023/15, *“Por la cual se aprueba el Reglamento de Mediación Penal de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal”*. Desde entonces, dicha normativa se encuentra vigente y ejecutada desde la Dirección de Mediación del Poder Judicial de Paraguay.

2.2. Implementación

A través de la Mediación se pretende intervenir en el ámbito de los adolescentes, en el contexto de la violencia y la delincuencia. Pero todo ello a través de la perspectiva de la justicia restaurativa, esto es, desde el punto de vista de la construcción de paz, la intervención del conflicto y la modelación de relaciones justas y sanas.

Para que esto sea posible hemos de mirar el tema de la delincuencia de los adolescentes, no desde la psicología social que ha tendido a enfatizar la dimensión de la violencia como conducta inadaptada, sino desde un enfoque que se centre en la construcción de la identidad y desde la construcción de relaciones con el resto de los ciudadanos.

La implementación de la mediación ha de desarrollarse sobre una base de reflexión y cambio de la justicia para los adolescentes. Se ha de inscribir en un proceso de transición entre un modelo residual protector y correccionalista basado en los principios del positivismo, y la apuesta por un modelo de justicia penal adolescente garantista y responsabilizador, que potencie el principio de intervención judicial mínima y la desjudicialización.

Un modelo que, sin perder el control por parte de la instancia judicial sobre los derechos y garantías de las partes, se proponga impulsar el diálogo y la participación del autor y la víctima en la resolución del conflicto.

Si bien, los programas de mediación, reparación y conciliación, históricamente se originan en el movimiento de atención a la víctima, en este caso, la implementación de la mediación no ha de partir del objetivo específico de atención a la víctima, sino que, partiendo del objetivo responsabilizador del joven infractor, se intentara establecer un espacio participativo e interactivo entre éste y la víctima con el objetivo de solucionar el conflicto y la orientación de este proceso a través de un mediador.

Esta implementación tiene un potencial educativo, socializador, reparador y unas cualidades importantes como nueva forma de reacción ante la delincuencia adolescente desde la perspectiva de la prevención general positiva, potenciando nuevas formas de reacción ante el delito, en las cuales la responsabilización del sujeto no es fruto del castigo o la sanción, sino de la voluntad y del compromiso reparador del adolescente en conflicto con la ley penal, así como también de la participación de la víctima en la solución del conflicto.

Se busca un modelo de educación en libertad, no represiva, humana y eficaz, que haga crecer lo que hay en los adolescentes, respetando sus vínculos sociales y afectivos. Un modelo que al mismo tiempo respete sus derechos constitucionales y sienta las bases para que los adolescentes perciban

una imagen de la justicia institucional clara, y no engañosa. Una justicia que no argumenta sus decisiones en función de su origen o su situación personal, y que les dé un trato como ciudadanos de pleno derecho.

Se trata de buscar nuevas alternativas, apostando por trabajar desde la voluntariedad del adolescente, implementando un programa de conciliación y reparación a la víctima y, cuando esto no sea posible, que el adolescente realice un Servicio en Beneficio de la Comunidad. Con ello se pretende devolver el conflicto a sus propios actores y en particular al adolescente, dándole la oportunidad de resolverlo.

2.3. Reparación del daño a la víctima

Está demostrada que, desde la perspectiva restaurativa, como un método de mantener a los infractores responsables por sus acciones y como un plan de reparar el daño a la víctima, se hace entrega por parte del infractor de una suma de dinero u objeto para reparar a la víctima por las pérdidas patrimoniales ocasionadas por el hecho antijurídico. La reparación puede ser establecida durante el proceso de la mediación y puede también ser ordenada por un juez.

Por lo tanto, es el resultado de un proceso potencialmente restaurador. Este proceso desarrolla la satisfacción de la víctima.

En nuestra norma positiva, el Artículo N° 205 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece las obligaciones a ser cumplida y las condiciones para la misma por parte del adolescente en conflicto con la Ley Penal (2).

2.4. Objeto de la implementación

(2) Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 205: “DE LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES. El Juez podrá imponer al adolescente la obligación de: a) reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible; Las obligaciones no podrán exceder los límites de la exigibilidad. El Juez deberá imponer la obligación de pagar una cantidad de dinero solo cuando: a) el adolescente haya realizado una infracción leve y se pueda esperar que el pago se efectúe con medios a su propia disposición; o, b) se pretende privar al adolescente del beneficio obtenido por el hecho punible...”.

El objeto de la de la Mediación Penal Adolescente consiste en explorar la incorporación de los adolescentes a un proceso de mediación, en donde el conflicto a mediar reside en un hecho ilícito, cometido por un adolescente en perjuicio de una víctima, y el resultado posible es que el afectado pueda expresar las consecuencias del hecho; el autor el reconocimiento de su acción y entre ambos se construya un acuerdo restaurativo, a nivel de relación y a nivel de contenido, con proyección en la paz social.

Es necesario establecer un espacio seguro, legítimo y confiable, para resolver los conflictos de manera pacífica asistidos por un tercero, llamado mediador; a través del diálogo y dentro del marco legal de la mediación.

Se busca de esta forma, erradicar la dificultad del acceso al sistema legal por parte de una población que se halla en conflicto con la ley y/o en riesgo de exclusión social. Pero se busca también, dotar a la juventud de instrumentos y capacidades para enfrentar adecuadamente el conflicto, en un contexto en donde la violencia y delincuencia son importantes preocupaciones de la población, más teniendo en cuenta la edad del infractor y, en muchas ocasiones, de la víctima.

2.5. Criterios básicos de acceso a la mediación

La mediación penal en adolescentes en conflicto con la ley es un mecanismo alternativo de resolución del conflicto nacido de una presunta comisión de un hecho ilícito, que permite obtener respuestas más satisfactorias para la víctima, para el infractor y para la sociedad.

Asimismo, abre la posibilidad de alcanzar soluciones no violentas, más positivas y democráticas, dejando la intervención del Estado a través de sus órganos judiciales, para los casos en que exista una grave afectación del interés público o que fracase la mediación o se incumpla el acuerdo alcanzado.

La implementación se dirige a personas que sufren un daño físico, emocional o material, cuyo autor es un adolescente de entre 14 a 17 años (3).

2.6. Partes del proceso de mediación

Las partes que participan de un proceso de mediación penal de adolescentes son las siguientes:

En primer lugar, el propio adolescente en conflicto con la ley penal.

Los padres, tutores o representantes legales (Artículo 5º de la Acordada Nº 1.023/15).

La víctima o víctimas. Si fuere adolescente, deberá participar de las audiencias en compañía de sus padres, tutores o de un defensor de la Niñez y la Adolescencia. Si fuere niño, comparecerá solamente si los padres o tutores lo permiten, en cuyo caso deberá comparecer en compañía de ellos o de un defensor de la Niñez y la Adolescencia. En caso que los padres del niño no consientan que éste participe, podrán comparecer los mismos en su reemplazo.

El mediador, tercero neutral e imparcial, que asistirá a las partes durante todo el proceso de mediación.

2.7. Mediación en el proceso judicial penal adolescente

Remisión de la causa: Recibida la imputación el juez penal de la adolescencia podrá derivar las actuaciones a la Oficina de Mediación, previa evaluación de su equipo asesor de Justicia:

(3) Artículo 3º de la Ley Nº 2.169/03, que establece la mayoría de edad y modifica el Art. 1º de la Ley Nº 1.702/01 de la Código Niñez y la Adolescencia, el cual queda redactado de la siguiente manera: “Art. 1º. - A los efectos de la interpretación y aplicación de las normas relativas a la niñez y a la adolescencia, establece el alcance de los siguientes términos: a) Niño: toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad;

b) Adolescente: toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad; y,

c) Mayor de edad: toda persona humana desde los dieciocho años de edad”.

- De oficio.
- Ha pedido de cualquiera de los intervinientes.

2.8. Casos penales adolescentes admisibles

El Juzgado Penal de la Adolescencia en el supuesto de que la infracción sea cometida por un adolescente y opte por la derivación del caso a que sea sometido a mediación, atenderá:

1. Que los hechos punibles sean calificados como delitos conforme al Art. 13 del Código Penal Paraguayo.
2. Que sean susceptibles de derivar a la mediación los procesos penales que involucran la sospecha de hechos punibles contra los bienes de las personas (En concordancia con el Art. 6° de la Acordada N° 1.023).
3. Las condiciones o circunstancias del adolescente.
4. Que el adolescente que asuma las responsabilidades en relación con el hecho y muestre explícitamente su voluntad de reparar a la víctima, y
5. La naturaleza de los daños, sus circunstancias y si son reparables.

Se podrá derivar a mediación en cualquier etapa del proceso, anterior a la extinción de la acción penal.

2.9. No podrán ser derivados a mediación los procesos de adolescentes en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido condenados anteriormente por la comisión de un hecho punible doloso que afecte al mismo bien jurídico, o
2. Cuando el adolescente hubiera celebrado hasta dos acuerdos de mediación por hechos punibles cometidos respecto al mismo bien jurídico.

3. Análisis de la Acordada N° 1.023/15 de la Corte Suprema de Justicia

En todos los casos la mediación penal adolescente deberá considerarse como una de las medidas determinadas por el Juez Penal de la Adolescencia, siendo exclusiva la participación del Juzgado y su equipo asesor de

justicia como fase previa de manera a garantizar el principio de protección especial.

En su Art. 1° establece que: “Se establece la Mediación Penal como forma de resolución de procesos para los adolescentes en conflicto con la Ley Penal, en el marco del programa de Justicia Restaurativa”.

El reglamento de Mediación Penal de la Adolescencia es una herramienta para el ordenamiento penal de la República del Paraguay, con el fin de orientar la labor de los operadores de justicia intervinientes en los procesos penales que involucran a los adolescentes en conflicto con la ley penal, en base al “interés superior del niño, la niña y adolescente”.

El Art. 2° define la Mediación penal adolescente en los siguientes términos: “La Mediación Penal de la Adolescencia es un proceso con potencial educativo, socializador y reparador, que se lleva a cabo entre la persona adolescente en conflicto con la ley penal y la señalada como víctima, que intenta con la ayuda de un tercero imparcial denominado medidor o medidora resolver un conflicto surgido por la presunta comisión de un hecho punible”.

Es importante resaltar las características especiales del proceso de mediación penal adolescente, en el sentido de que, además de todas las características propias de la mediación en general (ejemplos: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, etc.), se incluye el hecho que este proceso tiene **potencial educativo, socializador y reparador**, y haciendo mención de un tercero equidistante facilitador de la comunicación quien es el mediador.

El Art. 3° generó una definición para la mediación penal de la adolescencia, en el cual se expresa textualmente: “La Mediación Penal es un proceso voluntario que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho punible mediante una prestación voluntaria del adolescente en conflicto con la ley penal a favor de la supuesta víctima. Cuando esto no sea posible, o no sea suficiente por sí mismo, entrará a consideración la reparación frente a la comunidad. El acuerdo arribado no debe imponer condiciones desproporcionadas o inexigibles, ni a la supuesta víctima, ni al adolescente en conflicto con la Ley Penal”.

Se puede extraer del presente artículo la **finalidad de la mediación penal de la adolescencia, que es la reparación y compensación** de las consecuencias del hecho punible por parte del adolescente participe del proceso, incluyendo en dicha reparación no sólo a la víctima directa del hecho punible, sino también a la comunidad a la que pertenece.

Art. 4°.- “El proceso de mediación será gratuito, sin perjuicio de la obligación de cada uno de los intervinientes de abonar a su abogado los honorarios que correspondan. El Mediador o Mediadora deberá advertir expresamente que el acuerdo de mediación no exime del pago de honorarios”.

Se desprende uno de los principios fundamentales del servicio de mediación del Poder Judicial, cual es la economía procesal en el sentido pecuniario (gratuidad del servicio) ya que el estado quien se encarga de velar por una justicia pronta y barata, establece que el servicio de mediación no tiene costo para las partes, pero con la salvedad de que solo deben cubrir los honorarios profesionales del abogado particular en caso de que hubiere.

El Art. 5° establece cuanto sigue: “En la Mediación Penal que involucre a un adolescente en conflicto con la Ley Penal deberán participar los padres, tutores o representantes legales. Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial podrá obligarse toda persona que acredite vínculo con el adolescente”.

Este articulado se encuentra en concordancia con nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia en sus Artículos 200, 204 y 205 (4).

(4) El **Artículo 200** del mismo cuerpo legal, donde reza: “**DE LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.** Las medidas socioeducativas son prohibiciones y mandatos que regulan la forma de vida del adolescente con el fin de asegurar y promover su desarrollo y educación. Dichas reglas de conducta no podrán exceder los límites de la exigibilidad, conforme a la edad del adolescente. El Juez podrá ordenar: g) reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible; ...”. **El Artículo 204 donde establece que: “DE LA AMONESTACIÓN.** La amonestación es la llamada de atención que el Juez dirige oralmente y en forma clara y comprensible al adolescente, con el fin de hacerle consciente de la reprochabilidad de su conducta y su obligación de acogerse a las normas de trato familiar y convivencia social. Cuando corresponda, el Juez invitará al acto a los padres, tutores o responsables

A la luz del Artículo 5° de la mencionada acordada y en concordancia con los artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia mencionados precedentemente, es posible concluir de manera categórica e inequívoca sobre la obligatoriedad de la participación de los padres, tutores o representantes legales del adolescente en conflicto con la Ley Penal, en el proceso de Mediación Penal. La normativa sub-examine resulta por demás clara al establecer que los citados deberán participar en el proceso de Mediación Penal, lógicamente, a los efectos de acompañar al adolescente, y en caso de resultar un acuerdo de resarcimiento de contenido patrimonial, podrá obligarse toda persona que acredite el vínculo con el mismo.

El Art. 6° dice: “Podrán ser derivados a Mediación Penal adolescente los hechos punibles clasificados como delitos conforme el Artículo 13 del Código Penal Paraguayo. Son especialmente susceptibles de derivar a Mediación los procesos penales que involucran sospechas de hechos punibles de bienes contra las personas”.

Al respecto, son admitidos al sistema de mediación penal de adolescentes todos los casos en los que se haya cometido hechos punibles calificados como delitos según el Artículo 13 del Código Penal del Paraguay (5), poniendo especial importancia aquellos delitos que se hayan cometido contra los bienes patrimoniales de las personas.

y les proporcionará informaciones y sugerencias acerca de su colaboración en la prevención de futuras conductas punibles”. Y el **Artículo 205 que establece: “DE LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES.** El Juez podrá imponer al adolescente la obligación de: a) reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible; Las obligaciones no podrán exceder los límites de la exigibilidad. El Juez deberá imponer la obligación de pagar una cantidad de dinero solo cuando: a) el adolescente haya realizado una infracción leve y se pueda esperar que el pago se efectúe con medios a su propia disposición; o, b) se pretende privar al adolescente del beneficio obtenido por el hecho punible...”.

(5) Artículo 13.- Clasificación de los hechos punibles 1º Son crímenes los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco años. 2º Son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco años, o multa. 3º Para esta clasificación de los hechos punibles será considerado solamente el marco penal del tipo base ...”.

Es importante resaltar en el presente apartado que lo establecido por acordadas y resoluciones de la Corte Suprema de Justicia es aplicable a casos de mediación desarrollados en la Dirección y Oficinas de Mediación del Poder Judicial.

El Art. 7° establece. “No podrán ser derivados a Mediación los procesos de adolescentes que hayan sido condenados anteriormente por la comisión de un hecho punible doloso que afecte al mismo bien jurídico. Tampoco podrán ser derivados a Mediación los procesos que involucren a adolescentes en conflicto con la ley penal que hubieren celebrado hasta dos acuerdos de Mediación por hechos punibles cometidos respecto al mismo bien jurídico”.

Este artículo establece claramente los casos en que no se podrán aplicar la mediación penal adolescente, por un lado establece que en el caso en que el adolescente a quien se atribuye la comisión del hecho punible en cuestión cuente con condena judicial anterior por la comisión de hechos punibles dolosos en contra de los mismos bienes jurídicos afectados en el caso que derivó a la condena anterior y por otro lado cuando dicho adolescente haya sido beneficiado anteriormente con dos acuerdos de mediación por la comisión de hechos punibles que afecten al mismo bien jurídico en estudio.

Art. 8°.- “El Mediador o Mediadora designado/a fijará las audiencias a las que deberán concurrir los intervinientes que hubieran aceptado este proceso, estableciendo previamente sesiones separadas con cada una de las partes, y posteriormente cuando se den las condiciones en forma conjunta”.

Si bien el mediador no participa directamente de la toma de decisión final en cuanto al fondo de la cuestión sometida a mediación, es el encargado de guiar a las partes durante todo el proceso, de generar el ambiente propicio para que las partes se puedan comunicar entre sí, y de otorgar las herramientas para superar los obstáculos que puedan existir en la negociación que llevan las partes entre sí, realizando las audiencias en forma separadas, en primer lugar entrevista con el adolescente en conflicto con la ley penal y luego con la víctima y para finalizar el mediador debe generar el encuentro entre las partes para tratar el punto fundamental del proceso.

Art. 9°.- “Las manifestaciones durante las audiencias de mediación, así como los documentos y registros de casos, tendrán carácter confidencial para el Mediador o Mediadora, los intervinientes y los terceros involucrados, incluido el personal de la dirección de mediación. La transgresión del deber de confidencialidad dará lugar a las consecuencias penales o disciplinarias que correspondan.

El Mediador o Mediadora deberá informar a los intervinientes del deber de confidencialidad y que su violación podrá acarrear sanciones penales, conforme a la legislación penal vigente.

El Mediador o Mediadora estará inhabilitado para deponer como testigo, perito o asesor en cualquier proceso relativo al conflicto objeto de la mediación.

El Mediador o Mediadora, los intervinientes y los terceros que participen quedarán exonerados del deber de confidencialidad cuando en el curso de la mediación se obtenga información de la inminente comisión de un hecho punible o se evidencie un riesgo potencial de daño físico o psíquico a uno de los intervinientes o a un tercero.

Queda exceptuado del deber de confidencialidad el acuerdo final alcanzado tras el proceso de mediación, el cual podrá ser utilizado en el proceso penal y una vez homologado por el Tribunal, en cualquier otro proceso posterior”.

A la luz del presente artículo se reafirma el carácter confidencial que posee el proceso de mediación, pues es la forma de garantizar la confianza en el sistema, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento por esta razón se ha de garantizar que no se va a utilizar lo dicho en el proceso de mediación en forma fraudulenta para obtener fuentes de pruebas.

El Art. 10° expresa que: “Finalizada la mediación se labrará un acta donde se establecerá el resultado alcanzado. Firmarán los intervinientes un documento en el que conste el acuerdo al que hayan arribado. El acuerdo

podrá versar sobre la reparación del daño y/o sobre el cumplimiento de determinadas conductas, y/o prestación de servicios a la comunidad, y/o pedido de disculpas, entre otras obligaciones que sirvan al fin propuesto”.

El presente artículo refiere a la culminación del proceso de mediación, el cual deberá ser redactada en lenguaje claro y comprensible para la edad de la persona adolescente y los intervinientes, esta acta deberá ser suscripta tanto por el adolescente, por su representante legal, padre, madre, tutor o defensor de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo claramente la voluntad de las partes, debiendo el acuerdo recoger los términos del plan de reparación, la petición personal de disculpas por parte del ofensor y la aceptación por parte de la víctima.

Art. 11°.- “En el proceso de mediación, el Mediador o Mediadora actuará conforme a los principios de objetividad, ausencia de prejuicios, valoraciones y creencias”.

Además de los requerimientos establecidos en la Ley Nº 1.879/02 “De Arbitraje y Mediación”, en su Artículo 65 (6), el presente artículo habla de la objetividad, ausencia de prejuicios, valoraciones y creencias.

Remarcando de esta manera que el mediador procederá con rectitud y sin predisposición a favor o en contra de alguna de las partes.

Art. 12°.- Mediación Extrajudicial: “cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de un hecho que involucre a un adolescente y que conforme a su sospecha inicial se corresponda con un hecho punible previsto en el Art. 6° de este reglamento, deberá informar, a la supuesta víctima la posibilidad de someter el conflicto a mediación. Se dejará constancia de la lectura del presente artículo, y de la aceptación de este procedimiento en forma voluntaria por partes de la víctima o su representante legal. Durante el proceso de mediación el Ministerio Público deberá realizar las medidas necesarias para

(6) Art. 65 de la Ley de Arbitraje y Mediación: “Requisitos: El mediador deberá ser una persona de reconocida honorabilidad, capacitación e imparcialidad y su labor será la de dirigir libremente el trámite de la Mediación, guiado por los principios de imparcialidad, equidad y justicia”.

la dilucidación del hecho, asegurando la recolección y conservación de aquellos medios de pruebas útiles o irreproducibles”.

Todos los casos de Mediación que no sean derivados desde los juzgados o tribunales serán denominados, mediaciones extrajudiciales. Si bien es pasible de llevar a cabo la Mediación penal adolescente, en el caso de que las partes estén conformes a desarrollar la audiencia voluntariamente a través de la derivación por parte del Ministerio Público, pero con la salvedad de que cuando el Ministerio Público desee prescindir de la persecución penal de un adolescente, necesitará el consentimiento judicial, no pudiendo tomar dicha medida sin poner la causa a consideración de un juez o tribunal.

Art. 13°. Como complemento de la normativa expuesta precedentemente, este artículo establece, “En caso de que la víctima o su representante legal y el adolescente en conflicto con la Ley Penal y su representante legal opten por la mediación, se remitirán previamente las actuaciones al juzgado Penal Adolescente de turno para que su equipo asesor de justicia, en un plazo máximo de tres días, dictamine a prima facie sobre la capacidad del adolescente conforme al Art. 194 del Código de la Niñez y de la Adolescencia y también sobre su capacidad para comprender el procedimiento, y en caso afirmativo derive el proceso a mediación”.

De manera sumamente acertada, la normativa de análisis previene que el Equipo Asesor de Justicia debe informar también al Juzgado Penal de la Adolescencia respecto a la capacidad del adolescente para comprender el procedimiento de Mediación y sus alcances, ya que la ley exige que los presupuestos de madurez psicosocial, conocimiento de la antijuridicidad del hecho y la capacidad de determinación conforme a ese conocimiento, sean constatados en cada caso concreto antes de establecer la responsabilidad del adolescente y generar un informe que demuestre la factibilidad de la remisión del caso a la Dirección de Mediación.

Art. 14°.- “Si los intervinientes llegaren a un acuerdo este será remitido inmediatamente al Ministerio Público para que se requiera, según el caso, la extinción de la persecución penal. El acuerdo una vez homologado por el tribunal, tendrá carácter de título ejecutivo suficiente para la interposición de la acción civil ante el fuero respectivo en caso de incumplimiento de los

acuerdos patrimoniales. En caso de incomparecencia de alguno de los intervinientes, o de no llegarse a un acuerdo, se remitirán las actuaciones de manera inmediata al fiscal interviniente para la tramitación correspondiente”.

Por lo tanto, si en dicho proceso de mediación las partes arriban a un acuerdo, el mismo deberá ser remitido al Ministerio Público para que sea éste órgano que haga una nueva solicitud al juez, pero en este caso peticionando la extinción de la acción penal. En sentido contrario, en caso de no llegarse a un acuerdo, la Dirección de Mediación deberá comunicar de ello a la Fiscalía para que ésta continúe con el proceso judicial ordinario.

Art. 15°.- “El proceso de Mediación Extrajudicial tendrá una duración máxima de treinta días hábiles, prorrogables, por treinta días más, en casos excepcionales a solicitud del mediador o mediadora, con el consentimiento de los intervinientes y el acuerdo del Ministerio Público. El plazo se computará a partir de la recepción de las actuaciones en la Oficina de Mediación”.

Los casos excepcionales que menciona la citada normativa, podrían ser aquellos en los que existan múltiples de procesados o víctimas, asimismo, aquellos procesos de mediación que se desarrollen de forma gradual, en varias sesiones ya sean estas conjuntas o individuales entre las partes intervinientes apremio del tiempo.

Art. 16°.- “Mediación en el proceso: recibida la imputación el juez, de oficio o a pedido de cualquiera de los intervinientes, podrá derivar las actuaciones a la oficina de mediación del Poder Judicial, previa evaluación de su equipo de justicia en las condiciones previstas en el Art. 13° de este reglamento y mediando notificación a los intervinientes”.

En la mediación judicial, es importante dejar en claro que el expediente permanecerá siempre en la secretaría del Juzgado. El juzgado ordenara la remisión del caso a la Dirección de Mediación por A.I., providencias u oficio, sin adjuntar ningún tipo de prueba más que el informe del equipo técnico asesor.

Art. 17°.- “La Resolución del conflicto deberá lograrse en un plazo máximo de treinta días hábiles a computarse desde la recepción de las actuaciones en la Oficina de Mediación. En caso de no hacerlo en este término las

actuaciones deberán devolverse al Tribunal inmediatamente dando por culminado el proceso de mediación, salvo que, en casos excepcionales, a solicitud del Mediador o Mediadora con el consenso de los intervinientes, el Juez considere útil conceder una prórroga de hasta treinta días para la celebración del acuerdo”.

El presente artículo refiere en forma similar al Art. 15 del presente cuerpo legal, ya que habla sobre los plazos, siguiendo los mismos procedimientos y situaciones que puedan generarse, pero con la salvedad que en el presente apartado hace mención a casos con derivación judicial.

Art. 18°.- “Si los intervinientes llegan a un acuerdo este será remitido inmediatamente al Tribunal competente y al Fiscal interviniente para que requiera según el caso: a) la extinción de la persecución penal o b) la solicitud de imposición de medidas socioeducativas, correccionales o privativas de libertad que correspondan.

Igualmente el Tribunal podrá utilizar el acuerdo arribado como base para a) la imposición de las medidas socioeducativas previstas en los incisos g) y h) del Art. 200 del Código de la Niñez y de la Adolescencia o medidas correccionales de los incisos a) y b) del Art. 205 de la citada Ley o b) como base para tomar la decisión de suspender a prueba la ejecución de una medida de privación de libertad de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 208 del Código de la Niñez y de la Adolescencia en caso de incomparecencia de alguno de los intervinientes o de no llegarse a un acuerdo se remitirán las actuaciones de manera inmediata al Fiscal interviniente para la continuación de la tramitación del proceso”.

La Acordada N° 1.023/15, en su Artículo 10, establece que una vez finalizada la mediación se deberá labrar un acta en el cual se dejará constancia del resultado generado, pudiendo ser con acuerdo y sin acuerdo el resultado final.

Con Acuerdo: Si los intervinientes llegaren a un acuerdo este será remitido inmediatamente al Juez o tribunal interviniente y así como al Fiscal encargado de la investigación a fin de solicitar la extinción de la persecución penal u otra salida procesal. El acuerdo una vez homologado por el Tribunal,

tendrá carácter de título ejecutivo suficiente para la interposición de la acción civil ante el fuero respectivo en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.

Si resultare sin acuerdo o inasistencia de las partes: los casos serán informados al Juez o tribunal interviniente de forma inmediata a fin de proseguir con la tramitación del proceso correspondiente sin más demora.

Art. 19°.- Mediación en Fase de Ejecución. “El Juez Penal de Ejecución competente, de oficio o a petición del adolescente o sus representantes o la Secretaría Nacional del Adolescente Infractor (SENAAI), podrá derivar las actuaciones a mediación antes de acordar la modificación, sustitución, o revocación de las medidas dispuestas, en atención a lo previsto en el Art. 218 del Código de la Niñez y de la Adolescencia”.

El presente apartado da las atribuciones necesarias al Juez Penal de Ejecución para la derivación de las causas a su cargo a la Dirección de Mediación para la modificación, sustitución o revocación de las medidas socio-educativas antes dictadas.

Art. 20°.- “Una vez recepcionadas y gerenciadas las solicitudes de Mediación Judicial, por la Oficina de Mediación, se notificará a los intervinientes dentro del proceso por cualquier medio de comunicación eficaz”.

La notificación será realizada por el ujier notificador, quien realizará la comunicación expresa a las partes de la invitación generada para las entrevistas, especificando el lugar, la fecha y la hora a ser desarrollada la audiencia de Mediación.

Art. 21°.- Asistencia a sesiones y representación: El Mediador o Mediadora deberá explicar a los intervinientes, con un lenguaje claro y sencillo, el funcionamiento del Sistema de Mediación Penal de la Adolescencia, así como los principios rectores de la mediación, su finalidad y consecuencias.

Los intervinientes asistirán personalmente a las sesiones de mediación, no pudiendo conferir representación a tal efecto. En caso de que la supuesta víctima sea un adolescente, deberá asistir a las sesiones acompañado/a de sus padres o tutores o guardadores o Defensor de la Niñez y la

Adolescencia. En el caso que la supuesta víctima sea un niño o niña, su comparecencia quedará a criterio de los padres o tutores. Si deciden que asista, deberá hacerlo acompañado de estos o del Defensor de la Niñez y de la Adolescencia. Si deciden que el niño o niña no asista deberán comparecer los padres o tutores en su representación”.

En el presente artículo se hace referencia al rol de mediador para valorar la colaboración de las partes antes de iniciar el proceso y tener la capacidad de organización, no solo de la comunicación, sino también de la estructura que debe ir desarrollando durante el proceso. Es importante destacar la presencia de las partes involucradas dentro del proceso, ya que es personalísimo, no siendo pasible de delegación en terceros, pues la participación directa y activa de las partes adquiere una entidad propia y hace que tenga sentido para la víctima y para el adolescente infractor.

Art. 22°.- Forma y Contenido del Acta de Acuerdo:

1. El Acta final deberá estar redactada en lenguaje claro y comprensible para la edad de la persona adolescente en conflicto con la Ley Penal.

2. El Acta de Acuerdo deberá estar suscrita necesariamente por el Mediador o Mediadora interviniente, la persona adolescente en situación de conflicto con la Ley Penal, así como por su representante legal, padre, madre, guardador, o tutor o Defensor de la Niñez y la Adolescencia y la supuesta víctima. En mediación con víctimas que sean niños o adolescentes, el acuerdo debe ser suscrito además por su representante legal, padre, madre, guardador o tutor o Defensor de la Niñez y la Adolescencia.

3. Con la suscripción del Acta de Acuerdo culmina la función del Mediador o Mediadora interviniente.

El acta de acuerdo debe estar resumido en temimos neutrales sin tintes negativos, estableciendo el interés principal de las partes, firmando todas las partes intervinientes para la validez propia del acta de acuerdo, refrendado por la firma del mediador.

Art. 23°.- Únicamente podrán ser designados como Mediadores o Mediadoras, en el proceso regulado en el presente reglamento, aquellas personas que, conforme registro de la Dirección de Mediación, estén incluidas bajo la calificación de Mediadores y Mediadoras penales de la adolescencia.

La inclusión en el registro requiere una capacitación específica que debe contener:

a) El Reglamento de Mediación Penal del Adolescente en conflicto con la Ley Penal.

b) Conocimientos del Sistema de Justicia Penal Adolescente, establecidos en el Libro V del Código de la Niñez y la Adolescencia.

c) El Manual de Mediación Penal de la Adolescencia.

d) Teoría y práctica de técnicas específicas de Mediación Penal de la Adolescencia.

e) Conocimientos en Derechos Humanos, y tratados internacionales que regulan la materia.

f) Capacitación continua y certificada.

El mediador debe ser un profesional capacitado en técnicas específicas, para facilitar la comunicación entre las partes, basándose en la comprensión y respeto mutuo.

El mediador carece de poder de decisión que lo distingue del juez, que trabaja para conciliar los intereses de las partes y ayudarles a examinar el futuro y sus necesidades, las necesidades entran entrenados en negociación colaborativa con un perfil adecuado que lo destaca, su credibilidad, confianza y empatía.

Por lo tanto, la calidad de los procedimientos alternos de resolución de conflictos se basa esencialmente en la competencia de los mediadores.

Para la implementación de la mediación en una jurisdicción especializada para adolescentes infractores a la ley penal, es muy importante la preparación de los mediadores o mediadoras, y para que sea favorecido y exitoso el proceso para llegar a acuerdos pacíficos.

4. Análisis de casos penales sometidos a mediación penal

4.1. Caso 1: “F.G.G.B. s/ H.P. c/ la propiedad de las personas. hurto agravado”

4.1.1. Relación fáctica: En fecha 09 de junio de 2016, siendo aproximadamente las 02:45 horas de la madrugada, FGGB de 16 años, se apropió de una motocicleta con chapa N° 318 BGD, chasis N° 00000009, propiedad del señor AEN, con CI N° 1234567, domiciliado en calle A y B del barrio Sajonia, con tel0000000, que había dejado estacionado en el pasillo de la vía pública (Que se encuentra frente al domicilio) a las 23:00 horas. Cuando FGGB se encontraba llevando el biciclo (sin el motor en marcha) por la calle, a cuerdas del lugar se percató de la presencia policial a bordo de una patrullera, y por ello, dejó caer el rodado para darse a la fuga, siendo alcanzado por los policías quienes procedieron a la aprehensión y recuperación de la moto.

Por A.I. N° 333 de fecha 15 de junio de 2016, el juzgado resuelve imponer las medidas provisionales al adolescente y por la misma resolución se solicita al Equipo Asesor del Programa PAAI (7) la realización de los informes Psicológicos y Socio-ambientales del mismo.

Por A.I. N° 111 de fecha 14 de julio de 2016, el juzgado resuelve remitir la causa a la Dirección de Mediación del Poder Judicial.

4.1.2. Análisis

Es importante destacar los acuerdos y tratados internacionales a los cuales la República del Paraguay se halla suscripta y que fueron ratificados con el fin de salvaguardar la integridad tanto del menor como de la víctima dentro del marco de la denominada cultura de paz.

Conforme al Auto Interlocutorio analizado, el caso refiere a un adolescente de 16 años de edad, quien ha accedido al proceso de mediación, ello

(7) El Programa de Atención a Adolescentes Infractores (PAAI) fue creado con el objetivo de establecer e institucionalizar progresivamente un Equipo Asesor multidisciplinario del Juzgado Penal de la Adolescencia, que aporta sus conocimientos técnicos a requerimiento del juez, brindando informes psicológicos y sociales sobre el adolescente imputado.

en el marco de las directrices de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que expresa la necesidad de reducir la judicialización cuando están en juego los intereses del adolescente.

Así también la Acordada Nº 1.023/15 C.S.J., en su articulado sexto menciona que los hechos punibles a ser derivados a la Dirección de Mediación deberán ser clasificados como delitos conforme el Art. 13 del Código Penal. Y en este caso en particular, el hecho punible investigado refiere al hurto agravado, conforme al Art. 162 numeral 7 Código Penal Paraguayo, ya que el bien hurtado refiere a un motociclo, ya cumpliendo con el primer requisito, verificando que se trata de un delito.

Como segundo paso se observa que la judicatura analiza conforme el Artículo 7º de la Acordada 1.023/15 que el menor no tenga antecedentes, pues bien dice el mencionado articulado que: *“...No podrán ser derivados a mediación los procesos de adolescentes que hayan sido condenados anteriormente por la comisión de un hecho punible doloso que afecte al mismo bien jurídico. Tampoco podrán ser derivados a mediación los procesos que involucren a adolescentes en conflicto con la Ley Penal que hubieran celebrado hasta dos acuerdos de mediación por hechos punibles cometidos respecto al mismo bien jurídico...”*, y en este caso es un adolescente en conflicto con la ley penal, primario, sin antecedentes penales conforme al expediente judicial, cumpliéndose así con este segundo requisito, lo cual hizo factible la derivación de la causa al proceso de mediación. Posteriormente, y con el fin de que el proceso de mediación sea efectivo tanto para el adolescente como para la víctima, se evalúa la madurez psicosocial y psicológica del menor, buscando que cumpla con los fines educativo, socializador y reparador, por ello conforme el auto interlocutorio mencionado, se remitió al equipo asesor del programa PAAI para la realización de los informes psicológicos y socio-ambientales del menor que dieron viabilidad a la participación del menor dentro del proceso de mediación.

Cumpliendo así con las 100 reglas de Brasilia que en su enunciado 44 dice: “En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuen-

tran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas...”, esto hace referencia tanto para la víctima y el supuesto victimario que en este caso en particular hace referencia a un adolescente en conflicto con la ley penal, por lo que tiene un trato especial fundado también el apartado 78 de las 100 reglas de Brasilia que dice: “... En los actos judiciales, en los que participen menores se debe tener en cuenta la edad y desarrollo integral, y en todo caso: -Se deberá celebrar en una sala adecuada. -Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo. Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares...”, en ese caso en particular, se hace hincapié al hecho de contar con los informes socio-ambientales y psicológicos del adolescente, a través del cual accedió al proceso de mediación, participando en el desarrollo de las audiencias y logrando finalmente un acuerdo entre partes.

Al analizar el auto de homologación del acuerdo, extinción de la causa y sobreseimiento definitivo que refiere al adolescente en conflicto con la ley penal vemos que se cumple con las tendencias internacionales que abraza el Libro V del Código de la Niñez y la Adolescencia –Ley N° 1.680/01–.

En el Código de la Niñez y Adolescencia hace importante mención a los fines reeducativos y socioeducativas que encierra la norma. Estos fines reeducativos inciden en la conveniencia de la petición de perdón y reparación del daño, y crea –junto a otros– el instituto de la Remisión en su Artículo 234 que reza: “... En la etapa preparatoria, y con consentimiento del Tribunal, el Fiscal podrá prescindir de la persecución penal, cuando seden los presupuestos señalados en el Artículo 19 del Código Procesal Penal o cuando hayan sido ordenadas y ejecutadas las medidas educativas pertinentes. En las condiciones señaladas en el párrafo anterior, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá prescindir de la persecución penal en cualquier etapa del procedimiento...” y el Artículo 242 donde dice: “... En todas las etapas procesales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el hecho punible estuviese sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad que no supere los dos años, basándose en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. En este caso, citará a las partes a una audiencia común y previo

acuerdo con ellas, resolverá remitiendo al adolescente a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice. Si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso...”, mostrando que nuestro país mantiene vigente y es aplicada la figura de la remisión en conjunto con los demás países de la región como lo mencionamos dentro del marco teórico.

Finalmente, con el acuerdo trabajado en la Dirección de Mediación y la homologación del mismo en el Juzgado Penal Adolescente, se logra la desjudicialización del caso, anteponiendo el “interés superior del niño, la niña y el adolescente”, donde la base del acuerdo se centra en la autorresponsabilización del menor y la reparación patrimonial del daño causado tanto a la víctima como a la sociedad fomentando así la llamada Cultura de Paz, sirviendo la mediación como instrumento resocializador y educativo del que sale beneficiado el adolescente en conflicto con la ley penal, la víctima y la sociedad al lograr la reinserción efectiva y pacífica de ambos dentro de la sociedad.

4.2. Caso 2: “D.M.M. s/ H.P. c/ la propiedad de las personas. Robo”

4.2.1. Relación fáctica

En fecha 01 de agosto de 2016, alrededor de las 20:15 horas, CCC se encontraba en su vehículo sobre la calle Tte. Miranda del barrio San Vicente de la ciudad de Asunción, momento en que diviso a una persona de sexo masculino acercarse, y mientras él estuvo de espaldas se acercó y lo amenazó y cuando llegaron hasta su vehículo, habrían exigido al señor CCC a que entregue sus pertenencias, en ese instante pasaba por el lugar una patrullera de la policía nacional y cuando el sospechoso se percató de la presencia policial intentando huir, siendo perseguido por los efectivos policiales, logrando aprender al sujeto a media cuadra del lugar, siendo identificado como DMM, menor de 16 años de edad, por lo que fue puesto a disposición del Ministerio Público.

Por A.I. N° 999 de fecha 02 de agosto de 2016, el juzgado resuelve imponer las mediadas provisionales al adolescente y por la misma resolución se solicita al Equipo Asesor del Programa PAAI la realización de los informes Psicológicos y Socio ambientales del mismo.

Por A.I. N° 1010 de fecha 14 de agosto de 2016, el juzgado resuelve remitir el expediente a la Dirección de Mediación del Poder Judicial.

4.2.2. Análisis

La causa penal que se analiza es un caso que involucra a un adolescente en conflicto con la ley penal, ya que al momento del hecho el supuesto autor contaba con la edad de 15 años, siendo penalmente responsable conforme el Artículo 194 (8) del Código de la Niñez y Adolescencia, estando comprendido entre la edad de 14 años y 17 años de edad.

Al tratarse de un adolescente, posee un tratamiento especial ya que nuestra legislación prevé en el Código de la Niñez y Adolescencia el procedimiento de las infracciones a la ley penal en lo que atañe a menores, señalando en su Artículo 192 (9) primer párrafo que las disposiciones del mencionado libro se aplicarán cuando un adolescente cometa una infracción que la legislación ordinaria castigue con una sanción penal y acto seguido en el artículo que le sigue, el 193, establece que las disposiciones generales se aplicaran sólo cuando este código no disponga algo distinto; el Código Penal y el Código Procesal Penal tendrán carácter supletorio.

Es por esto que, al iniciarse el proceso de investigación en relación al adolescente, el Juez interviniente impone medidas provisionales al adolescente y de inmediato remite la causa al equipo asesor del programa PAAI a fin de que los mismos, mediante los profesionales técnicos se encarguen de realizar los informes psicológicos y socio ambientales al adolescente y de esa

(8) Artículo 194.- DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. La responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia, sin perjuicio de la irreprochabilidad sobre un hecho, emergente del desarrollo psíquico incompleto y demás causas de irreprochabilidad, prevista en el Artículo 23 y concordante del Código Penal. Un adolescente es penalmente responsable solo cuando al realizar el hecho tenga madurez sicosocial suficiente para conocer la antijuridicidad del hecho realizado y para determinarse conforme a ese conocimiento. Con el fin de prestar la protección y el apoyo necesarios a un adolescente que en atención al párrafo anterior no sea penalmente responsable, el Juez podrá ordenar las medidas previstas en el Artículo 34 de este Código.

(9) Artículo 192.- DE LOS INFRACTORES DE LA LEY PENAL. Las disposiciones de este libro se aplicarán cuando un adolescente cometa una infracción que la legislación ordinaria castigue con una sanción penal.

forma determinar la madurez psicosocial y el informe socio ambiental del adolescente.

Es importante hacer referencia en cuanto al párrafo anterior, que nuestro país ha ratificado varios convenios y tratado internacionales, y a modo de referencia mencionamos las 100 Reglas de Brasilia en su apartado 5 donde establece que: *“Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo”*, cumpliendo así con el tratamiento especial que estipula nuestra norma positiva en aplicación del Libro V del Código de la Niñez y Adolescencia a fin de que el proceso sea reparador, cumpliéndose con la verificación del desarrollo evolutivo del adolescente con la intervención del equipo PAAI.

Así mismo es de menester importancia mencionar que el hecho punible investigado refiere a un hecho tipificado por la norma como delito conforme el Código Penal Paraguayo, lo que hace pasible la posibilidad de remitir la causa a un medio alterno de resolución de conflictos, específicamente la mediación cumpliendo así con lo que determina el apartado 43 de la mencionada 100 Reglas de Brasilia que dice: *“Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”* y el apartado 44 *“En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto”*.

Es así que cumpliendo con los requisitos para el acceso al proceso de mediación el adolescente en cuestión, al considerarse el hecho punible como delito, determinando su madurez psicosocial, y haciendo importante mención que el mismo es infractor primario –*esto quiere decir que no cuenta con ningún otro antecedente*– se cumple con lo que establece el Art. 7º de la Acordada 1.023/15 – Penal Adolescente de la Corte Suprema de Justicia.

A modo de referencia, para demostrar el compromiso de la República del Paraguay, se trae a colación el Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos: la obligación de proteger a niños y adolescentes como así también el Art. 7º de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos –O.C. 17/2002 del 28 de agosto del 2002– hizo mención expresa a la necesidad de reducir la judicialización cuando están en juego los intereses del adolescente (10).

A través de la mediación se busca además una autorresponsabilización por parte del adolescente con potencial educativo, socializador y reparador, ya que, conforme al acta de acuerdo, el adolescente pide disculpas a la víctima y se compromete a no volver a cometer ningún tipo de hecho contrario a la ley, habiendo un acuerdo de reparación moral a través del pedido de disculpas, pero no así económico ya que las partes no lo vieron necesario.

Este acuerdo logrado por las partes, con ayuda del mediador dependiente de la Dirección de Mediación fue informado al Juez Penal de la Adolescencia interviniente, igualmente se corrió traslado al Ministerio Público encargado de impulsar la investigación, y ya en el momento procesal oportuno.

(10) Corte Interamericana de los Derechos Humanos – O.C. 17/2002 del 28 de agosto de 2002. “Las normas procurarán excluir o reducir la judicialización de los problemas sociales que afectan a los niños que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

tuno, es decir en la audiencia preliminar, se logró la homologación del mencionado acuerdo, desjudicializando en forma efectiva la causa, extinguiendo la acción penal y levantando cualquier tipo de medida provisoria que venía cumpliendo el menor adolescente, poniendo en primer lugar el “interés superior del niño, la niña y la persona adolescente”, y evitando la re-victimización durante el proceso, dándoles a ambos el empoderamiento sobre la causa que los vinculaba, fomentando de este modo la ansiada Cultura de la Paz, donde el proceso de mediación cumple un papel fundamental como propulsor educativo y resocializador, cumpliéndose con la formula ganar = ganar, tanto para el adolescente en conflicto con la ley penal, la víctima como la sociedad en general.

5. Conclusión

Los métodos alternos de resolución de conflicto son herramientas que sirven para garantizar el acceso a la justicia, economía procesal y bajo costo, lo cual genera un cambio de paradigma social en la conducta de las personas, volviéndolos responsables de sus acciones ante la sociedad. Así la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, trabaja en el marco de la voluntad de las partes, en un ambiente confidencial, identificando sus verdaderos intereses, generando la capacidad entre las partes de llegar a una solución, sin ninguna imposición, como sucede con las sentencias judiciales, sin pretender reemplazar a la instancia judicial, donde se resuelve hechos punibles que protegen el bien jurídico como ser la vida.

Con la mediación penal adolescente se pretende fortalecer el acceso a justicia, ampliando las formas de solución del conflicto penal y humanizando sus resultados, de tal forma a propender al cumplimiento de las garantías constitucionales de todos los habitantes de nuestro país, un acceso igualitario a la justicia, y que asegure el respeto a las normas del debido proceso en materia penal adolescente.

Por ello, la contribución de esta investigación pretende fortalecer el acceso a la justicia, ampliando las formas de solución del conflicto penal y humanizando sus resultados, de tal forma de propender al cumplimiento de las garantías constitucional a todos los habitantes de nuestro país, un acceso

igualitario a la justicia, y que así mismo, asegure el respeto a las normas del debido proceso en materia penal adolescente.

En este sentido, se propone un modelo de justicia restaurativa, adecuado a las escenarios y cultura nacional, que mediante la aplicación de un proceso de mediación penal, colabore para mayor seguridad para los ciudadanos y una solución real a sus conflictos penales, conforme a las necesidades de las personas, mediante la reparación del daño causado, una alternativa a la mirada del infractor frente al delito, de manera que evite su reincidencia y la restauración de la paz social, aplicando el principio de la confidencialidad e imparcialidad. Se resalta como principios de la mediación penal: los especiales de la mediación penal, los comunes a toda la mediación, y además, los principios comunes al proceso penal.

Por tanto, se recomienda la implementación a nivel país de la mediación penal adolescente como medida alternativa para la resolución de conflictos en los procesos penales y debidamente reglamentada, donde las partes sean identificadas, tengan voluntad de buscar solución a su conflicto y que el ofensor no sea reincidente o haya incumplido una medida anterior por la misma vía. Igualmente, se destaca la importancia de preparar el perfil personal y profesional del mediador a las exigencias establecidas en las Directrices de la Naciones Unidas para una mediación eficaz y a las disposiciones establecidas en la legislación nacional vigente.

Finalmente, debe expresarse que la implementación de este método alternativo de resolución de conflictos, exige de un soporte presupuestario por parte del Estado, por la importancia de los beneficios que contribuye al sistema de justicia, el desafío de dotar de medios materiales, infraestructura, talento humano capacitado y recursos económicos suficientes para cumplir los objetivos debe ser compromiso de todos. A esto se debe sumar el acompañamiento de políticas públicas adecuadas para su difusión y divulgación en la sociedad.

6. Bibliografía

Álvarez, F. (2008). *Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales*. Buenos Aires: ISSN: 1988-7949.

-
- Asamblea Plenaria, P. (2016). Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Camargo, M. (2008). La Justicia Restaurativa. Buenos Aires: 1-55.
- Camargo, M. (2014). La justicia restaurativa para niñas, niños, y adolescentes. México: Flores.
- Centro Internacional de Estudios Judiciales, P. (2007). "Manual de Mediación". Corregida y Actualizada.
- Constitución Nacional, P. (1992). Constitución Nacional del Paraguay (2013 ed.). Asunción: Presidencia de la República.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, P. (2002). Opinión Consultiva, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
- CSJ, P. (2007). Reglamentaciones, módulos.
- Ley N° 1.879/02, Paraguay (2002). Ley de Arbitraje y Mediación.
- Ley N° 57/90, P. (1990). Convención Internacional de los derechos del Niño.
- Ley N° 1.286, P. Código Procesal Penal. Asunción - Paraguay: CIJ. Poder Judicial, P. (2012). Manual de mediación, de la oficina de Mediación, para su utilización en cursos de entrenamientos. Asunción.
- Scivoletto, S. (2005). Sistema Penale e Minore.
- Tarud, C. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación f. Chile: Opinión Jurídica, Vol. 12, N° 23.
- Torres, C. (2016). Justicia restaurativa y mediación penal juvenil. Asunción: Columbia.
- Unicef, P. (2005). Código de la Niñez y la Adolescencia y leyes complementarias del Paraguay. Asunción: UNICEF/Paraguay/Crespo.
- Vintimilla, J. & Andrade, U. (2001). Métodos alternativos de manejo de conflictos y la justicia comunitaria. CIDES - Unión Europea Programa Regional de Justicia de Paz.



El juicio de declaración de estado de adopción desde la perspectiva del proceso y sus aspectos sustanciales

Víctor Lionel Bareiro Alfonso *

Agradecimientos

A la Dra. Irma Alfonso de Bogarín, a quien me une los afectos y la pasión por la jurisdicción de la niñez y la adolescencia, por inspirarme a seguir constantemente hacia adelante.

Resumen

La declaración de estado de adopción constituye la antesala del juicio de Adopción, conforme a la práctica judicial que observamos desde la vigencia de la ley de adopciones y posteriormente del Código de la Niñez y la Adolescencia. Con diferentes denominaciones se han caratulado los procesos que resuelven acerca del estado de adopción de los niños, no existiendo hasta la fecha un consenso.

Se analizará desde la óptica del principio de Concentración el por qué todas las peticiones que se examinarán si se adecuan al juicio de declaración de estado de adopción; como ser la inscripción judicial, la in-

* Defensor Público de la Niñez y Adolescencia. Especialista en Niñez y Adolescencia. Especialista en Didáctica Superior Universitaria (UNA). Egresado de la Escuela Judicial. Maestría Internacional en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, en la Universidad Iberoamericana - concluida, tesis en elaboración. Docente del CECADEP.

tervención del Centro de Adopciones para la correspondiente búsqueda y localización, que concluirá con un dictamen del equipo multidisciplinario, que si bien la ley no le otorga carácter vinculante, es casi decisivo para determinar su permanencia con la familia biológica nuclear o ampliada, o bien su declaración en estado de adopción.

Palabras claves: *identidad, búsqueda y localización, mantenimiento de vínculo, declaración en estado de adopción.*

Introducción

Ante el aumento de casos de niños abandonados, los operadores de justicia en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia deben brindar soluciones jurídicas eficaces e integrales que protejan en todas sus dimensiones a dichos sujetos, garantizando el cumplimiento de sus derechos básicos y primarios. En pos de dicha labor no debe descuidarse el principio de concentración previsto en la normativa especializada, pues la tramitación de medidas cautelares autónomas (inscripción judicial, abrigo, guarda, etc.) a más de irrogar tiempo innecesario en la atención integral, sólo favorecen la multiplicación de casos en relación a una sola problemática.

Con el impulso del juicio de declaración en estado de adopción, se está garantizando la atención oportuna y eficaz del estado de vulneración al que es sometido un niño abandonado, pues se garantiza que en un solo juicio se proceda a brindársele una identidad, una medida adecuada para su desarrollo en una familia acogedora (o en última ratio un Hogar de abrigo), como asimismo a iniciar la búsqueda y localización de su familia nuclear o ampliada, de cuyo resultado se tendrá como desenlace su reinserción al seno familiar o su declaración en estado de adopción, a fin de responder jurisdiccionalmente a la necesidad elemental y derecho de primerísima categoría de crecer en un entorno familiar que le otorgue los cuidados afectivos y materiales que pretende la Doctrina de Protección Integral.

Nuestro país, como Estado-miembro de la Convención sobre los derechos del niño, está obligado a través de los órganos judiciales y administrati-

vos a observar irrestrictamente las directrices impuestas por dicho instrumento internacional, y a falta de una normativa que regule específicamente el procedimiento a seguir, se debe efectuar una correcta hermenéutica jurídica de nuestro derecho positivo disponible a fin de obtener los mejores resultados.

Legitimación activa

De manera preliminar es necesario diferenciar la figura del Defensor Público que ejerce sus funciones en el fuero de la niñez y adolescencia (que en realidad se denomina defensor público en lo civil conforme claras disposiciones del Art. 26 numeral 6 de la Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública) y el Defensor de la Niñez y la Adolescencia, figura creada por el Código de la Niñez y Adolescencia Ley Nº 1.680/01, cuyas funciones se encuentran establecidas en el Capítulo II del Libro IV del mencionado cuerpo legal denominado “De la Defensoría Especializada” y en el Art. 27 de la Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública.

En tal caso, el Art. 162 del Código de la Niñez y la Adolescencia, es claro al establecer: “Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública. Será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”. Y por su parte, en virtud al **Art. 163 del C. N. y A.**, se impone a la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia la misión de ***velar por los derechos del niño o adolescente, requiriendo las medidas de protección que considere necesarias***, cuando éstas sean indispensables para subvenir carencias o necesidades urgentes.

El Defensor de la Niñez y la Adolescencia es una figura distinta al Defensor Civil ante la Niñez y la Adolescencia, pues sus funciones se encuentran reguladas en el Art. 163 del CNA mencionado precedentemente y en el Art. 27 de la Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública. Esta figura no requiere para el ejercicio de su ministerio de la tramitación del beneficio

para litigar sin gastos (como es el caso del Defensor Civil), conforme lo dispone claramente el Art. 27 numeral 2 y el Art. 59 de la Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública (M.P. María Eugenia Giménez de Allen, 2013).

El Defensor de la Niñez y la Adolescencia, estrictamente no ejerce la defensa técnica de los progenitores, su rol se desarrolla a través de la representación judicial de los derechos de niños y adolescentes. Igualmente, en todas las instancias, dictamina coadyuvando la labor judicial de manera complementaria, emitiendo su opinión sobre los juicios de la jurisdicción especializada.

Generalmente se presentan varias casuísticas entorno a los niños recién abandonados ya sea en el mismo hospital donde la madre ha dado a luz, o en los escenarios más infortunados cuando estos son abandonados en la vía pública, es desde ese momento en que se pone en marcha “el sistema” y las denuncias de estos hechos son puestos a conocimiento de los **órganos competentes** en cumplimiento del Art. 5° de la Ley N° 1.680/01 (1), en donde se solicita la oportuna y rápida intervención en salvaguarda de la integridad del niño, es en este momento donde inicia la representación legal por parte del Defensor de la Niñez y la Adolescencia en relación a ese niño, debiendo precautelar, con la mayor celeridad posible, todos sus derechos. Éste contexto de desamparo es el que necesita con mayor intensidad la actuación pronta y efectiva del Defensor de la Niñez y la Adolescencia, a fin de garantizar la protección de sus derechos, atendiendo la orfandad en que su familia lo ha expuesto.

(1) DE LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR: **Toda persona** que tenga conocimiento de una **violación a los derechos y garantías del niño o adolescente**, debe comunicarla inmediatamente a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) o, en su defecto, al Ministerio Público o al **Defensor Público**.

El deber de denunciar incumbe en especial a las personas que, en su calidad de trabajadores de la salud, educadores, docentes o de profesionales de otra especialidad desempeñen tareas de guarda, educación o atención de niños o adolescentes.

Al recibir la información, la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), el Ministerio Público y el Defensor Público adoptarán las medidas correspondientes, que les competen.

“La ley de Adopciones ha sido creada precisamente para brindar seguridad jurídica al proceso de adopción. Sin embargo, no puede perderse de vista que el abandono de un bebé en la vía pública constituye una causal de pérdida de la patria potestad según así lo dispone el Artículo **73 inc. a)** del Código de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de las previsiones contenidas en los incisos **c)** y **d)** de la misma norma. De modo que, sin juzgar la actitud de la madre que ha incurrido en estas causales, lo cierto y concreto es que la propia Defensora de la Niñez y la Adolescencia puede iniciar el juicio de pérdida de la patria potestad y peticionar las medidas de protección que estime convenientes cuando la violación de los derechos del niño es tan evidente como en el caso analizado (Art. 163 incs. a) y c) del C. N. y A.)” (Rodríguez, 2010).

Identidad. El primer derecho vulnerado

El reconocimiento del derecho a la identidad surge con los denominados derechos de “Tercera Generación”, en los que se reconocen los derechos al propio cuerpo, a la integridad, a una calidad de vida digna y el Derecho a la identidad, entre otros. Es importante recordar que el derecho a la identidad conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño abarca tres aspectos primordiales, cuales son: el derecho a un nombre, a una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos. Ante la imposibilidad material de determinar su origen biológico, es obligación del Defensor de la Niñez y la Adolescencia brindarle inicialmente un nombre y una nacionalidad, con las consecuencias que ésta acción conlleva, que se analizará seguidamente.

El derecho a la identidad se encuentra consagrado en nuestro derecho positivo, en virtud a las siguientes normativas; el Art. 18 de la Ley N° 1.680/01 que dispone: “...El niño y el adolescente tienen derecho a (...) un nombre que se inscribirá en los registros respectivos, a conocer y permanecer con sus padres y a promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias”. En igual sentido los Arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 57/90) prescriben que: “El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo

posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...” y “...Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...”. Por su parte, el Código Civil Paraguayo (Ley N° 1.183/87) en su Capítulo III del nombre de las personas, Art. 42 establece: “...Toda persona tiene derecho a un nombre y apellido que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil. Solo el Juez podrá autorizar, por justa causa, que se introduzca cambios o adiciones en el nombre y apellido...”. Así también, respecto al **derecho a la identidad** Rivera destaca el aspecto objetivo de la identidad personal, al establecer que no es tanto lo que nosotros somos en nuestro interior ni lo que creemos que somos, sino aquella realidad objetiva que emana de lo que hacemos, construimos y elaboramos diariamente, es decir, de la asimilación por los terceros de esa verdad personal que permite identificarnos y distinguirnos de los demás...” (Rivera, 1997).

Inscripción judicial. Efectos

Con relación al nombre y apellido con el cual debe ser inscripto, el Art. 62 de la Ley N° 1.266/87 establece: “...Tratándose de hijos matrimoniales o extramatrimoniales huérfanos, de padres desconocidos o de paradero ignorado, faltando las personas habilitadas subsidiariamente por el artículo 60 para declarar, la inscripción podrá efectuarse con la declaración personal del que desee inscribirse, toda vez que, acredite ser mayor de edad; y las circunstancias sean verosímiles a juicio del Oficial inscriptor... Si fuere menor de edad, la inscripción se hará con autorización del Juzgado de Primera Instancia en lo Tutelar del Menor que proporcionará los datos requeridos legalmente para el acto...”, normativa que se halla en concordancia con el subsiguiente **Art. 63** del mismo cuerpo legal que señala: “...En los casos de inscripción de la naturaleza expresada en el artículo que antecede, **NO SE EXPRESARÁ EN LA PARTIDA EL NOMBRE DE LOS PADRES DEL INSCRIPTO** (negrita, subrayado y mayúsculas son propios), debiendo únicamente consignarse el apellido que éste declare...”. Es pertinente acotar que el certificado de nacido vivo expedido por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, no tiene fuerza instrumental necesaria para acreditar el vínculo filial entre un niño y quien declara ser su madre, pues no constituye instrumento Público.

“Los antecedentes que hemos señalado nos llevan a la conclusión de que el Certificado de Nacido Vivo – Autorización de Inscripción para el Registro Civil, cuya fotocopia obra a fs. 3, es un instrumento hábil para probar la relación de parentesco entre la recién nacida y la supuesta madre. Esto nos conduce a que la inscripción registral del nacimiento no se ajusta a lo previsto en el Art. 61 de la Ley de Registro del Estado Civil, que transcripto expresa: “La declaración del nacimiento de hijos extramatrimoniales, se hará por cualquiera de los padres por sí o por mandatarios suficientemente autorizados en instrumento público”. Siendo como es el orden biológico de la niña desconocido, en este caso, tiene que hacerse la inscripción registral de su nacimiento, conforme al último párrafo del Art. 62 del mencionado cuerpo normativo, ya que la efectuada por la señora M. C. B. M. carece de eficacia jurídica para emplazar parentalmente a la niña involucrada en esta acción, cuya protección corresponde al Estado” (Aguirre, 2010).

Sobre éste particular, es menester traer a colación la autorizada opinión del Dr. Arnaldo Aguirre, quien expusiera:

“En esta inscripción del nacimiento efectuada con autorización judicial, aunque el Juzgado proporcione los datos de los progenitores, no tendrá la eficacia de un reconocimiento forzoso del vínculo filiatorio. La prueba formal únicamente podría devenir de un reconocimiento voluntario o de una sentencia dictada en un juicio de acción de filiación. Esto tiene su relevancia para los casos de adopción de la declaración de estado de adoptabilidad, tal cual se ha pronunciado el Tribunal de la Niñez y la Adolescencia, por lo que, presentada esta situación registral, no cabe promover la pérdida de la patria potestad. Reitero, que esa circunstancia se da por faltar la prueba formal del reconocimiento. Entonces, el Juzgado, al autorizar la inscripción de un nacimiento como medida de protección al niño o adolescente, es al sólo efecto de proveerle un elemento formal de su identidad civil, sin perjuicio de que en la resolución judicial se mencione los datos vitales de la ocurrencia del nacimiento: fecha y lugar de nacimiento. En consecuencia, el Juzgado deberá proporcionar el nombre y apellido del niño o adolescente a ser inscripto, su fecha y lugar de nacimiento, y como se trata de una autorización, otorgar la intervención en el acto inscriptivo de un representante de la Defensoría de

la Niñez y la Adolescencia, ya que estos funcionarios son los que deben velar por los derechos del niño o adolescente” (Aguirre, 2009, pp. 24-25).

Atendiendo a lo ampliamente expuesto por el Dr. Aguirre, y siendo ésta postura de uso jurisprudencial, es propio afirmar que con la inscripción judicial efectuada como medida cautelar de protección, no existe emplazamiento filial, y por ende no procede efectuar el juicio de pérdida de la patria potestad, pues dicho instituto tiene su fundamento en el vínculo biológico-jurídico asentado en el respectivo certificado de nacimiento por medio del reconocimiento voluntario o como consecuencia de un juicio de filiación. Refuerza ésta postura doctrinal los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital que ha asentado en números precedentes con similares características:

“... Resulta obvio que la inscripción del niño en el Registro del Estado Civil es una condición sine cuan non para iniciarse el juicio de Estado de Adopción. En efecto, puede admitirse que la madre esta con paradero desconocido o que directamente no se conozca su identidad, pero, en el caso de nacimiento de niños, la inscripción la puede ordenar el Juez de Primera Instancia en lo Tutelar de Menores (hoy de la Niñez y la Adolescencia) en las circunstancias previstas en el Artículo 62 *in fine* de la Ley N° 1.266/88... ..no hay necesidad de que se declare la pérdida de la patria potestad por imperio del Art. 63 de la Ley N° 1.266/88. En efecto, si la inscripción ordenada por el Juzgado **no puede tener efecto jurídico de constituir el nexo biológico** entre la señora A.E.H.B. y el niño S.D.H.B.” (Rodríguez, 2010).

A la vez que se garantiza un derecho, se despoja al niño de una relación con su familia biológica, puesto que su inscripción en el Registro Civil por medio de ésta Medida Cautelar de Protección, claramente no establece un nexo jurídico-biológico, siendo de igual modo una postura jurisprudencial la afirmación de que el certificado de nacido vivo no constituye una instrumental con la fuerza probatoria suficiente para crear el citado nexo, admitiendo únicamente el reconocimiento voluntario o el que aparece como consecuencia de un juicio de filiación. En tal caso, el condicionamiento al Centro de Adopciones es forzoso y necesario por imperio de ley, a fin de que lleve a cabo las labores de Búsqueda y Localización de la familia nuclear y ampliada.

“Sobre éste particular cabe cuestionarse si después de efectuada la inscripción judicial, es posible para los padres (una vez localizados) efectuar el reconocimiento voluntario y modificar el Certificado de Nacimiento. El Código Civil en su Artículo 242 establece al respecto: “A falta de inscripción y de posesión de estado, o si la inscripción se ha hecho bajo nombre falso, o **como de padres desconocidos**, o si se tratare de suposición o sustitución de parto, el nacimiento y la filiación podrán probarse por otros medios”. La normativa es acertada, recordando de igual modo que “En todo juicio de filiación está comprometido no sólo el interés privado, sino también el público, en la medida que se discute el estado de familia de una persona...” (Sala A, 2006).

Búsqueda y localización

“A mi entender, el Artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia vino a invertir el sentido de lo dispuesto en el Artículo 22 de la Ley de Adopciones. Y la invierte porque tanto el Ministerio Público o ahora, el Defensor del Niño, son los que deben impulsar el procedimiento para la búsqueda y localización del niño de padres desconocidos, como en el caso de autos. Por otra parte, no tiene sentido que el Juzgado, informado de la situación, corra vista primeramente al Ministerio Público y al Defensor del Niño para iniciar inmediatamente la investigación correspondiente” (Rodríguez, 2010).

Ésta etapa se encuentra establecida en la Ley N° 1.136/97 Ley de Adopciones, que establece en su Art. 22:

Se consideran hijos de padres desconocidos a aquellos cuya filiación se desconoce. Informado el juez competente de la existencia de niño cuyos progenitores sean desconocidos, previa vista al fiscal del menor y al defensor tutelar, ordenará la realización de una investigación exhaustiva para la localización de los padres o miembros de su familia biológica. Esta investigación durará como mínimo noventa días que serán prorrogables a criterio del juez... En caso de que los progenitores o los familiares sean localizados, deberá iniciarse con ellos el período de mantenimiento del vínculo familiar. Vencido el plazo establecido sin que se pueda localizar a los padres biológicos o a los familiares, el juez procederá a declarar al niño en estado de adopción.

Ésta función es propia del Centro de Adopciones, dependiente de la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia, siguiendo las disposiciones del citado cuerpo legal en su Art. 29 Núm. 1) que reza: “Las funciones del Centro de Adopciones, son: ... 1) apoyar al juzgado competente, a través del Departamento Técnico, durante el período de mantenimiento del vínculo familiar; colaborar en las investigaciones para la identificación de los niños y sus familias biológicas así como en la localización de familias de hijos de padres desconocidos”.

“En el caso que nos ocupa, a un mes de la denuncia que hiciera el Agente Fiscal, el juez no dictó la medida cautelar de búsqueda y localización. Entonces, si no hay un pedido expreso de la Defensora de la Niñez y la Adolescencia en lo que concierne a esta medida, la ubicación de los familiares del niño, deja a éste en un estado de indefinición sine die en cuanto a su situación jurídica, es decir, no se sabe si hasta cuándo va a seguir con la familia acogedora o alguna vez va a ser adoptado. No obstante, lo que hay que dejar en claro es que mientras esta definición no se dé en los hechos, el niño sigue bajo la responsabilidad del Juzgado, careciendo de relevancia la intervención del Centro de Adopciones por la imposibilidad de darse inicio al juicio de Estado de Adopción” (Rodríguez, 2010).

El fundamento de la búsqueda y localización de la familia nuclear y ampliada, como asimismo del mantenimiento de vínculo, es intentar preservar el derecho a la identidad biológica del niño. Cabe resaltar que la carencia de recursos materiales de la familia biológica del niño o adolescente no constituye motivo suficiente para la separación de su familia. En tal sentido, la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se ha expedido refiriendo: “...la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de la decisión, judicial o administrativa, que ordena la separación de la familia. Actuar de esa manera infringe garantías como, entre otras, la legalidad del procedimiento, la inviolabilidad de la defensa y la humanidad de la medida. Las medidas de este tipo deben ser impugnadas y consideradas inválidas...” (Opinión Consultiva O.C. N°17/2002, 2002).

En caso de que la familia nuclear o ampliada sea localizada, se debe iniciar el periodo de mantenimiento del vínculo, caso contrario, tras un informe negativo respecto al paradero de la familia del niño, el juez procederá a declarar al niño en estado de adopción.

El resultado positivo de la Búsqueda y Localización habilita la siguiente etapa de Mantenimiento de Vínculo, no obstante, debe tenerse en cuenta que un escenario probable es que una vez localizados los progenitores los mismos manifiesten su deseo de dar a su hijo en adopción, teniendo aun así la opción de que, si algún familiar del niño ofrece asumir su guarda o tutela, y el pedido es considerado adecuado en pos de su interés superior, no se puede dictar la declaración en estado de adopción.

Declaración en estado de adopción. Las dos vías tradicionales

La primera circunstancia en la que se podría solicitar la declaración en estado de adopción es aquella en la que los progenitores o familiares manifiesten ante el Juez de la Niñez y la Adolescencia su intención de dar a un niño en adopción, y la segunda es el caso de los niños con filiación desconocida, padres sin paradero conocido, o como normalmente se los denomina “abandonados”, que requiere de la búsqueda y localización de su familia nuclear y ampliada.

Éstas casuísticas si bien son distintas, tienen en común el requerimiento del periodo de Mantenimiento de Vínculo, etapa obligatoria y previa a la declaración en estado de adopción, que dura **45 días**, prorrogables según criterio judicial y que arrojará la conclusión de un equipo especializado del Centro de Adopciones, respecto al mejor interés del niño, si corresponde su reinserción en su familia biológica o su declaración en estado de adopción.

Padres que expresan su deseo de dar a su hijo en adopción

Enseña la Dra. Marisa Herrera sobre éste particular: “...cuando se apela a que la decisión debe ser libre e informada, ello implica que no puede estar fundada en razones de carencia socioeconómica o sin conocimiento sobre las consecuencias jurídicas (conf. Art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño), como tampoco sin patrocinio letrado... .. los progenitores

son parte del proceso de declaración de la situación de adaptabilidad, juicio que se inicia en esta como derivación de la decisión libre e informada de desprenderse de un hijo a través de la figura de la adopción...” (Herrera, 2017, p. 245).

“Convendría recalcar ciertas pautas orientadoras para no volver a cometerse los mismos errores. A) El juicio de estado de adopción tiene que tener su inicio con el consentimiento expreso de la señora H.B.C. (Art. 21 de la Ley N° 1.136/96), y en el supuesto de no poder ser ubicada actualmente, seguirse el procedimiento establecido en el Art. 22 *in fine* de la Ley N° 1.136/97. B) La sentencia recaída en este juicio tiene que quedar firme para que se dé inicio al juicio de adopción, procedimiento que debe ser iniciado ante el mismo Juzgado con la presentación de la propuesta de adopción presentada por el Centro de Adopciones con las documentaciones correspondientes” (Art. 29 numeral 10 de la Ley 1.136/97, en concordancia con el Art. 23 de la misma Ley) (Rodríguez, 2002).

Mantenimiento de vínculo

De resultar efectiva la búsqueda y localización en los casos de niños con filiación desconocida, y en los supuestos de padres o familiares que manifiesten su intención de dar a un niño en adopción, se inicia la etapa de Mantenimiento de Vínculo.

El Artículo 22 de la Ley de Adopciones sigue diciendo: “En caso de que los progenitores o los familiares sean localizados, deberá iniciarse con ellos el período de mantenimiento de vínculo”. “Este párrafo nos plantea el siguiente problema, ¿cuándo se inicia el juicio de Estado de Adopción según la redacción del Artículo 22 de la Ley de Adopciones? Si se vincula esta parte de la norma con el Artículo 21 de la misma ley, resulta demasiado obvio que la respuesta correcta es que el juicio de Estado de Adopción solamente puede tener su origen cuando los padres o familiares del niño sean encontrados” (Rodríguez, 2010).

En éste espacio son partes del procedimiento los padres biológicos, el niño o adolescente, el Defensor de la Niñez y la Adolescencia y el Fiscal de la Niñez y la Adolescencia, conforme enseña la Dra. Alicia Pucheta de Correa (Pucheta, 2004, p. 34).

La nueva política de protección especial para niñas, niños y adolescentes separados de sus Familias, adoptada por la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia considera el Mantenimiento del Vínculo como principio orientador: los niños y adolescentes no pueden ser separados de sus familias sin que se trabaje con ellos en un plan de vida familiar a corto plazo, que incluya como primera medida la reinserción a su familia de origen o, cuando esto no sea posible, la inserción a otra familia a través de la adopción.

Las normativas del ámbito nacional e internacional establecen claramente la necesidad de que todo niño o adolescente conviva con su familia biológica. Así, la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (Ley N° 57/90) consagra el derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir y crecer junto a su familia y a no ser separado de ella, salvo cuando en función de su interés superior se justifique. La Convención toma especial cuidado en advertir que previamente a materializar la separación del entorno familiar, corresponde asegurar el derecho de las familias a recibir asistencia del Estado a los efectos de fortalecer sus capacidades para con ello garantizar y promover sus derechos en ella consagrados y brindar a los hijos e hijas la debida protección.

Por su parte, las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños adoptadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre 2009, establecen orientaciones que velan y promueven el derecho de todo niño, niña y adolescente a crecer y desarrollarse en su propia familia, y cuando esto no es posible, a recibir cuidados familiares alternativos hasta tanto se resuelva su situación de vida. Cuando no es posible la reinserción familiar, instan a buscar soluciones definitivas enmarcadas en modelos familiares, tomando en cuenta la adopción.

El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional conocido como Convenio de la Haya de 1993, asienta en su preámbulo: "Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en

su familia de origen” y establece entre otras disposiciones: “Artículo 4. Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen: ... c) Se han asegurado de que: 1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen”.

El problema que surge con éste proceso de mantenimiento de vínculo es la inobservancia del **plazo legalmente establecido de 45 días**, lo que se busca en esta etapa es que el niño permanezca dentro de su familia de origen o en caso de que ello no fuera posible se lo desvincule de su familia biológica, la cuestión es ¿Cuánto tiempo insistir con la inserción del niño en su familia biológica? Pues cabe recordar que los 45 días establecidos son prorrogables según el criterio judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido acerca de la incidencia de la dimensión temporal ante cada decisión jurisdiccional relacionada con un niño. Este factor se relaciona en forma directa con las garantías fundamentales de acceso a la justicia y el plazo razonable para la determinación de los derechos (Arts. 8º, 25 CADH; Art. 2º PIDCyP). Así, en palabras de la Corte, “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”, que son exigibles en materia penal, civil, laboral, o de cualquier carácter (Fernández, 2015, p. 29).

La institución encargada de coadyuvar al Juzgado para garantizar un adecuado mantenimiento de vínculo es el Centro de Adopciones, de conformidad al Art. 29 núm. 1) de la Ley de Adopciones.

Fundamento del mantenimiento de vínculo

La Convención sobre los Derechos del Niño desarrolla el Derecho a la vida familiar en sendos artículos, no quedando duda de su importancia en la

construcción de la personalidad del niño o adolescente, a saber, las normativas que abarcan éste derecho son:

Art. 7º: El niño tendrá derecho. a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Art. 8º: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar...las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Art. 9º: Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando...tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Art. 18: Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

Art. 20: Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado... garantizarán otros tipos de cuidado para esos niños.

Art. 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial.

Dada la importancia de la vida familiar, es necesario que se agote la instancia de mantenimiento de vínculo entre el niño y su familia de origen, no obstante, los plazos que han sido impuestos por la normativa resultan razonables a los efectos que persigue la ley, pues la dilación del proceso sin una definición jurídica tuitiva resulta contraproducente para el desarrollo del niño, pues de que sirve intentar restablecer un vínculo con una familia que no se encuentra en condiciones de brindar la contención material y espiritual a un niño o que simplemente no tenga deseo en hacerlo.

No separación por motivos de pobreza

Nuestro Código recoge un principio fundamental que debe ser observado de manera previa en éste tipo de juicios, el de no separación por motivos de pobreza. En tal sentido el Art. 8º *in fine* dispone “Queda prohibido

separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la falta o insuficiencia de recursos”, en clara concordancia con el Art. 4° de la Ley de Adopciones que establece: “La falta o carencia de recursos materiales de la familia biológica del niño y adolescente en ningún caso constituirá motivo suficiente para la pérdida del derecho a ser criado por ella”.

Éste postulado, se encuentra en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su Art. 27: “1. ... derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 3. Los Estados (...) adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho, y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente, con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

A la luz de dicha normativa supranacional, resulta evidente la falta de apoyo estatal en el fortalecimiento de la familia, no existiendo medidas de protección tendientes a que los niños sigan viviendo en su grupo familiar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el famoso caso *Fornerón vs. Argentina* (2012) ha establecido: “Además del carácter de excepcionalidad, (...) la Corte ha señalado que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño de su familia”.

La adopción no es una política pública sino una institución jurídica tendiente a satisfacer el derecho a vivir en familia cuando la familia de origen no puede o decide no criar a su hijo. Lo que sucede es que en los hechos de esta “decisión” está condicionada por las falencias socio económicas (Herrera, 2008, p. 238). Resulta evidente que la mayoría de los casos de abandono de niños responde a una situación de extrema pobreza de los progenitores, o mejor dicho de la progenitora quien es la que efectúa con frecuencia el acto de desprendimiento de un hijo a su suerte.

Cuando la familia de origen carece de los recursos necesarios para garantizar el desarrollo integral de los niños, no obstante haberse implementado las estrategias necesarias tendientes a fortalecerla, y se continúa intentando sin límite temporal, implica no haber comprendido adecuadamente

que el plazo de 45 días prorrogables por el Juez, tiene una finalidad que responde al Interés Superior del Niño. El mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño o en el peor de los casos lo somete a una larga estadía en un Hogar de Abrigo.

Informe de mantenimiento de vínculo

El Mantenimiento de Vínculo es llevado a cabo por un equipo multidisciplinario del Centro de Adopciones, que a más de expedir dictámenes respecto a las condiciones socio ambientales del entorno familiar y perfiles psicológicos de los integrantes de la familia, a su vez brinda la asesoría legal respecto a las figuras de adopción, guarda y tutela entre otras, a fin de que la familia nuclear o ampliada tengan la posibilidad de determinar su real deseo respecto al niño.

De éste informe pueden resultar dos posibilidades: la primera es el caso de éxito durante el mantenimiento de vínculo, lo cual habilita a insertar al niño con su familia y la segunda, en caso de no hallarse dadas las condiciones de la familia para asumir la responsabilidad sobre un niño, recomienda la declaración en estado de adopción.

Ínterin se lleva a cabo las labores de Búsqueda y Localización de la Familia Nuclear y Ampliada y el eventual Mantenimiento de Vínculo, los niños abandonados requieren la adopción de Medidas Cautelares de Protección tendientes a garantizar su protección material y afectiva durante el tiempo que dure el procedimiento, siendo las dos figuras más utilizadas el de guarda bajo la modalidad de Familia Acogedora y el Abrigo en un hogar transitorio.

Familia acogedora

La Convención de los Derechos del Niño, establece claramente que, además de unos padres, los niños tienen derecho a recibir cariño y a vivir en un entorno que les permita desarrollarse integralmente como personas, desde el punto de vista material, afectivo, social y moral. El cuidado y protección de todos los niños debe estar garantizado, conforme impone la

norma constitucional en su Art. 54 (2), en primer lugar por la familia, luego por la sociedad y el Estado.

Ante los casos de abandono de un niño cuyo proceso de declaración se encuentra en trámite, es necesario otorgar intervención a la Dirección de Protección Especial (DIPROE) dependiente de la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia, **a los efectos de que se sirva proveer de una familia acogedora que reúna el perfil para recibir a un niño atendiendo su estado de salud, que puede requerir de cuidados especiales**. El objetivo es que sean acogidos por una familia de **FORMA TEMPORAL**, a los efectos de evitar la institucionalización, tal como es directiva de nuestra Corte Suprema de Justicia, según **Acordada N° 834 de fecha 23 de julio de 2013**. Ello de igual modo, recordando el concepto del acogimiento familiar, conforme **Decreto N° 5.196 de fecha 07 de octubre de 2010**, que lo define en su Art. 1° "... se entenderá por acogimiento familiar la acción de asumir el cuidado de un niño o adolescente que por distintos motivos no puede permanecer al cuidado de su familia... El acogimiento familiar se implementa acompañado del trabajo de mantenimiento del vínculo con la familia de origen. En aquellos casos en que el niño o adolescente no pueda ser reinsertado a la misma, se promoverá la adopción, de acuerdo a la ley vigente en la materia y en atención a que no podrá ser adoptado/a por la familia acogedora, salvo excepciones debidamente fundadas por el Centro de Adopciones... El acogimiento familiar es otorgado a través de la guarda ordenada por el Juzgado competente. Tendrá carácter provisorio hasta tanto se resuelva la situación definitiva del niño o adolescente...".

De la normativa citada, y particularmente del referido decreto surge que es la **Secretaría de la Niñez y Adolescencia** el organismo administrativo encargado del registro, autorización y fiscalización, de los organismos que

(2) Artículo 54 - De la protección al niño.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

cuenten con programa de Acogimiento Familiar y en la organización interna de dicha institución, la Dirección de Protección Especial es la competente para éste menester.

Así, debe tenerse en consideración que el acogimiento familiar es una forma de guarda, y atendiendo a que la misma está contemplada como medida cautelar de protección, de conformidad al Art. 103 (3) en concordancia con el Art. 175 inc. a) (4) del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Con la figura de la familia acogedora, el Estado asegura que la internación en hogares de Abrigo no sea el único destino de los niños en situación de abandono y vulnerabilidad, como lo era con la Doctrina de la Situación Irregular.

El ideal para cualquier niño es evitar la separación de su entorno familiar y que los niños permanezcan acogidos por su familia más próxima (abuelos, tíos...). Pero si esta situación no es posible, entonces se busca una familia de acogida con la que no exista ningún grado de parentesco, que se comprometa a tenerlo consigo de forma temporal, cuidarlo, educarlo y proporcionarle una formación personal y educativa hasta que el **bebé o niño** pueda reinsertarse con su **familia biológica o eventualmente ir con una familia adoptiva**.

“Igualmente, no puede soslayarse que lo que se persigue en esta Jurisdicción es la Protección Integral del niño respetando su Interés Superior y, considero que sería más dañino mirando desde la óptica del niño el de no darle una estabilidad, pues, al ser acogido y si se respetara el compromiso

(3) Artículo 103.- DE LA ACOGIDA EN FAMILIA SUSTITUTA.

El niño o adolescente, privado de su núcleo familiar por orden judicial, podrá ser acogido por una familia, temporalmente, mediante la guarda, la tutela o definitivamente, por la adopción.

La familia o persona que acoja al niño o adolescente quedará obligada a alimentarlo, educarlo, cuidarlo y protegerlo, en la misma medida que corresponde a la misma, como núcleo familiar.

(4) Artículo 175.- DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN.

Son consideradas medidas cautelares de protección:

a) la guarda o el abrigo;

asumido por estas familias sustitutas el niño nuevamente deberá ser entregado a una nueva familia cuando se resuelve su situación jurídica definitiva, ya sea insertándolo de nuevo a su familia de origen o ampliada o entregándolo en adopción. Con la guarda, sin embargo, si bien existe igual riesgo, tal riesgo es mínimo ya que éstas eventualmente si se dan las condiciones podrían adoptarlo. Entonces, el niño que no es un objeto no estaría deambulando de un hogar a otro. Tampoco puede perderse de vista que el niño desde la concepción tiene sentimientos y no se le puede obligar a que no sienta apego por la familia de turno que le cuida y le causaría un daño aún mayor tenerlo de un lugar a otro. Este es mi punto de vista hasta que no se modifiquen los artículos del Código de la Niñez y la Ley de Adopciones sobre el particular, mirando desde el punto de vista netamente humano, respetando al niño en todo su ser” (M.P. Rodríguez, 2016).

A modo de adelanto y disparador de algunas connotaciones que involucra la institucionalización de niños, me parece interesante traer a colación un caso dictado por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza de fecha 25/11/02. En su voto, la magistrada Kemelmajer de Carlucci expresó:

“Este expediente confirma mi convicción relativa a la ineficacia del control judicial sobre los programas de familias cuidadoras. Sin ingresar en cuestiones que son del ámbito exclusivo y excluyente del Poder Ejecutivo (si eligen bien o mal a las familias, si en lugar de destinar esfuerzos económicos a familias extrañas no harán mejor en dar dinero a los padres biológicos, etc.), lo cierto es que estos niños que ingresan en programas pensados para contención temporaria, permanecen por tiempo indefinido junto a familias con las que crean vínculos muy distintos a los pensados por el sistema. Es verdad que esa permanencia obedece, en muchos casos, a que el niño no está en condiciones de ser declarado en estado de adoptabilidad, pero en otros, como en el supuesto a resolver, nada justifica que no se haya entregado, a los pocos meses de estar en el programa, a una familia inscrita en el registro de adoptantes” (Herrera, p. 448).

En relación a los efectos no deseados de la protección que brinda una familia acogedora, tendríamos que tener en cuenta todo aquello que genera en la vida de los niños y niñas el transcurso del tiempo, la lentitud en los

procedimientos, la prolongación de los plazos en el juicio de declaración en estado de adopción, las falsas expectativas que se generan, etc.

Finalmente, no debe perderse de vista, que ésta Medida Cautelar de Protección recae en su requerimiento y resolución en actores meramente estatales (Juez, Defensor, Fiscal), el TEDH si bien reconoció que el Estado goza de un amplio margen de apreciación cuando se trate de decidir respecto de la necesidad de colocar a un niño en guarda, señaló que en las cuestiones que significan una grave restricción a los vínculos familiares la resolución debe fundarse en criterios más estrictos. Es que “la separación de un niño de su familia de origen es una medida tan grave que solo puede ser tomada si por inaptitud o irresponsabilidad los padres comprometen la salud, la moral o el estado psicológico del niño. De cualquier modo, esta intervención debe ser, como regla, temporal, desde que los padres y los hijos tienen derecho a medidas destinadas a reunirlos. Una separación definitiva solo está justificada por la regla del interés superior del niño” (Herrera, p. 261).

Institucionalización. Medida de última ratio

La institucionalización de niños no es una política pública, solo debe ser entendida como lo que se sostiene en la teoría: ser una medida transitoria. De lo contrario se viola abiertamente un derecho humano como la identidad (Herrera, p. 450).

La razón por la que un niño o adolescente ingrese a un Hogar de Abrigo no se centra únicamente en su estado de desamparo, sino también por ejemplo el maltrato sufrido en su familia biológica; y que de tal gravedad amerite la institucionalización u otro factor que afecte el normal desarrollo de un niño o adolescente.

La medida cautelar de abrigo se encuentra definida en el Art. 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, pudiendo ser dispuesta por la CODENI de conformidad al Art. 34 inc. g) (orden que requiere de autorización judicial), como asimismo en el Art. 175 inc. a) del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Implica la institucionalización de un niño o adolescente en un hogar de acogida, debiendo recurrirse a ésta medida cautelar como ultima ratio, ante

la falta de personas adultas que puedan asumir el cuidado del niño, niña, o adolescente durante la tramitación de un juicio, ya sea el de declaración en estado de adopción ante la imposibilidad de contar con una familia acogedora, maltrato o cualquier otro en que sea urgente e indispensable separar al niño de su entorno familiar.

En ese sentido, si bien la Convención sobre los Derechos del Niño prioriza a la familia como principal responsable del cuidado de un hijo, reconoce que ello puede tener excepciones y es por ello que en el Art. 20 establece que los niños, temporal o permanentemente privados de su medio familiar, tienen derecho a una protección y asistencias especiales por parte del Estado, que les debe garantizar la colocación en hogares de guarda o —entre otros— la adopción (Herrera, 2017, p. 71-72).

Se advierte en lo señalado una estrecha relación entre el Abrigo como medida temporaria, y la Adopción como medida definitiva. Tal es el caso de que un juicio iniciado como Maltrato que adoptó como medida cautelar de protección el abrigo de un niño y se prolongó sine die sin que se defina su situación jurídica, puede tener como consecuencia eventualmente la pérdida de la patria potestad y la declaración en estado de adopción, si se constata la desidia de los progenitores en obtener la reinserción del niño a su seno familiar.

“Esta lamentable situación de los niños no puede continuar sine die y alguna solución hay que encontrar para que el abrigo, como medida transitoria, no se convierta en depósitos de niños cuyos padres no están preparados material ni psicológicamente para ejercer el rol que le corresponde constitucional y legalmente” (Rodríguez, 2009).

En tal circunstancia nos hallamos ante un tipo distinto de abandono, no entendido ya por la acción ejercida por uno o ambos progenitores de abandonar a su hijo, sino por el abandono producido por la **omisión** de cumplimiento de todos sus deberes y obligaciones como progenitores.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, ha referido respecto al concepto de abandono, como causal generadora de la pérdida de la patria potestad:

“Es así que el abandono consiste en la falta de interés del progenitor en procurar o agotar los medios necesarios para asistir a su hijo menor de

edad en los aspectos morales, educativos, afectivos y económicos. Estas omisiones acarrearán como consecuencia el incumplimiento de los deberes familiares del padre respecto al hijo. Dicho de otra forma, se traduce en la irresponsabilidad paterna, y que tales circunstancias son las que deben ser valoradas por el juzgador para decidir si es procedente sancionar con la pérdida de la patria potestad al padre que se encuentre bajo el supuesto previsto en la norma (...). Cabe afirmar que no debe tratarse de una conducta esporádica, sino que debe tratarse de un grave supuesto de inasistencia en el ámbito familiar y así el abandono debe ser patente, duradero en el tiempo, no meramente esporádico u ocasional, además, no debe implicar un cumplimiento parcial sino la cesación total del cumplimiento de los deberes reseñados precedentemente” (M.P. Blanco, 2008).

Por su parte, explicando la tesis sostenida anteriormente, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital ha sostenido: “...En el caso de autos, los accionados delegaron el ejercicio de la patria potestad a favor de un instituto, como el abrigo, es decir, al Hogarcito (...), que cumpla en sus reemplazos el cuidado y manutención del niño A.J.C.C...” y en la misma resolución más firmemente asienta: “...el niño A.J.C.C. es un sujeto de derechos y no un objeto que se deposita en una Institución al solo efecto que sus progenitores lo puedan observar cuando se les antoje, como si fuese un adorno en exposición. De consentir esta situación, alentaríamos a más padres a traer hijos al mundo sin ningún tipo de responsabilidad” (Rodríguez, 2009).

Declaración en estado de adopción

Si bien en la Ley N° 1.136/97 de Adopciones, no se regula de manera expresa y clara este tipo de procesos, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia nos enseñan su aceptación como juicio principal, existiendo en la normativa el periodo de búsqueda y localización de la familia, así como el mantenimiento de vínculo previsto en el Capítulo IV de la Ley de Adopciones, que fuera definida en sentada jurisprudencia de nuestro Tribunal como espina dorsal del sistema de adopciones.

Su marco normativo es el siguiente:

Artículo 21.- Los padres biológicos o sus familiares que manifiesten ante el juez competente su deseo de dar al niño o adolescente en adopción, deberán pasar obligatoriamente por un período durante el cual el juez impulsará todas las medidas necesarias para mantener el vínculo familiar con la familia nuclear o ampliada. Para este efecto podrá recurrir a las instituciones que considere pertinentes... Este período durará cuarenta y cinco días, que podrá ser prorrogado a criterio del juez... Al término de este período los padres o familiares podrán ratificarse personalmente en su decisión inicial. Producida esa ratificación, el juez, previa intervención del fiscal del menor y del defensor del niño, declarará en sentencia fundada, la pérdida de la patria potestad y declarará al niño en estado de adopción. Los trámites ulteriores para la adopción se tramitarán ante el mismo juez... No se requerirá este trámite para la adopción cuando el niño sea hijo del cónyuge o conviviente, haya estado acogido en guarda o tutela por más de dos años, o cuando sea pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad de el o los adoptantes.

Artículo 22.- Se consideran hijos de padres desconocidos a aquellos cuya filiación se desconoce. Informado el juez competente de la existencia de niño cuyos progenitores sean desconocidos, previa vista al fiscal del menor y al defensor tutelar, ordenará la realización de una investigación exhaustiva para la localización de los padres o miembros de su familia biológica. Esta investigación durará como mínimo noventa días que serán prorrogables a criterio del juez... En caso de que los progenitores o los familiares sean localizados, deberán iniciarse con ellos el período de mantenimiento del vínculo familiar... Vencido el plazo establecido sin que se pueda localizar a los padres biológicos o a los familiares, el juez procederá a declarar al niño en estado de adopción.

Artículo 23.- La declaración de estado de adopción será determinada por el juez en todos los casos antes de iniciar el juicio de adopción... Los procesos por los cuales se declara a niños en estado de

adopción son independientes de los juicios de adopción... De la declaración de estado de adopción se remitirá copia al Centro de Adopciones, a sus efectos.

Artículo 24.- El incumplimiento de las disposiciones contenidas en este capítulo, acarreará la nulidad del juicio de adopción.

La normativa es clara al establecer la diferencia entre la declaración en estado de adopción como consecuencia de una manifestación inequívoca de voluntad por parte de los progenitores o familiares de entregar a un niño en adopción sin que el mantenimiento de vínculo prospere y como consecuencia de una situación de abandono o bien la familia nuclear y ampliada no ha podido ser localizada o tal como la primera situación, el mantenimiento de vínculo resulte negativo.

En ambos casos es posible hablar de la Declaración en Estado de Adopción como es concebida en nuestra normativa, como medida de carácter excepcional de protección al niño establecida en función de su interés superior.

Entre las notas distintivas que no deben pasar desapercibidas, es en la hipótesis prevista en el **Art. 21 transcripto líneas arriba**, la declaración de pérdida de la patria potestad es independiente al trámite previsto para dicho juicio enunciado en el **Art. 78 del Código de la Niñez y la Adolescencia (5)**, pues su motivación es diferente, hasta tal punto que la manifestación de deseo de entregar a un hijo en adopción, ni siquiera se encuentra contemplada como causal de pérdida de la patria potestad. En el caso de intención de dar a un hijo en adopción se requiere de una manifestación de voluntad ratificada y del agotamiento del plazo del **mantenimiento del vínculo**.

Como consideración final, traemos a colación otra jurisprudencia de nuestro Excmo. Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital, respecto al juicio de Declaración en Estado de Adopción y a la medida cautelar de Familia Acogedora:

(5) **Artículo 78.- DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD** La pérdida o suspensión de la patria potestad será declarada judicialmente, en procedimiento contradictorio, asegurándose al padre, a la madre y al hijo las garantías del debido proceso.

“El Art. 22 de la Ley de Adopciones sigue diciendo: “En caso de que los progenitores o los familiares sean localizados, deberá iniciarse con ellos el **periodo de mantenimiento de vínculo**”. Este párrafo nos plantea el siguiente problema, ¿cuándo se inicia el juicio de Estado de Adopción según la redacción del Artículo 22 de la Ley de Adopciones? Si se vincula esta parte de la norma con el Artículo 21 de la misma ley, resulta demasiado obvio que la respuesta correcta es que el juicio de Estado de Adopción solamente puede tener su origen cuando los padres o familiares del niño sean encontrados. Por consiguiente, y a **contrario sensu**, durante el lapso destinado a la búsqueda y localización, sigue la competencia del Juzgado para encontrar una familia sustituta para el niño. Esta inferencia se halla corroborada por el mismo Artículo 22 de la Ley de Adopciones que en su parte final dispone que: “Vencido el plazo establecido sin que se pueda localizar a los padres biológicos o a los familiares, el juez procederá a declarar al niño en estado de adopción” (Rodríguez, 2010).

Como se indicó, en la práctica se considera a la etapa de mantenimiento de vínculo como introductoria al juicio de declaración en estado de adopción propiamente dicho, no obstante, se advierte que, en cuanto a sus efectos, la búsqueda y localización puede derivar en la declaración de análisis, por lo tanto, no se debe desatender la importancia de la etapa de búsqueda como integrante del juicio de declaración en estado de adopción.

Conclusión

A la luz del desarrollo de las etapas que contiene el juicio de declaración en estado de adopción, surge de manera indubitable que la tramitación correcta de éste tipo de casos es el contenido del Interés Superior del Niño.

Ante la vulneración del derecho a la identidad, por medio de la **inscripción judicial** se garantiza que todo niño, niña (o incluso adolescentes) posea al menos un nombre y una nacionalidad, debiendo ocuparse posteriormente el **órgano jurisdiccional** de brindarle un entorno familiar en el cual vivir de manera definitiva, debiendo provisoriamente evaluarse las **alternativas** de cuidado, ya sea **en una familia acogedora o en un hogar de abrigo**.

A través del procedimiento de **búsqueda y localización y mantenimiento de vínculo** se garantiza el **agotamiento de instancias** a fin de que cada niño permanezca con su familia nuclear o ampliada, respetando el nexo biológico y asimismo se otorga seguridad jurídica de que la declaración en estado de adopción será la solución que mejor responda a su interés superior.

Finalmente, es necesario traer a colación la posición que tiene asumida la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Por otra parte, esta Corte también ha sostenido que, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades... Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto (Caso Fornerón e hija vs. Argentina, 2012).

El futuro de los niños es siempre hoy. Mañana será tarde.

Gabriela Mistral

Referencias bibliográficas

Aguirre, A. S. (2009). Aspectos registrales en la identidad del niño o adolescente y las resoluciones judiciales. En C. S. Judiciales, *El Interés Superior del Niño* (pp. 24-25). Asunción, Paraguay: División de Investigación, Publicación y Legislaciones.

Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Considerando párrs. 51-52.

Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).

Fernández, S. E. (2015). Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial. RCCyC, 29.

Herrera, M. (2008). *El derecho a la identidad en la Adopción*. Buenos Aires: Universidad.

Herrera, M. (2017). En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia* (p. 245). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci, A., de Molina, J., & F., M. (17 de 11 de 2015). La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. RCCyC, 10.

Aguirre, A. Ac. y S. 37 (T.A.N. y A. Capital 07 de abril de 2010).

Giménez de Allen M.E., Ac. y S. 41 (T.A.N. y A. Central 11 de julio de 2013).

Rodríguez, A.I. 166 (T.A.N. y A. Capital 11 de julio de 2016).

Rodríguez, S.A.I. 595 (T.A.N. y A. Capital 09 de diciembre de 2010).

Rodríguez, S. Ac. y S. 128 (T.A.N. y A. Capital 18 de Setiembre de 2002).

Rodríguez, S. Ac. y S. 153 (T.A.N. y A. Capital 20 de agosto de 2010).

Rodríguez, S. Ac. y S. 218 (T.A.N. y A. Capital 09 de octubre de 2009).

Sindulfo Blanco, Ac. y S. 931 (Corte Suprema de Justicia Sala Penal 21 de octubre de 2008).

Opinión Consultiva O.C. N° 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Corte IDH 28 de agosto de 2002).

Pucheta de Correa, A. (2004). La Adopción en el ordenamiento jurídico paraguayo. En C. S. Justicia, Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia. Apuntes doctrinarios, Legislación aplicable y Jurisprudencia nacional (p. 34). Asunción: Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política.

Rivera (1997). IX Mesa redonda sobre Identidad, Temas de Derecho Privado. Buenos Aires.

Sala A, N° 15/16649 (C. Comodoro Rivadavia 24 de noviembre de 2006).

Leyes

Constitución Nacional de la República del Paraguay, Paraguay 20 de junio de 1992.

Convención sobre los Derechos del Niño Ley N° 57/90, Gaceta Oficial, Paraguay, 20 de setiembre de 1990.

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, Ley N° 900/1996, Gaceta Oficial, Paraguay, 18 de abril de 1996.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 5/92, Gaceta Oficial, Paraguay, 7 de mayo de 1992).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 1/89, Gaceta Oficial, Paraguay, 13 de junio de 1989).

Código de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 1.680/01, Gaceta Oficial, Paraguay, 30 de mayo de 2001.

Ley de Adopciones, Ley N° 1.136/97, Gaceta Oficial, Paraguay, 22 de octubre de 1997.

Acordada N° 834 de fecha 23 de julio de 2013.

Decreto N° 5.196 de fecha 7 de octubre de 2010.



Justicia penal juvenil y vulnerabilidad social: su incidencia en la selectividad del sistema penal en Paraguay *

Violeta González Valdez **

Resumen

A partir de una retrospectiva crítica de la Justicia Penal Juvenil, la autora realiza un análisis de la incidencia que puede ejercer la vulnerabilidad social de los adolescentes infractores en la selectividad del tratamiento del sistema penal y el impacto en la consolidación de su marginalidad, a los efectos de advertir sobre la pervivencia de vestigios de la doctrina de la situación irregular en prácticas y normas fundadas en la vulnerabilidad como legitimación de la intervención penal. En este marco, revisa los institutos de la prisión preventiva y la sanción penal, impuestas a adolescentes, cuya interpretación podría involucrar la vigencia de principios y garantías en aras de su vulnerabilidad social. Por

* Este trabajo se encuentra enmarcado en el Proyecto de Investigación: “Justicia Penal Juvenil y vulnerabilidad social: un estudio sobre su incidencia en la selectividad del sistema penal en Paraguay para propuestas de políticas públicas”, bajo la dirección de la autora en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

** Doctora en Ciencias Jurídicas. Docente Investigadora de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y Profesora de los Programas de Maestría y Doctorado en Ciencias Jurídicas, categorizada en el Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Directora del Consejo de Redacción del Área “Derecho de la Niñez y la Adolescencia” de La Ley Paraguaya y Miembro del Consejo Editorial de la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Autora de libros y artículos en revistas científicas internacionales arbitradas e indexadas.

último, establece los fundamentos y los límites, en nuestro ordenamiento, del principio del interés superior del adolescente infractor a la ley penal, a fin de determinar su significado y connotaciones para la vigencia plena de sus derechos fundamentales.

Palabras claves: *justicia penal juvenil, adolescente infractor, interés superior, vulnerabilidad social, selectividad penal.*

1. Retrospectiva crítica de la Justicia Penal Juvenil

Una significativa mayoría de niños y adolescentes de la región, es visible sólo en las cifras oficiales de pobreza infantil (1), privación del acceso a la educación (2) o deserción escolar (3); su infancia transcurre en la calle, en

(1) Sobre la magnitud de la pobreza infantil en la región, el estudio elaborado por CEPAL a partir del enfoque de derechos de la infancia, optó por considerar cada privación como indicador de pobreza, ya que viola o impide cumplir al menos un derecho. Es decir, un niño es pobre cuando no puede ejercer cualquiera de sus derechos, aunque sea solo uno, concluyendo que “casi la mitad de los niños de la región son pobres, ya sea en forma moderada o extrema. La pobreza infantil afecta a casi 81 millones de niños menores de 18 años [...]. Uno de cada cinco niños de América Latina y el Caribe es extremadamente pobre. Este flagelo afecta a más de 32 millones de niños”. Recuperado el 31 de mayo de 2018 de <https://dds.cepal.org/infancia/guia-para-estimar-la-pobreza-infantil/bibliografia/introduccion/PanoramaSocial2013-capituloII.pdf>

(2) Según lo publicado en 2017 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, existen 263.000.000 de niños y jóvenes no escolarizados en el mundo y sólo el 14% de los jóvenes –y solo el 1% de las niñas más pobres– completan la enseñanza secundaria en los países de bajos ingresos. Recuperado el 31 de mayo de 2018 de <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002472/247234s.pdf>

(3) El 38% de los niños escolarizados salen de la escuela primaria sin aprender a leer, escribir y hacer cálculos aritméticos simples. Además, la disparidad entre los géneros en cuanto a la matriculación continúa siendo un problema. Recuperado el 31 de mayo de 2018 de https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF_SOWC_2016_Spanish.pdf

En Paraguay, más de 50.000 niños y adolescentes están fuera del sistema educativo según el Informe “Perfiles de la exclusión educativa en la República de Paraguay”,

hogares desintegrados o en instituciones, y termina escogida por el sistema penal por su marginalidad o aprende a delinquir como parte de su aprendizaje a la supervivencia. La dejación estatal y la exclusión social a una niñez olvidada generan, inexcusablemente, la criminalidad juvenil.

Las necesidades acuciantes y las condiciones actuales de la niñez y la adolescencia en América Latina, revelan el grave problema de la efectividad de los cambios normativos producidos. Los obstáculos y las dificultades son muchos y diversos. En primer lugar, las resistencias opuestas por parte de los poderes fuertes y consolidados, resistencia para desarrollar aquellas políticas sociales necesarias contra la pobreza endémica y las escandalosas desigualdades sociales, responsables de la explotación del trabajo infantil, de los estados de abandono y de la delincuencia juvenil, que es prevalentemente, en términos cuantitativos, una delincuencia de subsistencia (Ferrajoli, 1999, p. 18).

En nuestro país, los cambios normativos en la materia se han producido a partir de la Constitución de 1992 que reconoce los principios proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño –Ley 57/90– la cual indudablemente signó la evolución histórica de la justicia de la niñez y la adolescencia, dejando atrás el concepto del “menor” como objeto de asistencialismo, reivindicando al “niño” y “adolescente” como sujetos de derechos. En el campo del Derecho Penal se tradujo en el reconocimiento de las garantías sustantivas y formales frente al aparato coactivo del Estado. Los adolescentes sindicados de la comisión de hechos punibles deben gozar de las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal, además de las garantías propias de la Justicia Penal Juvenil.

presentado por Investigación para el Desarrollo, el Ministerio de Educación y Ciencias (MEC) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. Instituto de Estadística de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO - 2016: “Niños fuera de la escuela”. Recuperado el 31 de mayo de 2018 de https://www.unicef.org/paraguay/spanish/32252_34242.html

Según datos de la Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos de Paraguay, solo el 4% de la población paraguaya de 15 y más años de edad posee un nivel de instrucción de entre 16 a 18 años Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos. Recuperado el 31 de mayo de 2018 de <http://www.dgeec.gov.py/>

No obstante, el Código del Menor de 1981 permaneció en vigor hasta el año 2001, a pesar de que contenía un modelo tutelar y correccional con una perspectiva incompatible con los fundamentos constitucionales vigentes. En efecto, el juzgamiento de la comisión de ilícitos tenía un carácter ambiguo de instrumento socio-penal, el estado de peligro como conducta pre-delictiva, la vulnerabilidad como causal de inimputabilidad, el asistencialismo en vez de la sanción; constituían algunos de los argumentos que legitimaban sustraer a los adolescentes de la Justicia Penal y de sus garantías, y la imposición de privaciones de libertad sin proceso ni duración determinada, justificando así la judicialización y, en muchos casos, la penalización de situaciones de marginalidad social.

La Constitución de 1992 enuncia en sus declaraciones fundamentales de la parte dogmática, los derechos que rigen tanto en los procesos penales de adultos como de adolescentes, otorgando al proceso penal las condiciones de legitimidad inherentes a un Estado de Derecho, e impidiendo el uso arbitrario del *ius puniendi* del Estado. Para lograr que todos y cada uno de los derechos y libertades constitucionales tengan efectiva vigencia se requiere, además, el otorgamiento de una determinada estructura al poder, definida en la parte orgánica de la Constitución. No resulta menos importante el reconocimiento de un debido proceso que contar con un juzgador idóneo e independiente para garantizarlo, esto es, el estricto cumplimiento de los mecanismos previstos para nombrarlo sin injerencias que atenten contra la imparcialidad de sus decisiones.

Las garantías judiciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Ley 1/89– y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Ley 5/92– son aplicables también a adolescentes (4). Más aun considerando que la Convención sobre los Derechos del Niño no establece un órgano supranacional

(4) C.A.D.H. Art. 8.2. [...] Durante el proceso, “toda persona” tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] P.D.C.P. Art. 14.3. Durante el proceso, “toda persona” acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...]. Las comillas no corresponden al texto oficial.

de carácter jurisdiccional, por lo que rige el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

A partir de la promulgación del Código Penal de 1997 y el Código Procesal Penal de 1998, se ha producido la adopción de un sistema de responsabilidad penal juvenil, que cristaliza la evolución ocurrida en la materia, consagrando los principios y garantías constitucionales –penales y procesales– que fundamentan el ejercicio del poder punitivo del Estado.

El Código de la Niñez y la Adolescencia de 2001 ha sido el primer instrumento normativo específico que asume el cambio de paradigma de la doctrina de la situación irregular a la protección integral, separando las situaciones de connotación penal de los problemas sociales que deben solucionarse a través de otras políticas públicas.

El Libro V “De las infracciones a la ley penal” del Código de la Niñez y la Adolescencia, regula las disposiciones normativas que deben ser aplicadas cuando un adolescente cometa una infracción que la legislación ordinaria castigue con una sanción penal. Lo cual ha significado un cambio substancial en el juzgamiento de las personas menores de edad en Paraguay, transformando el modelo tutelar y correccional por una orientación punitivo-garantista de responsabilidad. Se concibe al adolescente como un sujeto no sólo titular de derechos, sino también responsable por sus actuaciones frente a la ley penal, situando a la Justicia Penal Juvenil en el marco del Derecho Penal Constitucional.

En cuanto a la ejecución de las sanciones, el Código de Ejecución Penal de 2014, que completa el proceso de reforma en nuestro ordenamiento jurídico-penal, es el primer instrumento legal específico de la materia que contiene preceptos concernientes a adolescentes. Situación plausible pero contradictoriamente vergonzosa. La Ley Nº 210/70 no se ocupaba de niños y adolescentes, sin embargo, éstos también podían ser privados de libertad y las vejaciones padecidas eran mayores. En realidad, la desidia legal impregnaba –en general– a toda la materia, denotando el desdén y la indiferencia hacia las personas en privación de libertad. En el año 1970 con la citada Ley Nº 210 “Que establece el régimen penitenciario” por primera vez se regula el tema, complementando el Código Penal de 1910, sesenta años después de su vigencia. Y la modificación a la misma se produce en el año 2014 con

la Ley Nº 5.162 “Código de Ejecución Penal para la República del Paraguay”, que entra en vigencia en el año 2015, cuarenta y cinco años después.

Resulta así innegable que el Derecho Penal Juvenil está basado en los mismos principios y garantías que el Derecho Penal General, tales como legalidad, reprochabilidad, proporcionalidad, prevención, humanidad e intervención mínima. Asimismo, el proceso penal juvenil debe desarrollarse con la vigencia de todas las garantías propias de un debido proceso, entre las que se destacan juicio previo, juez natural, imparcial e independiente, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, contradicción, legalidad del procedimiento, impugnación y excepcionalidad de la prisión preventiva. El control de la vigencia de estos principios y garantías debe ser más estricto, en razón de las peculiaridades que reviste su condición: el adolescente se encuentra en una situación de mayor indefensión y los efectos del proceso penal, así como de la sanción, probablemente sean más nocivos o generen la posibilidad de producir vejaciones (5).

Actualmente, se están cristalizando las reformas jurídicas en la región, así como en nuestro país, imprescindibles, pero aún insuficientes para lograr

(5) Coincidimos con Ferrajoli al afirmar que el nuevo paradigma de la Justicia Penal Juvenil lo constituye el Derecho Penal Mínimo, que resulta incomparablemente menos gravoso y más respetuoso del adolescente que el antiguo sistema pedagógico informal impuesto arbitrariamente. Ello por tres razones. Primero, por el recurso al Derecho Penal como *ultima ratio* y, en consecuencia, por la despenalización total de los delitos cometidos por los niños (menores de doce o de catorce años según las diversas legislaciones), así como por la despenalización de la delincuencia pequeña y bagatelar de los adolescentes, entendida mucho más como problema social antes que criminal, para ser enfrentado primordialmente con otras políticas y con medios extrapenales de solución de conflictos, antes que con estériles medidas represivas. Segundo, por el riguroso respeto de todas las garantías penales y procesales –la taxatividad de los delitos, la comprobación de la ofensa y la culpabilidad, la carga de la prueba al contradictorio y el derecho de defensa– del sistema de responsabilidad penal juvenil, aun reconociendo al adolescente como inimputable. En tercer lugar, por la minimización de las penas juveniles a través de medidas alternativas a la privación de libertad, y sólo en casos extremos, la utilización de este tipo de medidas, a su vez rígidamente limitada en su duración e intensidad (Ferrajoli, 1999, pp. 15-17).

la vigencia plena de los derechos fundamentales de los adolescentes sometidos a procesos penales. En efecto, subsisten todavía muchas prácticas y algunas normativas propias de la doctrina de la situación irregular –o quizás las trabas sean más mentales que legales–. Así lo ha advertido también García Méndez (1999): “El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura todavía hoy en muchas cabezas y algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda, en cambio, es de que el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia” (p. 28).

Aún cargamos con lastres asistencialistas. Estas regresiones se producen cuando, en virtud a la especialidad del Derecho Penal Juvenil, se vulneran principios del Derecho Penal y Procesal Penal. O sea, invocando garantías específicas como el principio de la supremacía del interés superior del niño o el principio de educación, se restringen las garantías del Derecho Penal de fondo, procesal y de ejecución, y no para acentuarlas o fortalecerlas. Igualmente, cuando se pretende concebir a las consecuencias jurídicas de la comisión de una infracción penal como paliativos de la marginalidad del adolescente y no como sanciones. O la privación preventiva de libertad con finalidades distintas a las cautelares del proceso.

En este orden de ideas, el objeto de estudio de este trabajo es el análisis del tratamiento selectivo que puede ejercer el sistema penal a los adolescentes en posición de vulnerabilidad, ya criminalizados primaria o secundariamente. En ese sentido, se busca establecer la relevancia de la criminalidad juvenil en la fenomenología de la criminalidad a los efectos de determinar la selectividad desigual de la persecución penal y su incidencia en la consolidación de la marginalidad. La motivación del planteamiento se halla en la necesidad de evidenciar la selectividad discriminatoria de la persecución penal, generadora de mayor segregación social. Asimismo, advertir sobre la pervivencia de vestigios de la doctrina de la situación irregular en prácticas o normas fundadas en la vulnerabilidad social como legitimación de la intervención penal.

2. El interés superior del adolescente infractor a la ley penal

Cillero Bruñol (1999) afirma que generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples

interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico (pp. 69-85). Bellof expresa con preocupación que, casi sin excepción la Convención sobre los Derechos del Niño efectúa una limitación en función del interés superior del niño, cuando reconoce un derecho. A pesar de los esfuerzos que algunos autores han realizado para darle un contenido conforme los nuevos estándares, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior del niño no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar. Sostiene que se trata de una noción, aunque inserta en la Convención, que respondió a una visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaura con ella. El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño involucrado –ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etc.– obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales. Su inclusión en la Convención no ha logrado reducir su uso en este sentido y, de hecho, es de ese artículo de donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas prácticas tutelares que convierte a la Convención en una herramienta legitimadora del *statu quo*, e inútil para producir cambio social (García y Bellof, 1999, pp. 87-110).

Es evidente que este principio debe adquirir una nueva significación a partir de su reconocimiento en la Convención. Sin embargo, su mala utilización pervive incluso en la aplicación de las nuevas legislaciones de la infancia y la adolescencia. Y donde mayor visibilidad tiene la peligrosidad con que se determina su alcance e interpretación, es el fuero penal. Aun cuando la protección y el interés superior del niño son principios que rigen la nueva justicia penal juvenil, no debe olvidarse que se trata de materia penal aplicada al adolescente y, por ende, deben observarse los principios del Derecho Penal y Procesal Penal. Por lo que antes de adoptar cualquier medida a esos efectos, debe probarse la comisión del hecho punible con la debida demostración de culpabilidad del adolescente en un debido proceso.

Establecer los fundamentos y los límites del principio en nuestro ordenamiento, constituye sin duda un comienzo necesario para determinar su significado y connotaciones.

El principio del interés superior está reconocido en el Art. 3º del Código de la Niñez y la Adolescencia (6):

C.N.A. Artículo 3º.- Del principio del interés superior. Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías.

Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.

La concordancia de este artículo hallamos en la propia Convención:

C.D.N. Art. 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

La normativa del Código preceptúa, en similares términos de la Convención, la obligatoriedad de que toda medida adoptada encuentre fundamento en el interés superior del niño o adolescente.

Cabe resaltar, que la disposición normativa interna va más allá inclusive, describiendo a continuación el contenido de este principio. En efecto, básicamente señala que el principio de interés superior significa que la decisión sólo puede estar dirigida a asegurar el “desarrollo integral del niño o adolescente” así como el “ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garan-

(6) Concordancias: C.N. Art. 54; C.D.N. Art. 3º; C.N.A. Arts. 79, 93, 175, 245.

tías”. A *contrario sensu*, toda decisión que no contribuya a afirmar el “desarrollo integral del niño o adolescente” así como el “ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías” puede interpretarse como contraria a este principio.

Con particular destaque se mencionan ciertos derechos fundamentales prevalecientes en la decisión que requiera definir el interés superior, éstos son el derecho a la familia, a la educación y a sus orígenes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos.

Por último, se reconoce el principio de la autonomía progresiva destacando la relevancia que puede tener en el ejercicio y goce de sus derechos y deberes, como persona en desarrollo.

En consonancia, la Constitución en el Art. 54 *in fine* imperativamente prescribe que, en caso de conflicto, los derechos del niño tienen carácter prevaleciente:

C.N. Art. 54. De la protección del niño. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

Consideramos que el principio del interés superior –más allá de ser un motivador retórico de decisiones judiciales o muletilla de sus fundamentos– puede y debe constituirse en el baremo y la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales del niño o adolescente.

A los efectos de precisar aún más el contenido de este principio, es de suma utilidad la aplicación de un control de convencionalidad en base a los estándares interamericanos definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al

interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (7).

En definitiva, como lo sostiene Cillero Bruñol (1999), de la formulación de este principio se desprenden las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, y a los padres; también es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente, es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia (p. 84).

La protección integral del adolescente y su interés superior son principios constitucionales que rigen el sistema penal juvenil paraguayo, ya que toda decisión que concierne al adolescente debe considerar primordialmente sus derechos y su desarrollo. En materia penal esto se traduce en la absoluta vigencia de sus derechos fundamentales durante el proceso y la ejecución de la sanción.

3. La vulnerabilidad social como factor de selectividad del sistema penal juvenil

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el concepto de vulnerabilidad social: “Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual [...] el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana, se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”. Ha destacado que “el deber del

(7) Corte I.D.H. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.

Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo [...] Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos” (8).

Ha concluido, en relación a adolescentes privados de libertad, que “el Estado se encuentra en una posición especial de garante” y “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, es la de procurarles las condiciones mínimas compatibles con su dignidad” (9). En contexto de encierro y situación de vulnerabilidad, adquiere también suma relevancia el Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú, primer precedente sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, como tal, un hito histórico para América Latina (10).

En concordancia con los fallos precedentes: “La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (11).

En otro orden de ideas, la estrecha interrelación entre las condiciones sociales y los sistemas penales se estudia ya en la obra *Pena y Estructura*

(8) Corte I.D.H. Caso Villagrán Morales y Otros “Niños de la Calle” Vs. Guatemala.

(9) Corte I.D.H. Caso Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” Vs. Paraguay.

(10) Corte I.D.H. Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú.

(11) Corte I.D.H. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.

Social (1939) de George Rusche y Otto Kirchheimer (1984), una de las fundamentales de la Criminología, donde se analiza la vinculación de la pena con la cultura que la produce. Alessandro Baratta (1998) en *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal* (1982) conceptualiza los mecanismos selectivos de la criminalización que actúan en el momento de la formación de la ley penal (criminalización primaria) y aquéllos que obran en el momento de la aplicación de la ley (criminalización secundaria).

Por su parte, Zaffaroni (1998) sostiene que todo sujeto actúa en circunstancias concretas que definen, de alguna manera, su ámbito de autodeterminación, puesto que la sociedad –por mejor organizada que fuere– nunca tiene la posibilidad de brindar a todas las personas las mismas oportunidades. En consecuencia, hay sujetos que tienen un menor ámbito de autodeterminación, condicionado de esta forma por causas sociales. Es lo que el autor llama “posición o estado de vulnerabilidad”, condicionado socialmente. Consiste en el grado de riesgo o peligro que la persona corre por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc., como también por encajar en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido. La situación de vulnerabilidad la ubica en un nivel de riesgo, que importa una mayor probabilidad de selección del sistema penal. Es el grado de vulnerabilidad lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal. Por ello, no resulta justo que el individuo cargue con estas causas sociales al momento de determinar el reproche de culpabilidad. Sin duda, hay una co-culpabilidad con la que debe cargar la sociedad misma. Esta circunstancia es avalada por estudios de criminología científica que explican la relevancia que tienen los factores sociales en la criminalidad. Es así propia de la estructura del poder punitivo la selectividad en perjuicio de los más débiles. La criminalización en sí misma es un proceso altamente selectivo, el sistema penal selecciona por criminalización secundaria a personas según criterios de vulnerabilidad social (p. 520).

Objetivamente, la vulnerabilidad social constituye un factor de selectividad de la persecución penal.

Ahora bien, el planteamiento que efectuamos en este trabajo es el siguiente: El propio sistema penal también puede ejercer un tratamiento selectivo y desigual a los adolescentes en posición de vulnerabilidad, ya criminalizados primaria o secundariamente.

Así, cuando indicadores sociales son utilizados por el sistema penal para determinar causales de agravación de la situación procesal penal de los justiciables, ya sea porque se hallan previstos en la normativa o son considerados sólo por sesgos cognitivos en las decisiones de los juzgadores.

Es decir, cuando indicadores sociales –tales como niveles de pobreza de la adolescencia infractora, analfabetismo o deserción escolar, composición del núcleo familiar o trayectoria de criminalidad en familiares cercanos, falta de contención familiar, antecedentes de institucionalización o registros delictivos del adolescente– son erigidos en circunstancias consideradas desfavorablemente para fundar una decisión judicial, se evidencia pues el tratamiento desigual del sistema penal.

Más aún cuando el propio perfil del adolescente infractor denota su situación de vulnerabilidad. Efectivamente, la adolescencia infractora como principal clientela de la defensa pública, así como los indicadores sociales de los adolescentes privados de libertad, confirman las condiciones de vulnerabilidad social en las que se encuentran. Por dar sólo algunos ejemplos, aquellos datos estadísticos que cuantitativamente desnudan una criminalidad de subsistencia o determinada por la marginalidad (12), cifras de adolescentes

(12) Puede confirmarse esta aseveración a través del análisis estadístico de los hechos punibles por los cuales los adolescentes se hallan involucrados a procesos penales y son privados de libertad.

En Paraguay informes de investigaciones revelan que la mayoría fue recluida por hechos punibles contra el patrimonio. Así en el año 1995, el 38.7 %; en el año 1996, el 56.3 % y en el año 1997, el 54.4 %. Estos porcentajes han sufrido severas variaciones, durante el año 2006, el 65 % de la población del Centro Educativo de Itaguá ha ingresado por la supuesta comisión de hechos punibles contra la propiedad; y en el año 2014, el 78.6 % (González Valdez, 2011, pp. 111-112).

infractores que se hallan excluidos del sistema educativo (13) y, sin embargo, ya engrosan las del trabajo infantil.

Entonces, surgen argumentos extra-jurídicos como la falta de familia contenedora o la necesidad de educación del adolescente para justificar la imposición de privaciones de libertad.

Todo lo cual da cuenta no sólo de la selectividad de la persecución penal sino también del tratamiento selectivo replicado en el sistema penal y, por ende, la criminalidad juvenil actúa como consolidación de la marginalidad social.

Al final, la selectividad concluye con el tratamiento discriminatorio durante la ejecución de la privación preventiva y punitiva de libertad, en estrecha relación con la vulneración de derechos fundamentales en contextos de encierro, según la pertenencia a un estrato social o étnico determinado. Situación generadora de mayor segregación social.

En síntesis, el tratamiento que ejerce el sistema penal juvenil se convierte en selectivo y desigual cuando circunstancias personales o sociales de adolescentes en posición de vulnerabilidad, se erigen en agravantes de su situación procesal penal.

En este contexto, analizaremos puntualmente dos institutos, la prisión preventiva y la sanción penal, impuestas a adolescentes, cuya interpretación podría involucrar la vigencia de principios y garantías en aras de la vulnerabilidad social del adolescente, de fundamental importancia para que su aplicación no se traduzca en realidad en la pervivencia de la doctrina de la situación irregular (14).

(13) En Paraguay, de los adolescentes privados de libertad, no se hallan escolarizados el 51 % de los varones y el 75 % de las mujeres. Las repitencias, deserción y escolarización tardía alcanzan un 92,5 %. Fuente: Censo 2014-2015 de adolescentes privados de libertad del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Recuperado el 31 de mayo de 2018 de <http://www.mnp.gov.py/>

(14) Una revisión más profunda puede encontrarse en *La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay. Revisión crítica de su evolución y situación actual* (González Valdez, 2006).

4. Vestigios de la doctrina de la situación irregular

Una cuestión que debe plantearse como previa, es despojarnos del mito que encierra la falacia de la afirmación que la criminalidad juvenil tiene una significativa relevancia en la fenomenología de la criminalidad. La percepción social generada –en gran parte– por los medios de comunicación sobre el aumento, gravedad y peligrosidad de la criminalidad juvenil, así como su importancia en el espectro general de la criminalidad, no coincide con el marco de referencia empírico. Basta recurrir a una de las formas de conocer la criminalidad de un país o determinar la variabilidad del fenómeno delictivo, a través de las cifras oficiales reflejadas en la población de personas privadas de libertad (15).

Por esta razón, el marco de referencia criminológico adquiere trascendencia al momento de definir y orientar las reacciones estatales, así como en la interpretación dogmática y la aplicación concreta de las normas en la construcción de un sistema penal de la adolescencia.

4.1. Marginalidad, educación y peligrosidad como fundamento de la prisión preventiva

Sin duda, un tema paradigmático constituye la distorsión del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, lo cual suele generar –cuanto menos– la vulneración de otros principios y garantías y, en ocasiones, puede

(15) V. gr. En Paraguay, datos oficiales indican que de la población total privada de libertad –adultos y adolescentes, hombres y mujeres–, las cifras de adolescentes involucrados a hechos punibles, sin tener en cuenta los casos que serían absueltos o sobrestados, representan el 7,1 % de la población total de personas involucradas a hechos punibles en privación de libertad. Es decir, a la fecha del informe el curso o desarrollo de la criminalidad (percepción social que surge de toda causa en la que se ha dictado prisión preventiva o condena), se manifiesta en las estadísticas en un 92.9 % en la franja de personas adultas. Es importante mencionar que la población que se encuentra en los institutos penales es móvil, es decir, las entradas y salidas de las personas privadas de libertad se da en forma diaria.

Recuperado el 31 de mayo de 2018 de http://www.ministeriodejusticia.gov.py/application/files/8814/4422/9037/Informe_de_gestion_2013_-_2015.pdf

constituirse en un mecanismo propicio para la incorporación subrepticia a los ordenamientos de un Derecho Penal del enemigo.

Se denota la pervivencia de la doctrina de la situación irregular cuando la necesidad de educación, su situación marginal o de peligrosidad se erigen como fundamentos del encierro del adolescente. Este retroceso lo hace notar lúcidamente Zaffaroni (2011): “Hoy el objeto, son los jóvenes y adolescentes de los barrios precarios, contra ellos la pretendida prisión cautelar en rigor es una prisión imprudente a la que se pretende asignarle una función neutralizante, de medida policial administrativa, de coerción directa, como en toda inquisición”.

En este sentido, la doctrina ha criticado la existencia de causales apócrifas de la detención provisional del adolescente. Jutta Gerken y Karl Schumann –citados por Llobet (2002)– han denunciado que el principio educativo ha llegado a funcionar como un “caballo troyano en el Estado de Derecho” (pp. 203-205).

Es sabido que la finalidad de la prisión preventiva, como medida cautelar, es garantizar la realización del proceso. Tal es el fundamento del principio de excepcionalidad, es decir, la prisión preventiva es de último recurso, sólo cuando sea inevitable para la concreción del proceso penal (16).

A nuestro juicio, considerar como finalidades de la prisión preventiva “promover la educación” y “proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo”, es ignorar realidades. Las condiciones de ejecución de la prisión preventiva poco se distinguen de aquéllas en que se cumplen condena. Es más, los trastornos emocionales y psíquicos que se producen, en los adolescentes privados preventivamente de libertad, son más frecuentes por el desconcierto y la angustia sobre la conclusión de la causa. Toda internación causa daños irreparables al adolescente, y constituye una influencia igualmente nociva para su desarrollo.

(16) Así lo entiende también la Corte Suprema de Justicia de Paraguay: “La privación de libertad en la prisión preventiva sólo puede tener carácter cautelar” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, octubre 05-001, Ac. y Sent. N° 628).

Véase www.pj.gov.py/jurisprudencia

Al respecto, Do Amaral (1999) ha señalado la crisis de la ejecución de las medidas aplicadas al adolescente infractor por la inexistencia de propuestas pedagógicas y de reglas claras y precisas, que han contribuido a la ineficacia de las sentencias y el descrédito del sistema (pp. 207-208).

Por tanto, justificar la prisión preventiva en el bienestar del adolescente y su necesidad de educación genera una sensación de hipocresía. Sobre el punto, también ha objetado Albrecht (1990): “El trasfondo decisivo para la imposición de prisión preventiva se ve en la intención político-criminal, de resguardar justamente a los menores, mediante este medio y por razones “educativas” de bien común, de su desvío hacia la “criminalidad”: De este modo se coloca justo a la inversa el principio de subsidiariedad legal, según el cual la prisión preventiva ha de ceder el paso frente a medidas educativas” (p. 84).

Sobre la educación en la ejecución de la prisión preventiva, señalan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores:

13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y todas las asistencias –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

Pero de ninguna manera la necesidad de tales asistencias puede fundar o constituir un presupuesto de la privación preventiva de libertad, así lo aclaran las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad:

III.18.b. Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación.

Resulta más peligroso aún, atribuir a la prisión preventiva el propósito de “garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado”, pues nuevamente es el estado de pobreza o miseria la justificación para internar al adolescente, es decir, la situación de indigencia o simple carencia

económica o social se erige en fundamento de su encierro. Esto fácilmente contribuye a que la marginalidad social actúe como elemento estructural sobre la criminalización; el contacto con el sistema penal, y sobre todo con una “institución total”, eleva las posibilidades de reincidencia en tanto se ingresa a la carrera delictiva.

El Tribunal Penal Juvenil de Costa Rica ha instado sobre el peligro de admitir este criterio para decretar la prisión, en tanto equivale a resucitar la ideología de la situación irregular: “El nuevo proceso penal juvenil se sustrae, de la esfera simbiótica tutelar familiar. El hecho de que el menor se encuentre en estado de abandono o de simple pobreza no es suficiente para la imposición de una medida cautelar. La situación social o familiar del menor es una consideración que no compete a la ley penal o procesal, porque el principio de legalidad, es un límite que no debe ser traspasado al imponer una medida restrictiva de libertad” (voto 69-01 del 11 de mayo de 2001).

La marginalidad como baremo para imponer la detención provisional, otorga plena vigencia a aquellas características destacadas por Gomes Da Costa (1994), como propias de la figura del menor en situación irregular: “Niños y adolescentes son considerados por lo que no son, por lo que no saben, por lo que no tienen, por lo que no son capaces; y no por lo que realmente son, saben, tienen y por lo que, efectiva o potencialmente, son capaces” (pp. 120-145). Cuando en realidad son víctimas de la inexistencia o ineficacia de políticas públicas; y, al contrario, “los responsables de esas políticas deberían ser considerados en situación irregular, cuando ellas no fueran ofrecidas, o lo fueran en forma irregular, o se configuraran omisiones culposas” (Seda, 1992, pp. 115-130).

Por otra parte, la peligrosidad como fundamento de la privación preventiva de libertad. Considerar “el peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles” como finalidad, pervertiría la prisión preventiva transformándola, de un instrumento exclusivamente procesal en instrumento de prevención y de defensa social, motivada por la necesidad de impedir la comisión de otros ilícitos. Sobre la utilización de la detención provisional en vulneración al principio de inocencia sostiene Ferrajoli (2000): “Hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la

sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad” (p. 553).

Resulta así arbitraria la imposición de prisión preventiva en respuesta a la alarma social provocada por un determinado hecho punible, y a veces exacerbada por los medios de comunicación, pues pretende atribuir a esta medida cautelar una finalidad de prevención general propia de la sanción penal, aplicando una suerte de pena anticipada.

No dejamos de advertir la alarma social que existe actualmente en la región debido al auge de la delincuencia, generando dolor y desolación en la población. Sin embargo, existe confusión sobre sus verdaderas causas. La seguridad ciudadana no se ve salvaguardada por las cárceles sino, más bien, se encuentra una y otra vez puesta en peligro por las mismas personas a las que se supone están tratando (17). Personas que arrastran los mismos problemas tras su paso por la cárcel: miseria y marginación, y a veces completan el proceso deshumanizante de prisionización (18) hasta el punto de haberse adaptado plenamente al medio carcelario, por lo que probablemente terminan retornando a él para continuar la carrera delictiva. En definitiva, la cárcel no protege a la sociedad, únicamente desplaza la inseguridad al momento de la obtención de libertad, y con ello al mismo tiempo la potencia.

Ya Carranza (1998) reflexionaba sobre esta tendencia de proporcionar respuestas al clamor ciudadano de seguridad, con el aumento de los presos en prisión preventiva, advirtiendo que la delincuencia, su aumento y disminución, son fenómenos sociales que no responden sino en pequeña medida

(17) Cfr. al respecto Ríos Martín, J. y Cabrera, P. (1998), *Mil voces presas*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

(18) Resulta descriptiva y vivencial la definición de este fenómeno del sacerdote jesuita, Capellán de la Penitenciaría de Tacumbú durante las dos décadas pasadas: “La prisionización es el deterioro físico de la persona. Esto se debe a un mal que afecta a quienes permanecen encerrados por mucho tiempo. Muchos internos están como alestargados. No salen del interior de sus celdas. Los sentidos de la vista y el oído disminuyen su capacidad progresivamente. Esto se produce por falta de estímulos. El interno sólo escucha el chasquido de las cadenas y el ruido de las rejas al abrirse o cerrarse. El olfato también se deteriora. Sólo huelen transpiración de varón y detergente” (De la Vega, 2004).

a la acción del sistema de justicia penal, el que por su naturaleza actúa siempre *ex post facto* con respecto al delito. Ante el aumento cierto de la criminalidad, se ataca severamente a la justicia penal por ineficaz e ineficiente, partiendo de la suposición de que ésta podría controlar ese fenómeno social, y de que es la única responsable de hacerlo. Este ataque, en su versión más clásica, viene unido a la afirmación de que los jueces —o su mayoría— son benévolos, burócratas o corruptos según el caso, y al reclamo para aumentar el número de presos sin condena creando categorías de delitos inexcusables. El autor citado coincide en que la justicia penal, como todos los ámbitos del Estado, debe desburocratizarse en procura de una mayor eficiencia, y perseguirse también, implacablemente, los casos de corrupción. Pero discrepa cuando la crítica se formula de forma irresponsable, sin información básica sobre la realidad de la criminalidad y la justicia penal, y en procura sólo del logro de una mayor “eficacia” consistente en lograr “más de lo mismo”, haciendo aún más las cárceles y haciendo un uso irracional del sistema de justicia penal, contrario a los principios filosóficos y jurídicos que lo sustentan. Concluye afirmando que el fenómeno de los presos sin condena no puede verse fuera de contexto, y que la respuesta tendrá que ser coherente con una política criminológica integral, eficaz para reducir la frecuencia del delito y sus niveles de violencia, pero sin multiplicar ésta con un uso excesivo o ilegítimo de la coerción y violencia estatales (pp. 11-13).

La exigencia de respuestas de la ciudadanía y la atribución de la responsabilidad de la violencia a la justicia, a pesar del análisis simplista y de la falta de responsabilidad estatal compartida, obliga a apuntar a soluciones verdaderamente efectivas que eviten respuestas equivocadas que contribuyan en realidad a reproducir la criminalidad.

En este aspecto, consideramos que el derecho fundamental a la seguridad de las personas proclamado en el Art. 7º inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede garantizarse respetando los derechos fundamentales de las personas sindicadas de su vulneración. Constituye una falacia mediática afirmar que la solución estaría en incrementar la privación preventiva de libertad, pues ello, aun ignorando el principio de excepcionalidad, nos conduciría irreversiblemente a aumentar la superpoblación de las cárceles perfeccionando las carreras delictivas desarrolladas en

ellas y, en consecuencia, elevar el peligro para la sociedad a la que se pretende proteger.

En consecuencia, es imperioso lograr sustraer a la Justicia Penal Juvenil de los procesos de contrarreformas legislativas o retrocesos interpretativos en los lineamientos de un debido proceso penal, producidos en muchos países de Latinoamérica –incluido Paraguay– como respuesta a la presión mediática y social.

Tal como lo sostiene Binder (1993), “la prisión preventiva sólo será legítima si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcional a la violencia propia de la condena, si respeta sus requisitos –es decir, si hay una mínima sospecha racionalmente fundada y si se demuestra claramente su necesidad para evitar la fuga del imputado–, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de la pena. Solamente si se cumplen en conjunto todos y cada uno de estos requisitos, se estará respetando el diseño constitucional del uso de la fuerza durante el proceso penal” (p. 204). Inclusive, la evitación de daños al desarrollo del adolescente merece prioridad frente a objetivos de seguridad del proceso del instituto jurídico de la prisión preventiva (Albrecht, 1990, p. 320). También éstos son los estándares de la prisión preventiva determinados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (19).

(19) V. gr. En el Caso López Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C N° 187: [...] para que [la detención preventiva] sea compatible con el Artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante, lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable (párr. 74). [...] el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca

Definitivamente, la prisión preventiva del adolescente es una medida excepcional y exclusivamente cautelar. Y con estas características definitivas este instituto debe ser concebido e interpretado inequívocamente en las leyes juveniles, así como en su aplicación.

4.2. Protección e interés superior del adolescente como justificación de la sanción penal

Para que la definición de la respuesta jurídico-penal, ante los hechos punibles cometidos por adolescentes, se sustraiga de la emotividad y el irracionalismo, resulta imprescindible enmarcarla en los principios político-criminales que legitiman la propia intervención del Derecho Penal.

En un sistema de responsabilidad penal juvenil las consecuencias jurídicas de las infracciones del adolescente a la ley penal son sanciones y, como tales, tienen similares características definitorias que las sanciones del Derecho Penal.

Esto es, las sanciones juveniles tienen una connotación negativa. Significan una privación o restricción de bienes jurídicos. Lo cual no significa que tengan un carácter retributivo, sino que deben ser concebidas con finalidad

que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe (párr. 76). [...] al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. Efectivamente, en ocasiones anteriores, el Tribunal ha estimado que, al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana (párr. 110).

educativa (20). Tal es la fundamental diferencia de las “medidas” de la doctrina de la situación irregular, que supuestamente pretendían la tutela y la asistencia al adolescente.

De igual modo, deben responder al principio de necesidad. La justificación del Derecho Penal para el mantenimiento de un sistema social, se proyecta sobre el contenido de la sanción tanto en abstracto como en concreto. Un sistema social que reconoce la dignidad humana, tal como lo proclama el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sólo puede recurrir a la pena cuando sea necesaria para el mantenimiento del mismo. Este principio general tiene dos manifestaciones concretas: en primer lugar, el mantenimiento de un sistema de estas características no puede pasar por la utilización de penas que, por su contenido o duración, se opongan a la dignidad de la persona; lo cual subyace tras la abolición de la pena capital y la prisión perpetua, así como la prohibición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el Art. 37. a. En segundo lugar, la cantidad de pena debe ser estrictamente necesaria para el mantenimiento del sistema. La necesidad se manifiesta en la proporcionalidad de la amenaza penal con la gravedad del delito previsto, o sea, la cantidad de pena a imponer por parte del juzgador debe ser sólo la que requiera el delito juzgado; una pena no necesaria sería una pena no justificada.

De la misma manera, las sanciones deben estar previstas en la ley, así como su duración debe tener un tiempo determinado. El carácter negativo de la sanción juvenil trae como exigencia esta determinación previa por el legislador. La ley actúa como garante de la seguridad jurídica. La vigencia del principio de legalidad, consubstancial al Estado de Derecho, se manifiesta en el establecimiento en la ley de la sanción a imponer por el juez, así como de su duración. El Estado asume la potestad punitiva como una manifestación inherente a la soberanía, que no termina con la definición legal de qué con-

(20) Es gráfica la ilustración de Henkel, citado por Roxin: “Cuando los padres castigan a un niño desobediente, lo hacen, razonablemente, para educarlo, y ellos faltan a este sentido verdadero del acto de la punición cuando se dejan llevar por golpes retributivos, provocados emocionalmente” (Roxin, 1993, p. 36).

ducta es punible y qué pena debe ser impuesta, sino continúa en la concreción de la pena y en la ejecución de la misma. Las sanciones deben ser impuestas y ejecutadas conforme a la ley por una justicia especializada.

Por último, la imposición de la sanción penal juvenil requiere que el juzgador compruebe la presencia en el hecho de cada uno de los elementos de la teoría del delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, en tanto, sobre el contenido de estos elementos se proyecta todo el conjunto de garantías, propias de un Estado social y democrático de Derecho.

En cuanto a la individualización de la sanción, anteriormente constituía una decisión discrecional no sujeta a revisión, y aquel arbitrio otorgado al juzgador –no pocas veces mal utilizado– producía la desazón de que era la arbitrariedad la que se hallaba legitimada.

En la actualidad es indiscutible la trascendencia del acto de individualización de la pena, igualable a la decisión misma de si ella debe ser impuesta; puesto que si todos aquellos principios (legalidad, hecho, culpabilidad) tan celosamente conservados al elaborar el esquema de la teoría del delito, son dejados de lado al graduar la sanción, quedarían descalificados todos los esfuerzos teóricos realizados. Y es esta trascendencia la que impone reglas y criterios jurídicos racionalmente controlables, no discrecionales, que se traducen no sólo en el deber de fundamentar la decisión, sino también en que ésta responda realmente a las razones manifestadas por el juzgador, y a su vez en la posibilidad de su revisión por vía recursiva (Ziffer, 1999, p. 18).

En la línea de análisis que nos ocupa, todas las garantías penales sustanciales y procesales pierden significación si su vigencia no se materializa en el momento de la decisión sobre la sanción a imponer al adolescente.

En materia penal juvenil no se ha desarrollado una teoría distinta o especial sobre la determinación de la sanción, quizá porque en el propio Derecho Penal es un tema cuya discusión sigue sinuosamente abierta. La literatura especializada no es coincidente al establecer los lineamientos para individualizar la sanción penal juvenil ni sus finalidades.

Albrecht (1990) afirma que como en el Derecho Penal también pueden influir en la medición de la pena, si bien con peso diferenciado, los fines represivos (expiación, compensación de culpabilidad o retribución del injusto),

o/y preventivo especiales (positivamente, la resocialización del autor mediante mejoramiento, educación, salud; negativamente, la intimidación del autor, en caso necesario su encierro, para proteger a la sociedad de reincidencia), o/y preventivo generales (positivamente, mediante el fortalecimiento de la conciencia en el derecho de la población –prevención integradora positiva–; negativamente, mediante intimidación general respecto de otros autores potenciales) (p. 342). Por su parte Tiffer (2002) considera que la sanción de internamiento en centro especializado debe procurar la protección integral y el interés superior del niño, así como los fines de prevención especial (p. 54). Llobet (2002) sostiene que el principio de culpabilidad supone el límite en la fijación de la sanción penal juvenil, que no puede ser sobrepasado, sin embargo, puede fijarse una sanción inferior a la culpabilidad atendiendo primordialmente al principio educativo, relacionado con la prevención especial positiva, lo que no excluye que con carácter meramente secundario se puedan tener en cuenta consideraciones de carácter preventivo general (pp. 426-428). Dünkel (2002) manifiesta que una supuesta necesidad educativa, no puede ser condición para el pronunciamiento de la pena de encarcelamiento o el internamiento del joven en un centro de educación (p. 540).

No obstante, existe coincidencia mayoritaria en la doctrina en que el principio de culpabilidad o reprochabilidad supone el fundamento y límite que no debe ser sobrepasado en la fijación de la sanción penal juvenil, pudiendo imponerse una sanción inferior a la culpabilidad atendiendo al principio educativo; dicho de otro modo, la necesidad de educación del adolescente no puede justificar el pronunciamiento de una sanción.

Pero la culpabilidad en la determinación de la sanción no sería idéntica a la de la teoría del delito, pues posee sus propias reglas. Jescheck (1993) explica esta distinción sosteniendo que la culpabilidad como concepto sistemático de la estructura del delito es base de la pena; y la del injusto culpable en su totalidad es la culpabilidad en la individualización penal (pp. 795-797). Zaffaroni (1998) aclara también el concepto normativo de culpabilidad como categoría de la teoría del delito, el cual es resultado de una larga evolución doctrinaria: “Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque

no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella” (p. 511). Para Llobet (2002), las bases de la culpabilidad de la medición de la pena son la gravedad del hecho y el grado de reprochabilidad que se le puede hacer al autor al momento de la realización del hecho (p. 428).

La función limitadora de la culpabilidad es puesta de relieve por Roxin (1993): “La pena no puede, en mi opinión, sobrepasar la medida de la culpabilidad [...] esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra ley fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad [...] así encuadrado, el concepto de culpabilidad [...] tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad [...] En cambio es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad [...] está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad” (pp. 27-29).

La compensación de culpabilidad no constituye un fin en sí misma. La pena sólo se justifica si sirve a los fines del Derecho Penal. En este punto opina Jescheck (1993): “Si con la aplicación de la pena se pusiera en peligro la resocialización del delincuente, la retribución justa debe retroceder de un modo adecuado en atención a la misión preventiva del Derecho Penal” (pp. 795-797).

En este marco conceptual, consideramos que la única fundamentación de la legitimidad de la sanción penal juvenil es la reprochabilidad del autor, y una medida o su duración que sobrepase el grado de reprochabilidad sería inconcebible en un Estado de Derecho, pues el condenado se convertiría de modo no defendible en un “objeto de educación”. No puede justificarse un nivel de sanción que esté fuera de relación con la culpabilidad por el hecho (Albrecht, 1990, pp. 348-350). Sin perjuicio de que la reprochabilidad del adolescente deba ser interpretada limitadamente por la especificidad del Derecho Penal Juvenil, en tanto, desde una perspectiva psicológica del desa-

rollo, su responsabilidad está limitada en relación al adulto; la sola condición de adolescente tiene una significación fundamental en la valoración de la reprochabilidad del autor.

Sin embargo, perviven aún algunas prácticas y normativas que permean los ordenamientos penales juveniles de aquella compasión-represión, referida por García Méndez.

Una cuestión puntual y alarmante constituye la invocación de la necesidad de educación como justificación de la sanción privativa de libertad, considerándola a ésta “razonable”, “necesaria” o “idónea” para cumplir el tan ansiado e ilusorio fin “educativo”, omitiendo los límites impuestos por el grado de reprochabilidad del adolescente. Y el verbo se hace carne en la aguda observación de Albrecht (1990): “Como no es posible medir conforme a criterios racionales “el tiempo requerido para la educación”, en la discusión sólo se manejan fundamentaciones formales: el juez no olvida mencionar en los fundamentos de la sentencia la palabra simbólica “educación” y de dotarla de suficientes consideraciones de medición, de modo que ningún tribunal de revisión pueda anular la medición de la pena” (p. 349).

Si la privación de libertad en el mundo de los adultos denota una visión eufemística de la realidad –lograr la reinserción social por medio de prácticas que constituyen su más absoluta negación–, en el caso de los adolescentes esta visión se encuentra exacerbada (García Méndez, 1994, p. 97). Pues las consecuencias criminógenas que produce la ejecución de las sanciones privativas de libertad, constituyen un contrasentido a la finalidad educativa que se les atribuye. Es más, investigaciones científicas (David, 2003, p. 132) han puesto de relieve que la naturaleza de las estructuras propias de las instituciones de reclusión, en las cuales están insertados los menores, hace que toda labor dirigida a su rehabilitación esté condenada al fracaso.

Si bien en teoría, se insiste en que las medidas privativas de libertad impuestas a los adolescentes no deben revestir las características de las penas privativas de libertad para adultos, mientras la ejecución de las mismas siga teniendo idénticas consecuencias nocivas, y sin perspectiva concreta de mejora, constituye una hipocresía justificarlas con una finalidad educativa, cuando son esencialmente contraproducentes a cualquier educación.

Albrecht (1990) insiste al respecto: “Si en vista de los resultados empíricos, respecto de la contraproductividad “educativa” de la ejecución penal de menores, se quiere considerar en la imposición de la pena de menor en primer lugar el bienestar del menor, ello no se puede llevar a cabo racionalmente [...] El operador jurídico [...] más bien debería esforzarse [...] de interpretar restrictivamente la culpabilidad por el hecho, para mediante la máxima evitación posible de la imposición de la pena disminuir en la ejecución penal, en interés del menor y de la comunidad, los daños más graves que amenazan el desarrollo”. Y exhorta a mayor escepticismo al concluir: “En la literatura se advierte respecto de los efectos negativos que pueden producirse con períodos superiores a un año. En relación al peligro de daños irreparables al desarrollo a través de medidas estacionarias, el operador jurídico debería ser especialmente escéptico frente a las supuestas ventajas de la orientación “educativa” del legislador: una comprobación fiable empíricamente de los éxitos “educativos” de la ejecución penal de menores, no se ha producido en modo alguno hasta ahora” (pp. 338-340).

En la medición de la pena, el principio de educación se ha mostrado como criterio poco racional. Ha surgido como categoría encubridora legítima, que confirma una serie de dudas desde la perspectiva de un Estado de Derecho y objeciones en relación a los derechos fundamentales respecto de la justicia de la ley fundamental. La educación sirve ampliamente como sinónimo de represión y prevención general (Albrecht, 1990, p. 349).

En definitiva, la naturaleza de las medidas previstas para adolescentes constituye, sin duda, una cuestión esencial del Derecho Penal Juvenil. No considerar su carácter sancionatorio puede significar un retorno al sistema tuitivo o correccional reaccionario y, por ende, a algunas de sus premisas definitorias: la irresponsabilidad del adolescente y la necesidad de tutelarlos por medio de la asistencia educativa. Puede constituir, además, un retroceso hacia la ausencia de las garantías consubstanciales a un Estado de Derecho.

Por lo cual, es preciso llamar a las cosas por su nombre: Las medidas son sanciones. La educación del adolescente, su interés superior y protección integral, no pueden justificar la privación de libertad porque ésta significa todo lo contrario; en estas condiciones, se erigen como sesgos cognitivos en las decisiones de los juzgadores, y lastres de la doctrina de la situación

irregular, cuya principal consecuencia es el no reconocimiento de las garantías que deben fundamentar la imposición de sanciones de carácter penal.

Magistralmente lo afirma Albrecht (1990): “El Derecho Penal de Menores es Derecho Penal. No es Derecho social, no está programado para la “ayuda”, sino que sirve al control social” (pp. 341-343).

5. Conclusión

Ayer “menores en estado de peligro”, hoy “niños en situación de vulnerabilidad”, “de la calle” o en “instituciones totales”; siempre niños sin cabida social y en dejación estatal, que terminan escogidos por el sistema penal por su marginalidad o aprenden a delinquir como parte de su aprendizaje a la supervivencia.

Las necesidades sociales de la infancia y de la adolescencia deben ser percibidas como resultado de la ineficiencia o inexistencia de las políticas sociales, esto significa que la intervención de la justicia penal –la que por su naturaleza actúa siempre *ex post facto* al hecho punible– no puede ser utilizada para contrarrestar la marginalidad, a través del asistencialismo ni criminalizándola, porque se estaría reproduciendo la violencia con el uso ilegítimo de la coerción estatal.

El Derecho Penal Juvenil se sustenta en los principios del Derecho Penal y Procesal Penal. Los adolescentes involucrados en la comisión de un hecho punible deben gozar de las mismas garantías del Derecho Penal de fondo, procesal y de ejecución de los adultos, además de las garantías específicas que les corresponden. En ese sentido, es primordial reafirmar en cada proceso penal de un adolescente, que los principios del Derecho Penal Juvenil –como el principio de la supremacía del interés superior del niño o el principio de educación– no pueden ser invocados para restringir garantías, al contrario, sólo para acentuarlas y fortalecerlas.

En un sistema de responsabilidad penal juvenil las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho punible son sanciones, y como tales tienen similares características definitorias que las sanciones del Derecho Penal General. Es decir, tienen una significación negativa porque constituyen una privación o restricción de bienes jurídicos; deben estar previstas por la ley y

responder al principio de necesidad; así como impuestas y ejecutadas al responsable de un hecho punible, por una justicia especializada.

La imposición de la sanción juvenil requiere que el juzgador compruebe la presencia de los elementos de la teoría del delito: tipicidad, anti-juricidad, reprochabilidad y punibilidad, en tanto sobre el contenido de estos elementos se proyecta todo el conjunto de garantías. La prisión preventiva del adolescente debe cumplir sus presupuestos sustanciales y procesales como medida cautelar.

En este contexto, se ha analizado la incidencia que puede ejercer la vulnerabilidad social en la selectividad del sistema penal, así como su impacto en la criminalidad juvenil, generadora de mayor exclusión social. Asimismo, se ha advertido sobre el grave peligro de pretender paliar las deficiencias o inexistencias de políticas públicas sociales con el sistema de justicia penal de la adolescencia; utilizar prácticas o normas fundadas en la vulnerabilidad social como legitimación de la intervención penal significaría la pervivencia de la doctrina de la situación irregular. Ciertamente, se cargan con lastres asistencialistas cuando las consecuencias jurídicas de la comisión de una infracción penal son utilizadas como paliativos de la marginalidad del adolescente y no como sanciones. Un tema emblemático constituye la distorsión del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva.

La vulnerabilidad social de los adolescentes, sometidos a procesos penales, puede significar un factor de tratamiento desigual del sistema penal cuando los indicadores sociales son utilizados como causales de agravación de su situación procesal penal. Además, la connotación discriminatoria de los indicadores sociales vulnera principios, derechos y garantías del Derecho Penal Juvenil.

Por tanto, la vulnerabilidad social de los adolescentes infractores se puede constituir en el determinante principal del tratamiento selectivo del sistema penal, como réplica del proceso de criminalización selectiva y, consecuentemente, en la consolidación de su situación de marginalidad.

En conclusión, consideramos sumamente relevante visibilizar esta problemática e instalar el debate, a los efectos de generar conocimiento crítico en la profundización de la búsqueda conjunta de soluciones, para procurar

incidir en los operadores involucrados en la toma de decisiones del sistema de justicia penal y de las políticas públicas de protección a la adolescencia; y, finalmente, intentar proyectar una perspectiva distinta en la ciudadanía, una mirada inclusiva, solidaria, más humana y, sobre todo, comprometida con la defensa de los derechos fundamentales de los adolescentes en situación de vulnerabilidad.

Referencias bibliográficas

Albrecht, P. (1990). *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona: Ed. PPU S.A.

Baratta, A. (1998). *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*. México: Siglo XXI.

Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.

Carranza, E. (1998). *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*. Comisión Europea: Ed. ILA-NUD.

David, P. (2003). *Sociología criminal juvenil*. Buenos Aires: Depalma.

De la Vega, J. A. (2004). "Una luz en medio del infierno". *Diario Noticias de Paraguay* (5 de diciembre) Asunción.

Ferrajoli, L. (1999). "Prefacio", en García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.). (1999). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

García Méndez, E. (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá: Ed. Forum Pacis.

Gomes Da Costa, A. C. (1994). “*De menor a cidadão*”, en *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros.

González Valdez, V. (2006). *La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay*. Revisión crítica de su evolución y situación actual. Asunción: Servilibro.

González Valdez, V. (2011). *Justicia Penal Juvenil*. Asunción: La Ley Thomson Reuters.

Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Granada: Ed. Comares.

Roxin, C. (1993). “*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*”, en *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Del Puerto.

Río Martín, J. y Cabrera, P. (1998). *Mil voces presas*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984). *Pena y Estructura Social*. Bogotá: Temis.

Seda, E. (1992). “*Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente*”, en *Del revés al derecho*. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Buenos Aires: Galerna.

Tiffer, C. Llobet Rodríguez, J. y Dünkel, F. *Derecho Penal Juvenil*, (2002), San José: Mundo Gráfico.

Zaffaroni, E. R. (1998). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ed. Ediar.

Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar.

Ziffer, P. (1999). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.



El Derecho Humano al acceso a la justicia de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Su abordaje desde la jurisdicción de la niñez y la adolescencia

Adriana Raquel Marecos Gamarra *

*“Todos los mayores han sido primero niños,
pero pocos lo recuerdan”.*

El Principito.

Antoine de Saint-Exupery (1900-1944)

Resumen

En el presente artículo se analiza el derecho al acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, desde la óptica del interés superior del niño, principio que debe primar en los juzgados de la Niñez y Adolescencia. Se aborda las situaciones que ameritan la judicialización, la normativa en materia de maltrato infantil, la legislación nacional que garantiza los derechos de los niños, la

* Abogada, Notaria Pública, por la Universidad Nacional de Asunción y Máster en Protección de Derechos Humanos, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá-España. Graduada del Diploma de Postítulo: “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile”. Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Defensora Pública de la Niñez y Adolescencia de la Capital. Docente de la cátedra de derecho de la niñez y adolescencia de la Universidad del Norte.

doctrina sobre el tema y los criterios emanados de los organismos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos de los menores de edad.

Palabras claves: *acceso, justicia, derechos, niñez, adolescencia, maltrato, explotación, garantías.*

1. Introducción

El acceso a la justicia en el ámbito de la niñez y la adolescencia tiene connotaciones y elementos que lo hacen diferente a cualquier otra jurisdicción. Como bien lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”* (Corte IDH, Opinión Consultiva 17, 2002, párr. 96).

Según la interpretación del máximo tribunal del sistema interamericano, los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, sin embargo, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos derechos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con la finalidad de que los niños puedan gozar efectivamente de dichos derechos y garantías (Corte IDH, Opinión Consultiva 17, 2002, párr. 98).

En las siguientes páginas se analiza el derecho al acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad ante la jurisdicción de la niñez y la adolescencia. Se estudia brevemente la evolución de los derechos del niño en la legislación nacional y se aborda exhaustivamente la normativa existente en materia de maltrato infantil. Asimismo, se analizan el derecho a la justicia de los niños, niñas y adolescentes en situación de calle, los elementos fundamentales que deben observarse para garantizar el

acceso a la justicia de las personas menores de edad y finalmente se realiza un breve análisis sobre la relevancia de las 100 Reglas de Brasilia.

2. Antecedentes históricos del derecho al acceso a la justicia de niños en situación de vulnerabilidad

Mucho se ha avanzado en materia de protección normativa de los derechos de los niños y adolescentes en nuestro país. Encontramos el punto de partida de esa evolución en la Ley Orgánica de los Tribunales del 6 de octubre de 1898, que en su texto abordaba el tema de los niños en situación de vulnerabilidad, regulando la función del Ministerio de Menores. En ese sentido, la norma le otorgaba al Defensor General de Menores la atribución de *“1º. Intervenir en todo asunto judicial que interese a la persona o bienes de los menores de edad, dementes y demás incapaces, y entablar en su defensa las acciones y recursos necesarios, sea directa o conjuntamente con los representantes de los incapaces”* (División de Investigación, Legislación y Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2011, pp. 478-479).

La mencionada ley, en su Artículo 129, inc. 2º, también le otorgaba al Defensor General de Menores la función de *“cuidar de los menores huérfanos o abandonados por los padres, tutores o encargados; tratar de colocarlo convenientemente, de modo que sean educados o se les de algún oficio o profesión que les proporcione medios de vivir”*. Entre las atribuciones del Defensor también se establecía que *“3º. En caso de que los menores tengan bienes, tomará las medidas necesarias para su seguridad y para que se les provea de tutores”*.

El mecanismo para la recepción de denuncias por maltrato hacia niños se encontraba contemplado en la Ley Orgánica de los Tribunales, que le confería al Defensor de Menores el mandato como órgano receptor de denuncias, pues incluía entre sus facultades la de *“atender las quejas que se le lleven por malos tratamientos dados a menores por los padres, parientes o encargados, deduciendo las respectivas acciones judiciales, cuando procedieren, o tomando por sí mismo las medidas convenientes para evitar los hechos que hubieran motivado esas quejas”* (Artículo 129, inc. 4º). Este cuerpo legal también contemplaba en su Artículo 131 que el Defensor General de Menores podía llamar y hacer comparecer a su despacho a cualquiera persona,

cuando a su juicio sea necesario, a fin de pedir explicaciones o contestar a cargos que, por malos tratamientos a menores, incapaces o por cualquier otra causa se formularan. La norma también establecía que en el ejercicio de su Ministerio podía también dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario público requiriendo o solicitando medidas en interés de los menores e incapaces. Además, cabe destacar la amplitud del Artículo 129 inc. 8º que disponía que el defensor tenía como atribución *“ejercer todos los demás actos convenientes para la protección de los menores como lo haría un buen padre de familia”*, así también en su Artículo 132 que establecía que el Defensor General de Menores podía proceder de propia autoridad y extrajudicialmente en la defensa de las personas e intereses puesto bajo su guarda.

Aún permanece en el imaginario colectivo aquello que se encontraba previsto en la ley en tiempos del siglo pasado, cuando los padres podían solicitar al Defensor Público de Menores la internación de sus hijos por mala conducta y es que, en efecto, la ley contemplaba que ese funcionario público podía, de conformidad al Artículo 129, inc. 5º de la Ley Orgánica de los Tribunales, *“recluir con intervención judicial, en lugares adecuados al objeto, a los menores de mala conducta, abandonados, o cuyos padres, tutores o encargados lo soliciten, sin que esta reclusión pueda pasar de un mes”*. En la actualidad, con la doctrina de la protección integral los tratos inhumanos como la reclusión de niños y adolescentes por mala conducta, resultan inadmisibles.

La evolución de los derechos del niño en el Paraguay prosigue con la aparición de la Ley N° 831 *“De Adopción”*, de fecha 7 de septiembre de 1962, posteriormente con la promulgación del Código del Menor, Ley N° 903/81, que fuera derogado por la vigente Ley N° 1.680/01, que también ha sufrido modificaciones.

3. La doctrina de la protección integral y el acceso a la justicia de niños y adolescentes en la jurisdicción de la Niñez y Adolescencia

La doctrina de la protección integral surge a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El cambio de sistema se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países que han adecuado de manera

sustancial su ordenamiento jurídico a dicho tratado. El Paraguay se encuentra entre ellos, al ajustarse a esta doctrina a partir de la ratificación de la Convención por medio de la Ley N° 57/90 y la promulgación de la Ley N° 1.680/01, Código de la Niñez y Adolescencia. En términos generales es posible afirmar que el actual Código de la Niñez y la Adolescencia, constituye un marco de protección integral de derechos de los niños, pues considera a los niños como sujetos de derecho. No se refiere a los niños como incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino como personas en desarrollo. Por eso se les reconocen a los niños los derechos que tienen todas las personas, más una serie de derechos específicos precisamente en atención a que están en proceso de crecimiento. De ahí que, de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Según Mary Beloff, la doctrina de la protección integral abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Otro fundamental aspecto de esta doctrina es que se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, del menor como objeto de derechos, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes (Beloff, 1999, p. 19).

Igualmente resulta importante clarificar que a la luz de la doctrina de la protección integral se consolida la idea del cambio de un Estado intervencionista a un Estado garante, lo cual implica revalorizar uno de sus tres poderes a costa del resto. En este sentido, el Estado a través de su poder ejecutivo o administrador es el encargado de llevar adelante acciones positivas como garante último de la defensa y protección de los derechos de las personas en contraposición con la política estatal intervencionista implementada por su poder coactivo, el Judicial, ante conflictos de tinte social más que jurídico. De este modo, la intervención judicial se ha vuelto subsidiaria. Pero este rol secundario se desvanece cuando el principal obligado incumple los deberes a su cargo, indicándose a la justicia como órgano pertinente para

tender a su rápido y efectivo cumplimiento (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2007, p. 130).

Tal situación se presenta a menudo en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia en los casos en los que a través de medidas cautelares el juez debe ordenar la internación de niños que requieren de terapia intensiva en sanatorios privados, debido a la falta de camas en los hospitales públicos. Esto es lo que se conoce como la exigibilidad judicial, es decir, el cumplimiento efectivo de las políticas públicas por orden del Poder Judicial como una herramienta de *última ratio*, pero necesaria en un Estado Constitucional de Derecho, siendo los jueces encargados, en definitiva, de dar efectivo cumplimiento a ese mandato constitucional.

4. ¿Qué se entiende por acceso a la justicia?

El derecho de acceso a la justicia hace referencia a un conjunto de derechos y garantías que cada Estado debe asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de discriminación, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Esto aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones del mismo la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso (Conde, 2009, p. 192).

En el caso específico de la jurisdicción de la niñez y la adolescencia el acceso a la justicia tiene connotaciones especiales, pues a diferencia de los demás fueros, el sujeto de protección se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad y por lo tanto requiere la observancia de aspectos que posibiliten al niño, niña o adolescente el acceso efectivo a la justicia, ya sea por sí mismo o a través de sus representantes.

5. Niños en situación de vulnerabilidad

Los datos oficiales indican que nuestro país tiene una población de aproximadamente 6,7 millones de personas. Los niños y adolescentes menores de 18 años representan el 39% de este total. La situación de vulnerabilidad en la que viven los niños en el Paraguay es patente, ya que de los 2.600.000 niños y adolescentes que habitan en el país, 1.100.000 viven en la pobreza, que es mayor en zonas rurales, urbanas marginales y pueblos indígenas (Secretaría Técnica de Planificación, s.f.). La pobreza, el hacinamiento, la falta de alimentación, y la violencia son factores que condicionan e inciden negativamente en el ejercicio de derechos de la niñez tornándolos más vulnerables.

Como bien señala el diagnóstico realizado en el marco del Plan Nacional de Desarrollo Paraguay 2030, la pobreza expone a los niños *“a todo tipo de violencia por su indefensión y vulnerabilidad (...) Esta pobreza infantil genera un desarrollo insuficiente de sus capacidades humanas, que los marca definitivamente por toda su vida, e incluso afecta la de sus hijos. Romper el círculo vicioso de la pobreza y alcanzar niveles de desarrollo social y económico sostenibles, requiere trabajar con la población desde los primeros años de vida de niños y niñas, y aún antes, durante el periodo de gestación de la madre. Si además se focaliza en la niñez de los estratos más pobres y vulnerables, el proceso tiene un efecto potenciador”* (Secretaría Técnica de Planificación).

Según el Comité de los Derechos del Niño, los niños en situaciones de vulnerabilidad potencial son, aquellos niños que no viven con sus padres biológicos sino en diversas modalidades de cuidados alternativos; los que no han sido inscritos en el registro civil al nacer; los que viven en la calle; los que están en conflicto, real o aparente, con la ley; los que tienen discapacidades físicas, sensoriales, cognitivas, psicosociales y congénitas, padecen de enfermedades adquiridas o crónicas o presentan serios problemas de comportamiento; los niños indígenas o pertenecientes a otras minorías étnicas; los que pertenecen a grupos religiosos o lingüísticos minoritarios; los que se han casado precozmente.

De igual forma el Comité también se encuentran en situación de vulnerabilidad los que realizan un trabajo infantil peligroso, incluidas sus peores formas; los niños migrantes o refugiados o los niños desplazados o víctimas de trata; los que ya han sufrido violencias; los que son víctimas y testigos de actos de violencia en el hogar y en las comunidades; los que pertenecen a los estratos socioeconómicos urbanos más bajos, donde puede ser fácil conseguir armas de fuego y de otro tipo, drogas y alcohol; los que viven en zonas propensas a los accidentes o las catástrofes, o en entornos tóxicos; los niños afectados o infectados por el VIH/SIDA; los niños desnutridos; los que están a cargo de otros niños; los niños que se ocupan de otras personas o son cabeza de familia; aquellos cuyos padres son menores de 18 años; los niños no deseados, prematuros o provenientes de un parto múltiple; los niños hospitalizados sin supervisión adecuada o sin contacto con sus cuidadores, y los niños expuestos a las tecnologías de la información y la comunicación sin salvaguardias, supervisión ni medios adecuados para protegerse, etc. (Comité de los Derechos del Niño, 2011).

En el Paraguay la población de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad cuenta con mecanismos de protección previstos en la legislación nacional que garantiza su acceso a la justicia, ante los casos de vulneración de derechos fundamentales, en efecto, se garantiza la protección de niños cuando éstos resultaren ser víctimas de maltrato, abandono, explotación infantil, etc. Las herramientas normativas que garantizan estos derechos se encuentran previstas en la Constitución de la República del Paraguay, en el Código de la Niñez y la Adolescencia y en las leyes complementarias que a continuación se desarrollan.

6. El maltrato infantil y su abordaje desde la justicia especializada

El maltrato es definido por la Organización Mundial de la Salud como “los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye

a veces entre las formas de maltrato infantil” (Organización Mundial de la Salud, 2016).

También la doctrina ha señalado que el maltrato comprende *“el abuso, descuido o explotación de niños, se presenta cuando peligran física o mentalmente el desarrollo saludable de toda persona de menos de 18 años de edad. Este riesgo comprende una amplia escala, desde un retardo evolutivo hasta la propia muerte del menor, y puede darse ya sea por acciones o por omisiones llevadas a cabo por el padre, la madre u otras personas responsables del cuidado. En términos generales, el abuso infantil puede ser físico, emocional, sexual o por delegación”* (Goggi, 2002, p. 298).

Ahora bien, debemos tener presente que para un correcto abordaje de las situaciones de maltrato infantil es indispensable la aplicación de las directrices contenidas tanto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como en los principios hermenéuticos consagrados a nivel constitucional. Se debe evitar la revictimización del niño, proteger su intimidad y apoyar a los denunciantes.

En nuestro país la protección de los niños víctimas de maltrato se encuentra primigeniamente garantizada a nivel constitucional en el Artículo 54 que establece su protección asignando a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación, señalando expresamente que cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Así también, se debe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por el Estado Paraguayo por Ley N° 57/90, contempla en su Artículo 9º que la separación del niño de sus padres puede ser necesaria en el caso de que el infante sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

El procedimiento en materia de maltrato se encuentra regulado en el Código de la Niñez y la Adolescencia en su Artículo 191, en la Ley N° 4.295/11 *“Que establece el procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil de la jurisdicción especializada”* y en los Artículos 8º y 9º de la Ley N°

5.659/16 *“De Promoción del Buen Trato, Crianza Positiva y de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes contra el Castigo Físico o cualquier tipo de Violencia como método de Corrección o Disciplina”*.

Así tenemos primeramente que el Artículo 191 de la Ley N° 1.680/01 dispone que, en caso de maltrato del niño, niña o adolescente, recibida la denuncia por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, éste deberá adoptar inmediatamente las medidas cautelares de protección al niño o adolescente, sin perjuicio de las acciones penales que correspondan y siendo la medida abrigo la última alternativa. Las medidas cautelares de protección se encuentran previstas en el Artículo 175 del Código de la Niñez y Adolescencia, recientemente modificado por la Ley N° 6.083/18. En los casos de maltrato infantil las medidas aplicables por antonomasia son la exclusión del hogar del denunciado y la guarda del niño, niña o adolescente a favor de alguien que pueda asumir su cuidado ínterin se sustancia el proceso del maltrato, esto en los casos en los que los progenitores son sindicados como responsables.

El inicio del procedimiento se da con la denuncia, esta puede ser realizada por cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de maltrato físico, psíquico, así como de abuso sexual contra niños o adolescentes. El Artículo 1° de la Ley N° 4.295/11 impone la obligación de denunciar el hecho ante la Fiscalía de la Niñez y la Adolescencia o la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, en ausencia de estas instituciones o ante la dificultad de llegar a ellas, la denuncia podrá realizarse ante el Juzgado de Paz, la CODENI o la Policía Nacional.

En cuanto a la denuncia de hechos de maltrato también encontramos regulado el mecanismo de denuncia en el Artículo 8° de la Ley N° 5.659/16 que dispone que *“toda persona que tenga conocimiento de una violación de los derechos del niño, niña o adolescente establecido en la presente Ley, deberá denunciar inmediatamente a la Policía Nacional o a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) de la localidad, o al Ministerio Público o al Defensor de la Niñez y la Adolescencia”*. Este artículo, a su vez estipula que *“cuando se tenga conocimiento de la comisión de un supuesto hecho punible contra niños, niñas o adolescentes, se deberán remitir de inmediato los antecedentes del caso al Ministerio Público, a los*

efectos de la investigación correspondiente". En ese sentido se debe interpretar que el hecho de maltrato tendrá un tratamiento tanto en la jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, como también en el fuero penal.

La Ley N° 4.295/11 en su Artículo 6º también contempla la derivación penal de la denuncia, señalando que cuando los órganos receptores de la denuncia detectarán, en la posible comisión de hechos punibles contra niños o adolescentes, deberán remitir los antecedentes del caso a la Fiscalía Penal para su investigación y juzgamiento.

Prosiguiendo con el análisis de la legislación nacional sobre maltrato corresponde señalar que la Ley N° 5.659/16 también establece en su Artículo 9º que cuando se tenga conocimiento de un supuesto castigo físico u otros tratos lesivos contra un niño, una niña o adolescente, tendrá intervención necesaria y obligatoria la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia así como el Ministerio Público, a fin de solicitar ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y en ausencia de este ante el Juzgado de Paz de la localidad, la aplicación de medidas de protección que deban disponerse con el fin de amparar al niño, niña o adolescentes que resultare víctima, debiendo en todos los casos emitir el Defensor un dictamen sobre la necesidad o no de la aplicación de la medida de protección prevista en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

En cuanto a la investigación penal, se debe ser muy cauto, dado que no en todos los casos de maltrato es recomendable la derivación penal. En los casos de abuso sexual, y casos muy graves de maltrato físico no cabe la menor duda que sí corresponde la remisión al ámbito penal, sin embargo, en otros casos, es recomendable que el juzgador en base a la sana crítica, omita la remisión pues resulta preferible que los temas que involucran a cuestiones de familia se resuelvan dentro de la justicia especializada de la niñez y la adolescencia, en donde existen herramientas que el juzgado puede poner en práctica a fin de restablecer el derecho del niño a una vida libre de violencia.

Tales herramientas pueden ser los procesos de terapia psicológica, el control periódico a través del equipo multidisciplinario del juzgado u otras estrategias que no necesariamente impliquen un escenario traumático para

la familia, como el que podría generarse al procesar penalmente a los progenitores, que probablemente replican conductas aprendidas durante sus propios desarrollos evolutivos.

En consonancia con lo señalado, conviene traer a colación las directrices emanadas del Comité de los Derechos del Niño que en su Observación General N° 13/11 señala que *“la investigación de los casos de violencia notificados por el niño, un representante del niño o un tercero, debe estar a cargo de profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello y debe obedecer a un enfoque basado en los derechos del niño y en sus necesidades. Se han de adoptar procedimientos de investigación rigurosos pero adaptados a los niños para identificar correctamente los casos de violencia y aportar pruebas a procesos administrativos, civiles, penales o de protección de menores. Se ha de extremar la prudencia para no perjudicar al niño causándole ulteriores daños con el proceso de investigación. Con ese fin, todas las partes tienen la obligación de recabar las opiniones del niño y tenerlas debidamente en cuenta”* (Comité de los Derechos del Niño, 2011).

Se debe aclarar que en virtud al Artículo 26 del Código de la Niñez y Adolescencia, que reconoce el derecho de petición, el niño, niña o adolescente puede por sí mismo presentar y dirigir peticiones a cualquiera de las instituciones mencionadas a fin de obtener protección en caso de encontrarse en situación de maltrato, ello en concordancia con el Artículo 167 del mismo cuerpo legal que establece el carácter del procedimiento en la jurisdicción especializada y que dispone que dicho procedimiento podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente. Esto se encuentra en armonía con la doctrina de la protección integral y el principio de autonomía progresiva, que reconoce al infante como sujeto de derechos, pudiendo por lo tanto ejercer sus derechos fundamentales personalmente de acuerdo a su nivel de madurez.

El sistema FONO Ayuda del Ministerio de la Niñez y Adolescencia es también un órgano receptor de denuncias de maltrato, la nueva Ley N° 6.083/18 que modifica el Código de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 167, dispone que el procedimiento ante la jurisdicción de la niñez puede ser iniciado por el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia. Por lo que se estima

que habiendo sido recibida la denuncia por el sistema de FONO Ayuda, nada obsta a que se proceda a la derivación inmediata de la comunicación directamente al juzgado de atención permanente de la jurisdicción competente.

7. El acceso a la justicia de los niños en situación de calle

El Artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que todos los niños deben estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer la educación del niño, o que pueda ser nocivo para la salud del niño o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Esta norma se encuentra en perfecta concordancia con lo dispuesto en el Artículo 25 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

A pesar de la normativa enunciada, un grave problema social que sigue existiendo en nuestro país es el de los niños que se encuentran en situación de calle. Continúan en discusión posibles soluciones que pongan fin a esta problemática, sobre todo porque en el combate a este flagelo se debe evitar caer en la criminalización de la pobreza, algo muy característico de la doctrina de la situación irregular, enfoque que ha sido ampliamente superado con la actual doctrina de la protección integral. Así teníamos que durante la vigencia de la doctrina de la situación irregular existían en América Latina leyes que disponían la internación de niños por motivos vinculados a la carencia de recursos materiales y morales.

Ahora bien, debemos analizar qué soluciones pueden plantearse desde la jurisdicción de la niñez y la adolescencia, sin caer en las malas prácticas de la doctrina de la situación irregular. Sobre todo, porque en virtud al Artículo 8º del Código de la Niñez y Adolescencia se encuentra prohibido separar al niño o adolescente de su grupo familiar invocando la falta o insuficiencia de recursos. En ese orden de ideas, corresponde traer a colación el caso “Cristina Aguayo vs. Paraguay”. Un caso emblemático que dio origen a una denuncia contra el Estado Paraguayo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y que sentó un precedente importante en nuestro país en lo que respecta a un tema clave como lo es el tratamiento de los niños en situación de calle. En este caso los peticionarios alegaron que el

Estado de Paraguay violó los derechos de los niños *“al arrear en forma masiva a niños y niñas de la calle sin la individualización previa de cada caso para ser separados de sus familias y privados de su libertad, que siempre debe ser la última medida, haciéndose uso excesivo de la fuerza”* (CIDH, 2008). Está claro que el abrigo masivo de niños, sin que se garantice el debido proceso y el derecho a la defensa, no puede volver a repetirse en nuestro país.

Sin embargo, los niños en situación de explotación infantil, precisan ser tutelados por el Estado. Los padres que utilizan a sus hijos en el ejercicio de la mendicidad en lugares peligrosos, que los obligan a realizar malabares u otro tipo de actividades exigiéndoles a sus pequeños traer a la casa un monto por día fruto de su actividad en calle, debe ser perseguido penalmente. Utilizando un razonamiento analógico nos preguntamos ¿Cómo es posible que el progenitor que no cumple con el deber legal alimentario sea procesado penalmente y otro que obtiene ingresos obligando a sus hijos a trabajar en calle, sometiéndolos a innumerables peligros no sea perseguido por la justicia penal? Es así que se espera que un precedente sirva como ejemplo para aquellos padres que además de incurrir en violación del deber de cuidado también son pasibles de ser perseguibles por explotación infantil.

Aunque ésta pareciera una solución fácil no deja de ser compleja, pues la imputación de los padres también genera un impacto negativo en la vida de los niños y además debe ponderarse en cada caso, pues el interés superior del niño también implica su derecho a no ser separado de su familia. El Comité de los Derechos del Niño ha emitido en el año 2017 la Observación General N° 21 sobre los niños de la calle y en cuanto al tema ha expresado que se debe apoyar el mantenimiento de los vínculos existentes entre los niños y sus familias y que *“los Estados no deben separar a los niños de sus familias solamente porque estas trabajen o vivan en la calle. Del mismo modo, los Estados no deben separar a los bebés o a los niños nacidos de los propios niños de la calle. La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar a un niño del cuidado de sus padres, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado. Para evitar la separación a largo plazo, los*

Estados pueden promover modalidades de cuidado temporales” (Comité de los Derechos del Niño, 2017).

En consonancia con lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño, el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia cuenta con un programa enfocado a garantizar la protección de los niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad, denominado programa ABRAZO, según datos oficiales publicados en el año 2016, este programa cuenta con 10.582 beneficiarios únicos, de los cuales el 57,4% son mujeres y el 42.6% son hombres. Estos beneficiarios representan a un total de 3.020 familias. El 34,4% recibe Asistencia Socio Familiar, el 52,4% Transferencia Monetaria con Corresponsabilidad (TMC), el 11,2% Atención Integral y el 2,15 Canasta Básica. En el marco de los programas de Protección Social, el Gobierno Nacional implementa el programa ABRAZO con el objetivo de reducir la pobreza, erradicar el trabajo infantil en todas sus formas, garantizar el cumplimiento de los derechos de niños y brindarles un servicio integral en salud, educación y protección a niños que trabajan en espacios públicos (Sistema Integrado de Información Social, 2016).

Si bien muchas familias son beneficiadas con las transferencias monetarias con corresponsabilidad, siguen existiendo niños en situación de calle. Es ahí donde resulta necesaria la acción del Estado y del aparato judicial. En casos en los que el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia comunique al juzgado que los progenitores siguen exponiendo al niño al trabajo en calle, a pesar de recibir la ayuda social, el juzgado de la niñez y la adolescencia deberá tomar las medidas de protección idóneas para el caso concreto. Se deberá sopesar también la posibilidad de remitir la denuncia al Ministerio Público.

Por otra parte, resulta preocupante la situación de los niños indígenas que se encuentran en situación de calle, pertenecientes a comunidades en donde impera la pobreza y a las que afecta la migración urbana, además, muchos de estos niños y adolescentes corren un alto riesgo de ser víctimas de la explotación sexual y de la trata. El abordaje en estos casos es distinto, pues la aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención, y es que el interés superior del niño indígena *“se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, la aplicación de ese*

derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos” (Comité de los Derechos del Niño, 2009). La judicialización de estos casos debe ser la última *ratio* pues, como un primer paso se debería consultar a la comunidad indígena y dar la oportunidad de participar en la labor de determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general, de forma que se tenga en cuenta el contexto cultural, de conformidad a lo previsto en el Artículo 3º del Código de la Niñez y la Adolescencia que estipula que para determinar el interés superior del niño se respetarán su origen étnico, cultural y lingüístico. El abordaje de estos casos se lleva a cabo generalmente con la ayuda de los educadores pertenecientes a la misma etnia del niño o con la asistencia de asesores especializados que generalmente son antropólogos que conocen la dinámica de la comunidad indígena.

Resulta también importante tener presente que puede haber diferencias entre el interés superior del niño considerado individualmente y el interés superior de los niños indígenas como grupo. Según el Comité de los derechos del niño, en las decisiones judiciales o administrativas relativas a un niño en particular, se deberá determinar el interés superior de ese niño en concreto, no obstante, la consideración de los derechos culturales colectivos del niño forma parte de la determinación del interés superior del niño (Comité de los Derechos del Niño, 2009). En algunos casos, la particular situación de los niños aborígenes ha quedado a la sombra de otros problemas de interés más general para los pueblos indígenas, como son el derecho a la tierra, en ese sentido se debe aclarar que en virtud al Artículo 54 de nuestra Constitución Nacional, el interés superior del niño no puede desatenderse o vulnerarse en favor del interés superior del grupo.

8. Elementos claves para el acceso a la justicia de niños y adolescentes

8.1. Determinación del interés superior del niño

La doctrina ha señalado que el interés superior del niño es *“el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido este por el que más conviene en un momento dado en una*

cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular” (Biocca, 2005, p. 23).

La determinación del interés superior debe realizarse en cada caso que atañe a un niño sometido a un proceso judicial. El Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que el interés superior del niño es un concepto triple, pues es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y también es una norma de procedimiento (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. Por lo tanto, el derecho a que sea considerado el interés superior del niño es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: el interés superior del niño también cumple un fin hermenéutico, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisface de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones tanto positivas como negativas de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, el juzgador deberá explicitar en su fallo 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.

8.2. Capacidad progresiva de los niños y adolescentes

Este principio se encuentra relacionado con la capacidad de los niños de ejercer por sí mismos sus derechos de acuerdo a su nivel de madurez. El término “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al considerar la capacidad de cada niño. La madurez es un término difícil de definir, según el Comité de los Derechos del Niño *“en el contexto del Artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”* (Comité de los Derechos del Niño, 2009).

Así también, conviene señalar que la recepción normativa del principio de capacidad y la vigencia de la patria potestad requieren una actitud conciliadora. Como señala la doctrina argentina *“el ejercicio de progresivo de los derechos fundamentales constituye un derecho en sí mismo, cual es el derecho a la autodeterminación, es decir, el derecho de la niña, niño y/o adolescente a decidir autónomamente respecto a las cuestiones que le afectan. En definitiva, la norma instala en la superficie la necesidad latente de resignificar o armonizar la legislación civil en materia de patria potestad y capacidad con la doctrina de la protección integral de modo de respetar los derechos fundamentales de los niños”* (Gil Domínguez, Fama y Herrera, p. 171).

El principio de la capacidad progresiva torna necesario un análisis de los efectos del asunto en el niño, que también deben tenerse en consideración, pues cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.

A medida que el niño, niña o adolescente se va desarrollando puede ejercer por sí mismo ciertos derechos y asumir mayores responsabilidades. Es así que, en el campo penal, por ejemplo, un adolescente puede ser imputable a partir de los catorce años. Resulta entonces contradictorio que el adolescente pueda asumir las consecuencias de un hecho punible, sin embargo, un padre o madre adolescente deba necesariamente ir acompañado de sus progenitores ante el registro civil de las personas para realizar el reconocimiento de su hijo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha expresado que quien tenga a su cargo aplicar el derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se deberá procurar el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso (Corte IDH, Opinión Consultiva 17, 2002, párr. 102).

Otro aspecto importante y que hace referencia a la capacidad progresiva de los niños y adolescentes, es el derecho a peticionar previsto en el Artículo 26 del Código de la Niñez y Adolescencia, que faculta al niño a presentar y dirigir peticiones por sí mismo ante cualquier entidad o funcionario público, sobre asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna.

8.3. Plazo razonable en la jurisdicción de la niñez

El acceso a la justicia no sólo implica la posibilidad de plantear un caso ante los órganos jurisdiccionales, sino también significa que se garantice al justiciable una respuesta oportuna, es allí en donde otro principio fundamental que afecta particularmente a niños y adolescentes, cobra gran importancia, y es el principio del plazo razonable, por las características especiales de vulnerabilidad en la que se hallan los niños, que los hacen especialmente dependientes del factor tiempo.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Art. 8º inc. 1º, establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Esta disposición rige igualmente para los procesos de la jurisdicción de la niñez, y con mayor razón teniendo en cuenta que cualesquiera que sean las circunstancias difíciles, los niños necesitan obtener una respuesta oportuna y una consideración particular, pues debido al rápido desarrollo que experimentan; son más vulnerables a los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y se encuentran relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades, dependiendo de otros para que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior.

En el conocido caso Fornerón vs. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió al plazo razonable y mencionó que “... *no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales*” (Corte IDH Caso Fornerón vs. Argentina, párr. 105). El fallo de la Corte IDH en el presente caso, alude a la necesidad de que los órganos de la justicia, deben respetar el plazo razonable, de lo contrario, la decisión a pesar de estar debidamente fundada, violaría igualmente el derecho a la tutela judicial efectiva.

El plazo razonable debe ser respetados en todos los juicios en los cuales se discutan los derechos de un niño, y sobre todo en aquellos casos en los que se deba definir la situación de un niño que se encuentra en abrigo, así como en los juicios de pérdida de patria potestad y declaración de estado de adoptabilidad, pues la dilación puede producir como ya se expresara, efectos adversos que podrían afectar de por vida al niño, niña o adolescente.

8.4. El derecho de los niños y niñas a ser oídos

El derecho a ser oído se encuentra tutelado en el Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y en los Artículos 3º y 167 del Código de la Niñez y Adolescencia. También en el proceso de adopción previsto en la Ley N° 6.486/20, en el Artículo 80 inc. a, que estipula que el niño desde la edad de ocho años deberá prestar su consentimiento para la adopción y en el Artículo 86 se establece que el juez deberá oír al niño, niña o adolescente y verificará de conformidad al inc. 4 que la opinión del niño haya sido tenida en cuenta por el Centro de Adopciones para seleccionar a los postulantes más idóneos.

Los niños son sujetos de derecho y como tales su opinión debe ser oída y tenida en cuenta por el órgano judicial. Este derecho debe ser garantizado siempre y cuando el niño se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio. Ello no debe entenderse como una limitación, sino como una obligación para los juzgados de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible, por lo tanto, los operadores de justicia no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, se debe partir del supuesto de que el

niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

Un aspecto fundamental para el ejercicio del derecho a ser oído es la observancia de las condiciones en las que el niño será escuchado, debe tenerse en cuenta la situación individual y social del niño en cuestión, garantizando que sea oído en un entorno en el cual el infante se sienta respetado y seguro. Para esos efectos resulta clave que cada juzgado cuente con un profesional psicólogo y que las audiencias en las que participe un menor de edad se lleven a cabo en un lugar amigable en el que se respete su privacidad a fin de evitar la revictimización del niño.

En cuanto al derecho de los niños a no ser revictimizados, cabe traer a colación la nueva Ley N° 6.202/18 *“Que adopta normas para la prevención del abuso sexual y la atención integral de los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual”* que establece en su Artículo 4º, inc. d) el derecho del niño a ser oído y a expresar sus opiniones y preocupaciones, así también dicha ley contempla en su artículo inc. g) el derecho a ser protegido de toda forma de revictimización.

En las audiencias en las que es oído el niño tienen participación indispensable el juez, el defensor de la Niñez y Adolescencia, el fiscal de la niñez, y en caso que lo requiera el juzgado, el psicólogo forense. Los progenitores u otras partes del proceso no presencian la audiencia del niño. La participación del defensor es fundamental pues ejerce la defensa del niño y además porque deberá plasmar en su dictamen la opinión del menor de edad y tenerla en cuenta en los juicios en los que se desempeña como contralor del proceso.

En cuanto a las situaciones que exponen al niño a la revictimización, resulta pertinente señalar que el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 12, ha hecho hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos, pues el proceso de escuchar a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el mismo (Comité de los Derechos del Niño, 2009).

9. El defensor de la Niñez y Adolescencia

El derecho a la defensa es un derecho humano elemental e imprescindible. El defensor de la Niñez y Adolescencia es un actor estatal clave que permite efectivizar el derecho humano al acceso a la justicia de los niños en situación de vulnerabilidad ante la jurisdicción especializada. Tiene la facultad de iniciar en forma gratuita el proceso más idóneo para el niño, niña o adolescente, por lo que su rol es fundamental para lograr el eficaz ejercicio de los derechos procesales del niño. Sus funciones están reguladas en el Código de la Niñez y Adolescencia en los Artículos 162, 163 y 164, en concordancia con los Artículos 74, 167 y 168 de dicho cuerpo legal y en la Ley N° 4.295/11 “Que establece el procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil de la jurisdicción especializada” y en los Artículos 8° y 9° de la Ley N° 5.659/16 “De Promoción del Buen Trato, Crianza Positiva y de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes contra el Castigo Físico o Cualquier tipo de Violencia como método de Corrección o Disciplina”.

Las atribuciones del defensor de la Niñez y Adolescencia también se encuentran previstas en la Ley N° 4.423/11 “Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública” que en su Artículo 27 dispone: *“el Defensor Público de la Niñez y la Adolescencia tiene las siguientes funciones y atribuciones: 1. En los procesos de la jurisdicción especializada, podrá intervenir en carácter de Defensor Técnico en cuanto al ejercicio de la acción, o en su carácter de Defensor Contralor en cuanto a la observancia de los derechos y garantías reconocidos en la Ley 2. Para el ejercicio de su ministerio, el Defensor de la Niñez y la Adolescencia, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 59 de la presente Ley, no requerirá de la tramitación del beneficio de litigar sin gastos, ya sea que intervenga en su rol de defensor técnico o contralor”*. Asimismo, por Resolución de Defensoría General N° 1592/14, de fecha 2 de diciembre de 2014, fue aprobado el Manual de Funciones del defensor de la Niñez y Adolescencia.

Además, debe realizar personalmente las visitas a los niños que representa y que se encuentran en hogares de abrigo, ello conforme al Observatorio implementado conforme a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, dispuesto por Resolución de Defensoría General N° 259 de fecha 22 de febrero de 2013.

El defensor de la Niñez y Adolescencia vela por derechos del niño o adolescente en su carácter de defensor técnico, inicia e impulsa los juicios de maltrato, pérdida de patria potestad y declaración de estado de adopción, debe requerir las medias de protección que considere necesarias. También inicia juicios a petición del niño o adolescente, tal es así que en caso de que una madre adolescente precise iniciar juicio de filiación o asistencia alimenticia a favor de su hijo, quien representará a la menor de edad será el defensor de la Niñez y Adolescencia.

El defensor del niño es quien tutela los derechos humanos de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad ante los juzgados de la niñez, pues debe requerir el cumplimiento de los plazos procesales y términos legales en la substanciación de los casos sometidos a la jurisdicción y ante la inobservancia reiterada de los juzgados y tribunales denunciar las trasgresiones a la Corte Suprema de Justicia. Además, en el ejercicio de sus funciones puede acceder en cualquier momento a locales donde se encuentren niños o adolescentes que requieran su asistencia, por lo que teniendo en cuenta estas funciones, inclusive podríamos asimilarlo con un Ombudsman de los Niños.

La nueva Ley N° 6.486/20 *“De promoción y protección del derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, que regula las medidas de cuidados alternativos y la adopción”*, en su Artículo 30 incorpora nuevas obligaciones de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia que agilizan el acceso a la justicia, entre ellas, en su inciso 6, faculta al defensor a adoptar medidas de urgencia de protección en caso de que la situación lo amerite, debiendo comunicar al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y, en ausencia de éste, al Juzgado de Paz, en el plazo de 24 (veinticuatro) horas.

Otro aspecto que facilita el proceso se encuentra contemplado en el inciso 9, que faculta al defensor a solicitar la tramitación de los documentos del niño, niña o adolescente ante cualquier autoridad o funcionario público, en particular los relativos a su derecho a la identidad, debiendo los mismos ser expedidos gratuitamente.

Así también, el defensor podrá, de conformidad al inc. 11 del Artículo 30, solicitar la colaboración de la Policía Nacional a los fines del cumplimiento de sus funciones en caso que la situación lo amerite.

10. Las 100 Reglas de Brasilia

Estas reglas establecen las bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. Se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas y el trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Si bien la identificación de los factores de vulnerabilidad efectuada por las 100 Reglas de Brasilia, se adecua a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, es importante señalar que la lista de los grupos cuyo tratamiento se aborda efectivamente no debe ser entendida como exhaustiva.

La adopción de estas reglas demuestra una creciente toma de conciencia acerca de las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de cualquier otro derecho que no son de carácter individual, sino social o grupal. Esto significa que las dificultades experimentadas por las personas para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Parte de la evolución contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos ha seguido esta línea de interpretación: la adopción de instrumentos tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la reciente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituyen buenos ejemplos de este proceso (Guzmán y Courtis, 2008, p. 54).

En cuanto al acceso a la justicia de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, las 100 Reglas de Brasilia han dejado en claro que la edad importa una condición de vulnerabilidad, pues presenta especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia (Regla 3). Esta condición de vulnerabilidad comprende todo niño, niña y adolescente (o sea, persona menor de dieciocho años de edad), excepto que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Indica que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos

del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5) (Kemelmajer, 2015, p. 15).

En nuestro país las “100 Reglas de Brasilia”, fueron adoptadas por el Poder Judicial a través de la Acordada Nº 633 el 1 de junio de 2010. Desde su adopción se han realizado a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia sendas actividades de capacitación a los efectos de su implementación por parte de los operadores de justicia.

11. Conclusión

El acceso a la justicia de los niños en situación de vulnerabilidad ha evolucionado favorablemente en nuestro país. Han sido superadas aquellas normas que identificaban a las personas menores de edad como seres sin autodeterminación. La doctrina de la protección integral constituye el nuevo norte que debe guiar las decisiones que, en materia de Niñez y Adolescencia, se tomen por parte de los órganos judiciales y administrativos.

Los derechos y principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño deben ser de aplicación operativa dentro de la jurisdicción de la niñez y el interés superior del niño debe primar en todos los juicios, en consonancia con el principio hermenéutico consagrado en el Artículo 54 de la Constitución Nacional prevé que, existiendo conflicto de intereses, los derechos del niño deberán prevalecer en todos los casos.

La jurisdicción de la niñez cuenta con sendas herramientas normativas para precautelar los derechos de los niños en situación de vulnerabilidad. Las nuevas leyes que regulan el procedimiento de maltrato infantil ante la jurisdicción especializada, llenaron los vacíos legales existentes y se adecuan a lo que exigen los estándares a nivel internacional en materia de protección de la niñez.

El defensor del niño cumple un rol fundamental a la hora de efectivizar los derechos de los niños ante la jurisdicción especializada y la adopción de las 100 Reglas de Brasilia denota que existe por parte del Poder Judicial una firme intención de precautelar los derechos de las personas vulnerables que acuden al órgano jurisdiccional.

Sin embargo, aún siguen existiendo situaciones preocupantes que indican que a pesar de que se han dado pasos importantes en la búsqueda del respeto de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes en el Paraguay, aún queda mucho por andar para lograr el cumplimiento irrestricto de la tutela judicial efectiva y el respeto del plazo razonable. Sigue siendo un tema pendiente la erradicación de la explotación infantil, la trata, el maltrato y otras realidades que vulneran los derechos de los más pequeños.

Ante ese escenario se requiere del compromiso de todas las instituciones que trabajan en políticas públicas destinadas a la niñez, las cuales deben ser dotadas de suficiente presupuesto, proveer a los juzgados y tribunales de los equipos multidisciplinarios y de todas las herramientas para su correcto funcionamiento, además de constantes capacitaciones generando espacios de intercambio de experiencias y de buenas prácticas, a fin de cumplir los postulados consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, de cara a lograr con ello una justicia más humanizada para las nuevas generaciones.

Bibliografía

Guzmán, A. y Courtis, C. (2008). *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. En M. P. Defensa, Defensa Pública. Garantía de Acceso a la Justicia. Buenos Aires: La Ley.

Beloff, M. (1999). *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*. En UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño*. Santiago de Chile.

Biocca, S. M. (2005). *Interés superior del niño*. *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (30).

Goggi, G. (2002). *Protección del Niño contra la Violencia*. En I. M. (directora), *Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).

CIDH (2008). *INFORME N° 16/08*. Recuperado el 18 de 5 de 2018, de Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Paraguay12359.sp.htm>

Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General N° 11 sobre Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.

Comité de los Derechos del Niño (2017). Observación General N° 21 sobre los Niños de la Calle.

Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General N° 12 sobre el Derecho del Niño a ser Escuchado.

Comité de los Derechos del Niño (18 de abril de 2011). Observación General N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General N° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Conde, M. D. (2009). El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 191.

División de Investigación, Legislación y Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia (2011). *El Poder Judicial en el Paraguay sus orígenes y organización*. Asunción: CSJ.

Gil Domínguez, A., Fama, M., & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia* (1° ed., Vol. 1). Buenos Aires: Ediar.

Kemelmajer, A. (3 de noviembre de 2015). *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*. Recuperado el 15 de junio de 2018, de Colectivo Derecho de Familia: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

Ministerio de Relaciones Exteriores (16 de 8 de 2011). *Ministerio de Relaciones Exteriores*. Recuperado el 18 de 5 de 2018, de Acuerdo de Solución Amistosa Caso 12359 Caso Cristina Aguayo y otros:

<http://www.mre.gov.py/Sitios/Adjuntos/infoddhh/Docs/ASA%20Cristina%20Aguayo.pdf>

Opinión Consultiva O.C. N° 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Corte IDH 28 de agosto de 2002).

Opinión Consultiva O.C. N° 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Corte IDH 28 de agosto de 2002).

Organización Mundial de la Salud (2016). *Maltrato Infantil*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>

Secretaría Técnica de Planificación (s.f.). *Grupos en situación de vulnerabilidad-Diagnóstico*. Recuperado el 15 de junio de 2018, de Plan Nacional de Desarrollo Paraguay 2030: <http://www.stp.gov.py/pnd/ejes-estrategicos/diagnosticos/grupos-en-situacion-de-vulnerabilidad/>

Sistema Integrado de Información Social (8 de mayo de 2016). *Gabinete Social*. Recuperado el 29 de junio de 2018, de Programa Abrazo: <https://www.siis.gov.py/estadisticas-siis/el-dato-del-dia/el-programa-abrazo-de-la-secretaria-nacional-de-la-ninez-y-l>

UNICEF (s.f.). *UNICEF*. Recuperado el 19 de 5 de 2018, de Convención sobre los Derechos del Niño: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html



El derecho del niño a ser oído y su relación con el principio de autonomía progresiva

Bettina Ovando Bareiro *

Resumen

El derecho de la niña, el niño y el adolescente a ser oído constituye un compromiso internacional asumido por los países al ratificar la Convención de los Derechos del Niño (CDN) que lo contempla como una de sus directrices principales. Su aplicación no debe limitarse exclusivamente a los procesos judiciales sino también debe contemplarse en el ámbito administrativo. Es importante destacar que la posición de los padres o del Defensor de la Niñez y la Adolescencia no siempre coincide con la del niño quien, como persona en desarrollo, tiene el derecho a que sus pretensiones sean atendidas en un tribunal contando con la asistencia legal cuando sus intereses están en juego.

Palabras claves: *niño, derecho a ser oído, autonomía progresiva, Convención de los Derechos del Niño, abogado del niño.*

* Defensora de la Niñez y Adolescencia. Especialista en Niñez y Adolescencia con énfasis en Políticas Públicas. Máster en Política y Conducción Estratégica (IAEE) (2003). Egresada de la Escuela Judicial (2002). Actualmente en espera de mesa para Defensa de Tesis, en la Maestría Internacional en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, en la Universidad Iberoamericana.

1. Introducción

Resulta imperioso abordar el tema de la participación de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), materializándose a través del derecho a ser oídos, teniendo en cuenta su madurez y desarrollo, en concordancia con el principio de autonomía progresiva.

La participación de las NNA, es un derecho que debe materializarse en los ámbitos tanto jurisdiccionales como administrativos. Estos principios/derechos que se analizarán, valdrán para ir visibilizando con mayor fuerza la calidad de personas sujetos de derechos de NNA.

Tanto la Constitución Nacional (20 de junio de 1992) el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 1.680/01, 30 de mayo de 2001), como otras leyes especiales en la materia, incorporaron los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 57/90, 20 de setiembre de 1990), proporcionando una visión más humanizada de la niñez y la adolescencia. Por ende, la normativa jurídica nacional, respeta la mirada de las NNA, como sujetos de derechos humanos. “Los niños no deben ser considerados ‘objetos de protección segregativa’ sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo ...” (Opinión Consultiva O.C. N° 17/2002, 2002). La Ley N° 57/90, contiene los principios del interés superior del niño, el de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a que esa escucha sea tenida en cuenta, el derecho a vivir y crecer dentro de la familia, a tener una identidad, a los alimentos entre otros tantos (Kemelmajer de Carlucci, de Molina, & F.,(2015) La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial, p. 10).

Primeramente, se trabajará en el entendimiento de las NNA como sujetos de derechos a la luz de la Convención, al derecho a ser oído y a lo que implica el principio de la autonomía progresiva, aclarando que este principio último sigue siendo motivo de estudios doctrinarios y fallos internacionales, lamentablemente no así de nacionales.

Así también, se irá viendo cuando se considera que las NNA, sujeto de derechos, se encuentran en condiciones de emitir su opinión y cómo ingresa

el principio de autonomía progresiva en lo que hace a la participación, en los procesos judiciales o administrativos.

Indudablemente el hecho de que el principio de la autonomía progresiva este inserto en las leyes nacionales (Ley N° 1.680/01 y Ley N° 1136/97), vino a debilitar el régimen de la capacidad contemplado en el Código Civil Paraguayo, en lo que respecta a capacidad e incapacidad, este binomio como lo llama, la jurista argentina María Victoria Famá, ya que ahora el punto de partida es la autonomía progresiva de las NNA, siendo hoy la regla, a mayor autonomía, menor representación en el ejercicio de los derechos, imponiendo un cambio en los procesos judiciales o administrativos, donde estén involucrados.

2. Niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos

A la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, le debemos el reconocimiento jurídico de las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, dignos de una protección diferenciada de la que, para esos mismos derechos, reciben los adultos a fin de asegurar que el interés de las NNA tenga prioridad ante otro interés legítimo.

Más allá del peso y el cambio del paradigma con la que están las disposiciones, la CDN ha dado un impulso a los derechos estatales para su innovación en el reconocimiento de los derechos de las NNA. Ciertamente, la CDN ha ejercido sobre los Estados partes una fuerza expansiva cuya señal, desde la entrada en vigor del convenio, no ha cesado de transmitirse en el reconocimiento y transformación de la normativa aplicable. La CDN se ha utilizado en el mundo para promover y proteger los derechos de la niñez y adolescencia. Desde su aprobación, por casi todos los países del mundo se han dado avances considerables en la implementación y desarrollo del derecho a la supervivencia, la salud y la educación, a través de la asistencia de bienes y servicios esenciales; así como un reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de establecer un entorno protector que defienda a las NNA de la explotación, los malos tratos y la violencia. Ninguna otra norma internacional ha ejercido sobre el ordenamiento jurídico local como motor de cambio con la misma fuerza y la misma perseverancia.

El compendio de estos derechos cumple este 2018 veinte y nueve años, su nacimiento representó un arduo trabajo en el que participaron varios países, por ende, diferentes culturas y religiones; quienes en conjunto consiguieron como resultado la creación del acuerdo en cuestión, el cual, ha sido universalmente aceptado y ratificado por todos los países miembros con excepción de Estados Unidos; y que en palabras de (Cillero Bruñol, 1999), “representa la renovación de aspectos esenciales como: “la relación del niño con la familia, los derechos y deberes de los padres y la responsabilidad de la sociedad civil respecto de la infancia en general” (p. 13).

A partir de la CDN, los Estados partes empezaron a internalizar la moderna doctrina en sus legislaciones, ahora las NNA, con cuya designación según los doctrinarios se da al cambio de paradigma en el tratamiento de la infancia, dejando atrás la mirada de objeto de tutela a legítimos sujetos de derechos, cuyos destinatarios no serán sólo quienes se hallen en situación de irregularidad o vulnerabilidad social, sino a toda la niñez y adolescencia en general. Esta nueva mirada lleva a la nueva noción jurídica de la infancia que da paso a la consideración de la infancia bajo una protección integral, con la que “se propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial, de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres” (Gil Domínguez, Fama, & Herrera, 2006, p. 540).

“Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada periodo de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo” (Minryersky, 2009, p. 133).

Las NNA, poseen la capacidad para ejercer por sí mismos sus derechos, en concordancia con su desarrollo y madurez, por lo que no se desconoce que ese derecho subjetivo lo va ejerciendo por sí o por medio de sus representantes (progenitores, tutores o guardadores), tal lo establece el Artículo

5º de la Ley N° 57/90, cuando establece: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consecuencia, *en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención*” (las cursivas son nuestras), este artículo va en concordancia con el Artículo 3º de la Ley N° 1.680/01, que establece: “... Se entenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”. Esto significa que a través del crecimiento y madurez, los NNA van adquiriendo mayor conciencia de sus actos.

En la antigüedad las NNA eran totalmente incapaces de ejercer por sí mismos sus derechos, con el cambio de paradigma esto ya no es así, ya que hoy a través de su derecho a ser oído consiguen efectivizar el ejercicio de sus derechos. Si bien es cierto, el derecho impone la representación legal de las personas menores de edad a sus progenitores o tutores, ello es como un beneficio, al efecto de poder hacer uso de sus derechos y favorecerse de ellos, nunca esa incapacidad debe ser una limitación para que las NNA puedan gozar de todos los derechos humanos. Hay que tener en cuenta, que el derecho va evolucionando y las leyes deben de interpretarse a la luz de la realidad social, cultural del momento, en que se lo aplicará.

3. El derecho a ser oído

La propia Ley N° 57/90 establece en su Artículo 12 que:

“1. Los Estados Partes garantizaran 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, 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”.

El artículo arriba transcripto posibilita en principio que las NNA de manera personal se encuentren habilitados a participar tanto en cuestiones personales como colectivas. Es sumamente importante que los Estados provean espacios acordes a fin de dar cumplimiento a este derecho, ya que ellos (los Estados) no pueden ignorar éste derecho, al contrario, debe estar incorporado en las normas legales internas y debe arbitrarse los medios para efectivizarlos.

El derecho a ser oído es reconocido tanto en el sistema internacional, como en el nacional y en este sentido la Ley de Adopciones, Ley N° 1.136/97 (22 de octubre de 1997), en su Artículo 19, segundo párrafo establece que: “En todos los casos el juez tendrá en cuenta la opinión del niño respecto de la adopción. En caso de menores de doce años, el juez valorará la opinión del niño sobre la base de su desarrollo y madurez”.

Por su parte el Artículo 92 *in fine* de la Ley N° 1.680/01 establece: “En todos los casos de conflicto, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo”. En el Artículo 93 del mismo cuerpo legal, dispone: “En caso de separación de los padres y de existir controversia sobre la tenencia del hijo, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y resolverá teniendo en cuenta la edad y el interés superior del mismo”. Por último, en el Artículo 167 de la ley en estudio preceptúa: “El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez”.

En las 100 Reglas de Brasilia que fuera implementada por el país mediante la Acordada N° 633 del año 2010, emitida por la Corte Suprema de Justicia en su Regla 78 preceptúa:

“Participación de niños y adolescentes en actos judiciales: En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.

-
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
 - Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares. En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral”.

A fin de tener una mayor comprensión de lo que implica el derecho a ser oído, es bueno traer a colación la Observación General N° 12 (2009) emitida por el Comité de los Derechos del Niño, el cual realiza un análisis pormenorizado del Art. 12 de la Convención, refiriendo que los Estados partes tienen la obligación jurídica de reconocer ese derecho y a que dicho derecho esté inserto en su sistema debiendo para eso adaptar sus leyes internas para efectivizar el goce pleno de ese derecho.

Sigue refiriendo dicha Observación, que el derecho a ser oído, es un derecho y no una obligación. Lo que sí es una obligación para los Estados partes, asegurarse de que las NNA reciban toda la información necesaria y asesoramiento a fin que la opinión que exprese sea lo mejor a su interés superior.

Este derecho, es un principio innovador que consiste en la formación un juicio propio por parte de las NNA, el cual puede expresar libremente, y por ello, debe ser escuchada. Reconociéndose así, de modo tácito, tanto la autonomía y subjetividad de éstos, como el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones que tomen los adultos.

El derecho de los niños a ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta además de tener dimensión propia, están estrechamente vinculado con otro de los principios fundamentales de la Convención: la idea de que el interés del niño ha de ser entendido como superior y, por tanto, ha de tener la consideración de primordial en los procesos de adopción y de decisiones que le afecten (Art. 3.1 CDN).

Es más que sabido que este principio es una regla, en todos los asuntos en que las NNA se encuentren involucrados y que “se encuentra presente en todo discurso público referido a la infancia y fundamento obligado en los

pronunciamientos judiciales que se relacionan con la persona del niño” (Grosman, 1998, p. 262).

El interés superior del niño, es un principio orientador y transversal, dirigido a la plena satisfacción de los derechos de las NNA, ¿la principal pregunta que se desprende de esta normativa es ¿qué se entiende o implica por el “interés superior del niño” y cuál es su relación con el derecho a ser oído?

En este sentido, el derecho del niño a ser oído cobra gran relevancia. Sin embargo, el hecho de que las NNA puedan manifestar su posición, también tiene su lado complejo, porque muchas veces los intereses no están acordes con los de la sociedad, la familia y su propio interés, y es ahí donde el juez o el adulto que tome la decisión, debe fundamentar o justificar el motivo de apartamiento a la opinión y deseo de las NNA.

Este derecho a ser oído como se vio está reconocido a nivel internacional como también se verá en la esfera regional, en lo que a derechos humanos concierne. Es así que, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 10 dice que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N° 5/92, 07 de mayo de 1992) establece en su Artículo 14 que: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías...”.

Por su parte se encuentra en el artículo 18, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”.

También encontramos este derecho/garantía en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley N° 1/89, 13 de junio de 1989), específicamente en el Artículo 8º que dice:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en

la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

El Artículo 12 de la Ley N° 57/90, reconoce en forma general el derecho de todo niño a expresar su opinión en asuntos públicos y privados. “Este derecho puede ser en forma individual o grupal” (Beloff, Deymonnazm, Herrera, Freedman, & Terragni, 2012, p. 520) y al respecto de eso el Comité de los Derechos del Niño dice: “La observación general está estructurada de acuerdo con la distinción que hace el Comité entre el derecho a ser escuchado de cada niño individualmente y el derecho a ser escuchado aplicable a un grupo de niños (por ejemplo, los alumnos de una clase, los niños de un barrio o de un país, los niños

con discapacidades o las niñas). La distinción es pertinente porque la Convención estipula que los Estados partes deben garantizar el derecho del niño a ser escuchado en función de la edad y madurez del niño” (O.G. N° 12, *El derecho del niño a ser oído*, párr. 9).

4. La participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos

Las NNA participan generalmente de manera indirecta a través de sus representantes legales que la mayoría de las veces son los progenitores, lo que no es menos cierto es que en gran número de casos existe una actuación directa de las NNA, que se materializa, en el momento de ser escuchados por el juez.

El derecho a ser oído, como se vio se encuentra como regla en la Ley N° 1.136/97 (Art. 19), al igual que en varios articulados de la Ley N° 1.680/01. En las 100 Reglas de Brasilia, queda claro que la edad es una condición de vulnerabilidad, encontrando especial dificultad para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Regla 3).

Este estado de vulnerabilidad incluye a NNA menores de dieciocho años de edad, salvo que hayan alcanzado antes la mayoría de edad en virtud a la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (Regla 5).

Como bien expresa Aída Kemelmajer de Carlucci para la OG 12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como un principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño o adolescente, sean en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera.

De las normas internacionales y nacionales, excepto la Ley N° 1.136/97, no se fija una edad mínima determinada para que las NNA accedan a esa participación. Es oportuno referir que toda persona menor de edad, tiene el derecho a opinar sin condicionamiento alguno, sabiendo que dicha opinión no tendrá carácter vinculante para la decisión que el juez podrá

adoptar, sin soslayar el papel que juega en esa escucha la autonomía progresiva (por ejemplo, no tiene el mismo impacto la negativa de un adolescente de 16 años a mantener la comunicación con uno de los progenitores, que la de un niño de 5 años, en el que probablemente exista algún grado de condicionamiento por parte del otro progenitor) (Apel. Trelew (Chubut), República Argentina, sala A, 21/8/2015).

Un punto importante y que lastimosamente se encuentra ausente en la normativa nacional, es la necesidad de que el juez al momento de apartarse de la voluntad de las NNA, debería en su resolución argumentar los motivos que expliquen tal apartamiento, bajo pena de nulidad, casuística contemplada jurisprudencialmente en otros países de la región.

Resumiendo, se tiene claro que para ejercer este derecho no es requisito contar con una determinada edad, lo primordial es tener en cuenta el principio de la autonomía progresiva (madurez y edad), ya que ello determinará la forma de la escucha y el valor de la misma, a fin de que el juez forme su opinión. Recordar que la escucha de las NNA, es una obligación del juez y que contrariar ello sería trasgredir el mandato constitucional. En este punto es oportuno dilucidar si la convocatoria a las NNA a una audiencia para ser oídos ¿es facultad o es una obligación para los mismos?

Claramente es posible afirmar que no es una obligación, ni una carga procesal para las NNA, puesto que la normativa supranacional contempla el derecho a ser oído *libremente*, por lo tanto, no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión u obligarlo a hacerlo.

En la práctica de los tribunales de la Niñez y la Adolescencia, por lo general las partes (actor, demandado, defensor de la niñez y la adolescencia) solicitan la fijación de dicha audiencia, rara vez el juzgado de oficio dispone tal escucha y en menor caso el o la propia adolescente peticiona ser escuchada. Las NNA pueden pedir o no dicha escucha, si lo hacen, el juez debe conceder y otorgarles un ambiente adecuado a fin de que puedan manifestarse en un clima propicio, que le genere confianza.

Ahora es diferente y conviene definir si el juez tiene la obligación de citar a las NNA, dando cumplimiento a los preceptos legales.

Cuando el proceso vierte sobre derechos personales como podría ser régimen de convivencia, régimen de relacionamiento, venias para viajar, guarda, entre otros, la respuesta sería que sí, dejando a criterio de las NNA si quieren o no comparecer, es decir, tienen la facultad de usar o no ese derecho. En caso de no comparecer, se considera que el Defensor de la Niñez y la Adolescencia (Art. 163 inc. c) Ley N° 1.680/01), debe verificar que esa negativa a comparecer a la citación realizada por el juzgado, sea propio de las NNA, y no condicionado por los adultos que los rodean.

Ahora cuando se tratan de cuestiones exclusivamente patrimoniales sea en el ámbito de la Niñez y la Adolescencia o en el fuero Civil, la jurista Kemelmajer refirió al respecto que “no se puede dar una respuesta única para todos los casos, dejando la decisión al juez, quien deberá ponderar razonablemente el objeto del juicio, la edad de las NNA como también las circunstancias que rodean el conflicto” (Kemelmajer de Carlucci, de Molina, & F. La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial, 2015, p. 63). Lo que queda por afirmar es que la CDN al prever la frase “*Todo procedimiento judicial*”, habilita la posibilidad de desarrollar dicho derecho en cualquiera de la sedes y materias que prevé la organización judicial del país en cuestión.

5. Formas de efectivizar el derecho a ser oído y elementos a considerar en el valor de la escucha de niñas, niños y adolescentes

En este apartado se verá cómo efectivizar los derechos de las NNA, a ser oídos, así también los elementos a considerar al momento de la valorización de la escucha, a fin de que las decisiones tomadas en relación a la misma, sea sobre la base del principio del Interés Superior del Niño.

6. La audiencia con el juez

A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 3º y 12 de la Ley N° 57/90, en concordancia con el Código de la Niñez y la Adolescencia, cuyos artículos ya se citaron y transcribieron en puntos más arriba del pre-

sente trabajo, es muy importante efectivizar el derecho de las NNA a ser escuchados (terminología utilizada en la CDN), a través de una audiencia ante el juez.

Es tan importante que esa audiencia lo realice el juez en forma personal (principio de inmediatez), debiendo estar acompañado del equipo multidisciplinario (auxiliares de justicia: psicólogos), o peritos (de señas, lengua) en caso de ser necesario y obviamente del Defensor de la Niñez y la Adolescencia.

Como ya se mencionará, esa audiencia puede ser peticionada por cualquiera de las partes (padres, tutores, responsables, defensor del niño) e incluso podrá ser otorgada por el propio juez de oficio (principio de oficiosidad), supuesto que no condice con el actuar judicial de hoy en día.

El magistrado al momento de llevarse a cabo la escucha de las NNA, lo debe hacer como ya se dijo de manera directa o personal, teniendo en cuenta las pautas mencionadas en las 100 Reglas de Brasilia, en la Regla 78, ya transcripta anteriormente, que refiere que la audiencia debería ser en un lugar agradable, también dice acerca de la importancia del lenguaje, el cual debe ser sencillo, de fácil comprensión, evitar rigorismos en la postura, tener en cuenta la edad de cada menor de edad a fin de poder valorar sus opiniones en razón a su edad y desarrollo integral. Lo importante es escuchar, conforme a su madurez cognitiva, que no tiene que ver con su edad.

Cuando se trate de niños pequeños, el juzgador deberá tomar en consideración, también, las restantes manifestaciones no verbales de los sentimientos (pesadillas, pérdida o incremento del apetito, agresividad y hacia quien o quienes va dirigida, etcétera). Oír al menor de estas formas permite dejar de lado el concepto de edad, que tantos problemas ha traído en el ámbito doctrinario jurisprudencial, por cuanto esta forma de evaluación puede ser realizada desde muy temprana edad y su interpretación se correlaciona siempre con el nivel de desarrollo alcanzado por el menor (Stilerman, 2016, p. 254).

7. La evaluación psicológica

En la Jurisdicción Especializada de la Niñez y Adolescencia, como en el fuero Penal Adolescente, se da intervención al equipo asesor de la Justicia, con el objeto de que los peritos psicólogos, a través de la evaluación realizada, se expidan acerca de la madurez de la persona menor de edad, sea víctima o victimario, dentro de un proceso, a fin de poder determinar acerca de su desarrollo psíquico, o sea, poder determinar su madurez psicosocial.

La inserción del psicólogo, como auxiliar de justicia, es desde el rol de perito quien, al igual que los demás integrantes del equipo asesor de la justicia, ayuda a que el juez pueda contar con un panorama más acabado acerca de los hechos, sobre los que deberá pronunciarse, conforme a la normativa aplicable.

Siendo su informe un medio de prueba, dentro de un proceso, es menester que el psicólogo cuente con conocimientos jurídicos, que le ayuden a cumplir con su cometido, de una mejor manera, teniendo en cuenta las necesidades de cada caso particular, pudiendo efectuar recomendaciones en base a las conclusiones arribadas.

Es importante que los informes periciales mencionen los instrumentos de medición utilizados, los cuales, en lo posible, deben ser confiables, conducentes y pertinentes así mismo, deberían contar con citas bibliográficas, a fin de darle fuerza a la conclusión arribada, sustentada en posturas de la comunidad científica.

El peritaje psicológico contiene gran cantidad de elementos diversos y de gran complejidad que requiere de una evaluación a conciencia, detallada y cuidadosa por parte del examinador ya que compromete la vida de los individuos en todos sus niveles y áreas de ajuste por lo cual cualquier error u omisión en algún detalle puede resultar verdaderamente nocivo para el proceso y para la información que se proporciona a la instancia legal que solicita la prueba sin contar además con el compromiso legal, ético y profesional involucrados en el quehacer del ejercicio profesional.

8. Edad de los niños y adolescentes

A lo largo del presente trabajo se vio que la CDN, no establece una edad determinada para oír la opinión de las personas menores de edad, el Artículo 12 refiere que el Estado debe de garantizar que el niño cuando esté en condiciones de emitir su propia opinión en algún asunto que lo concierne, se lo debe escuchar y considerar esa opinión conforme a su edad y madurez, visiblemente no fija una edad cronológica, dejando en claro que el garante de que ese derecho se efectivice es el Estado.

La edad de las NNA, no debe de ser un obstáculo para el ejercicio del derecho a ser oído, el Estado debe de evaluarle a cada NNA, con el fin de que acorde a su grado de madurez y conocimiento pueda expresar su opinión, en cada caso o asunto que lo concierna.

El reconocimiento de este derecho tiene un presupuesto de evaluaciones, a fin de posibilitar que pueda expresarse, recordando que la madurez no necesariamente coincide con la edad.

Así mismo, se debe ofrecer un ambiente que no sea hostil, que sea un lugar que no le genere miedo, angustias, al contrario que le de confianza. El lugar donde la NNA declare o exprese su opinión, es muy importante para que lo que dice sea verdaderamente genuino.

Es importante entender que la NNA no solo se comunican verbalmente, también lo pueden hacer a través de juegos, dibujos, expresiones (sonrisas, llantos, gritos), de ahí la importancia de la capacitación de las personas que lo escuchan (magistrados, defensores, fiscales, etc.) y del equipo multidisciplinario que apoya la tarea jurisdiccional o administrativa.

En síntesis, al no existir una edad estándar, se presume que a mayor edad se va adquiriendo mayor desarrollo y por ende mayor capacidad y discernimiento, lo que permitiría sostener lo que ya se ha dicho, la edad cronológica no siempre va acompañada de madurez. A los efectos de que la opinión dada por las NNA tenga mayor peso es importante la evaluación de su grado de madurez y así poder otorgarle una autenticidad a la opinión dada por las NNA.

9. Valoración de la opinión de niñas, niños y adolescentes y el Interés Superior del Niño

La opinión del menor no ha de ser desmerecida ni sobrevalorada, he aquí el punto justo, no perdiendo de vista que toda resolución que lo concierna "... debe dictarse teniendo en cuenta fundamentalmente el interés de los menores" (Silerman, 1997, p. 72).

Es evidente que la opinión dada por las NNA debe ser tomada en consideración, pero la misma por sí sola no debe ser vinculante en la decisión del juzgador. Al igual que cualquier otra prueba, la escucha deberá ser valorada a luz de la sana crítica; y será una prueba de mayor o menor proporción que ayudará a formar el convencimiento del juez en relación a la decisión a adoptar.

La opinión, adquiere importancia en los asuntos privados de la familia, los que en su gran mayoría son desconocidos por personas fuera del entorno familiar, como podrían ser testigos, ya que se trata de situaciones vividas dentro de la intimidad del hogar.

Así también, cuando ocurren situaciones extremas como maltratos, abusos sexuales, que no necesariamente dejen huellas, solo puede saberse de una conversación con el juez, o si la edad o el estado emocional aconseje esa escucha a través de los psicólogos, se podrá sustentar la opinión de las NNA.

Por lo que se concluye que la opinión de las NNA es relevante y que a mayor edad y madurez mayor relevancia adquiere dicha opinión.

Ahora bien, ¿Qué contenido debe otorgársele al Interés Superior del Niño, existiendo la declaración de un niño respecto a su opinión en una determinada controversia?

"(...) "interés superior del niño", implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño y que, para la atención de los niños, el Es-

tado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas” (OC 17/2002 Corte IDH).

Para dar efectividad a la consideración de sujeto de derecho y al principio del interés superior del niño, es imprescindible escuchar su opinión, conforme a su edad y madurez, reconociéndole su condición de persona en desarrollo, en atención al principio de autonomía progresiva y hasta en ciertos procesos, reconocer esa intervención no solo a través de la escucha, sino como parte dentro del juicio, pudiendo hacerlo a través de su representante legal, tal y como se encuentra establecido en la norma legal imperante, más aún cuando se trata de adolescentes, sea en condición de hijos o como padres-progenitores, quienes ejercen la patria potestad sobre sus hijos también menores de edad.

10. Derecho penal adolescente y su relación con el derecho a ser oído

En la jurisdicción penal adolescente al adolescente infractor se le reconocen todos los derechos y garantías del derecho penal común, sin proceder a desarrollar las características de éste fuero, nos referiremos a la oportunidad que se le brinda al adolescente de declarar; y su relación con el derecho a ser oído como tal.

El Código Procesal Penal [Ley N° 2169/03 (27 de marzo de 2003)] establece que adolescente es toda persona humana desde los 14 hasta los 17 años de edad. El adolescente no puede ser indagado por el Agente Fiscal como si lo hace en los procesos penales que involucran a adultos. La estrategia adoptada para asegurar la estricta observancia de las garantías que rodean su declaración es la sanción de nulidad de las actuaciones, medida contemplada en el Código Procesal Penal Paraguay (Ley N° 1286/98, 08 de julio de 1998) que dispone:

“Reglas especiales. En la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en los cuales se señale como autor o partícipe a una persona que haya cumplido los catorce años y hasta los veinte años de edad inclusive, se procederá con arreglo a la Constitución, al Derecho

Internacional vigente y a las normas ordinarias de este código, y registrarán en especial, las establecidas a continuación... 3) Declaración del adolescente. Se garantizará la entrevista del adolescente con su abogado previa a la audiencia. La declaración del adolescente se efectuará ante el juzgado y deberá recibirse en presencia del defensor público o particular si lo tuviere, pudiendo intervenir el fiscal competente. Ningún adolescente será sujeto de interrogatorio por autoridades policiales sobre su participación en los hechos investigados.

El incumplimiento de esta disposición implica la nulidad de lo actuado”.

El procedimiento establece que al momento de la constatación de la minoridad del procesado, se activan las garantías previstas en su favor, debiendo el agente fiscal interviniente, poner al adolescente a disposición del juez penal de la adolescencia dentro del plazo perentorio e improrrogable de 24 hs. desde su aprehensión, para que el juez lo oiga bajo las formalidades del Art. 427, lo cual constituye la audiencia de declaración indagatoria y de imposición de medidas para el adolescente, que debe realizarse en presencia de su abogado defensor bajo pena de nulidad.

Con ésta normativa se garantiza la efectiva escucha del adolescente haciendo real su derecho a ser oído, como asimismo su participación activa durante todo el procedimiento que lo involucra. La CDN en su Art. 12 debe ser interpretado de manera extensiva, en tal sentido, se identifica su derecho a ser oído con el principio del derecho a la defensa material, que supone no sólo el derecho a ser oído, sino el sentido más extenso de ser partícipe del proceso, participar en la construcción de la decisión final del caso, formular alegaciones, ofrecer prueba, estar protegido de la indefensión.

En este contexto entre los instrumentos internacionales que apoyan este marco de protección de derechos, podemos mencionar: las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia (“Reglas de Beijing”) de 1985; las Reglas de Naciones Unidas para la “Protección de los Menores Privados de Libertad” de 1990; y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de Riad”) de 1990 y la Observación General Nº 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

11. Autonomía progresiva

La Convención, en su Artículo 5º establece: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

La jurista Aída Kemelmajer, en varias charlas mencionó que el referido artículo fue incorporado a petición de algunos países, con quienes muchos otros países no comparten sus costumbres. Dicha concesión se realizó a raíz de que reclamaban que se debería tener en cuenta sus costumbres, aclarando que no se hablaba de cualquier costumbre, teniendo a la dignidad como piso.

Siguiendo con el artículo arriba transcripto, el cual reglamenta la tensión existente entre el ejercicio de la patria potestad y las medidas cautelares de protección que se podrían adoptar con el fin de garantizar los derechos de las NNA, porque se dice que existe tensión, porque la patria potestad confiere a los progenitores el derecho de crianza, cuidado y educación de sus hijos. “Como se puede observar, el Artículo 5º de la Convención debe –como toda su normativa– ser interpretado de la manera más amplia y flexible posible, en total consonancia con uno de los criterios hermenéuticos clásicos del derecho internacional de los derechos humanos: el principio *pro homine*, por el cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos y a la inversa, la interpretación más restrictiva cuando se trata de restringir derechos” (Beloff, Deymonnazm, Herrera, Freedman, & Terragni, 2012, p. 160).

A partir de las nociones de autonomía progresiva encontradas en la citada normativa, las NNA van adquiriendo capacidad para el ejercicio personal de sus derechos, reconociendo la necesidad de otorgarles el derecho a adjudicarse, progresivamente y en función de las diferentes etapas de su

desarrollo evolutivo, un rol protagónico y activo en el centro de disposiciones que forman su proceso formativo y en el ejercicio de privilegios principales del que son titulares.

Dicho principio fue recogido por el ordenamiento nacional (Ley N° 1.680/2001), en su Artículo 3° "... así como su condición de persona en desarrollo" (sic). En lo que aquí concierne, la capacidad de las personas menores de edad responde el principio convencional de autonomía progresiva (Arts. 3°, 5°, 12, CIDN, OC 17/2002 Corte IDH).

Al respecto es conveniente mencionar la Opinión Consultiva N° 17 (2002), en cuanto a la noción de autonomía progresiva que tiene que ver con el Interés Superior del Niño, o sea, no se puede pensar en el Interés Superior del Niño, negando u omitiendo la Autonomía Progresiva.

La capacidad progresiva de las NNA permite reconocerlos en su individualidad, como un sujeto íntegro que, según sus capacidades y desarrollo madurativo, sea apto para realizar ciertos actos prescindiendo de los padres, tutores o responsables. En el camino de este proceso, está claro como bien lo dicen Kemelmajer y Molina, que, a mayor autonomía, menor es el ámbito de acción del representante. Siguiendo a Kemelmajer, la doctrinaria dice: "la noción de competencia no es algo rígido ni de "todo o nada"; se trata de un elemento de desarrollo evolutivo, psicológico y cognitivo, y que puede y debe graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y la magnitud de sus consecuencias" (p. 372).

La autonomía progresiva establece la capacidad en función de la edad y la madurez. La edad no es lo único o principal, ya que también se debe atender al concepto de madurez suficiente, dependiendo al caso o acto preciso de que se trate. En consecuencia, se deberá atender a otorgarle la capacidad a NNA a la luz del principio de autonomía progresiva. La madurez es relativa para cada niño en la misma situación (Art. 5° CDN, OC 17/2002 Corte IDH).

Volviendo a la O. C. N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño

de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

La CDN reconoce, el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente CDN.

De lo expuesto se desprende que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales, cuestión que deberá ser valorada en función de las características personales, psicológicas, sociales y emocionales de cada niño, sin sujetarse a una edad cronológica determinada. Ahora bien, a la luz del principio de autonomía progresiva receptado por la CDN permite concluir que la capacidad para obrar, es decir, la facultad de ejercer por sí sus derechos, no se encuentra atada a límites etarios, sino a la valoración de la madurez y desarrollo del niño en cada etapa de su vida (Solari, 2006, p. 882).

Dicho de otra manera, partiendo de las nociones de autonomía progresiva de las NNA quienes van alcanzando capacidad para ejercer de forma personal sus derechos. En el régimen jurídico nacional, las NNA, si bien ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, el modelo en legislaciones comparadas, nos demuestra que aún nos queda un largo camino por andar, en esta separación capacidad-incapacidad, establecido en el Código Civil Paraguayo, el cual es una ley anterior a la ley de Adopciones y al Código de la Niñez y la Adolescencia, todas leyes del mismo rango, y estando incorporado en las dos últimas leyes citadas, la importancia de capacidad por encima de incapacidad, otorgándole a las NNA calidad de partes en algunos procesos y en todos la obligación del órgano jurisdiccional y administrativo de escucharlos cuyo parámetro va ligado a la edad y madurez, como también a su medio socio económico, cultural y familiar, a fin de que la medida que se adoptará sea en beneficio al Interés Superior del Niño. Al respecto señalan Marisa Herrera y

Cecilia Grosman, “Tan contrario al ansiado “interés superior” es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están” (Grosman,p. 92).

La autonomía en términos generales es poder tomar las decisiones sin ayuda de otros. Significa que no se obligue a hacer lo que quieren. Respetar su autonomía es también hacer lo que uno quiere o lo que guste, siempre y cuando esas acciones no afecten a los demás.

La capacidad progresiva no es un tema inédito, es un tema que está incorporado en toda la CDN, así desde su preámbulo se considera que el niño “debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”, y en el Art. 12 se garantiza al niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” el derecho “de expresar su opinión libremente” en todos los asuntos que lo afectan, “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”. A su vez, sendas disposiciones aluden al deber del Estado, de los progenitores, y de otros responsables de las NNA de favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (Arts. 6.1; 18.1; 27.1; 32.1; etc.).

Sin embargo, es el Art. 5º de la Convención es el que básicamente recoge este principio, al recordar el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”. Específicamente en orden al ejercicio de la libertad de conciencia y religión, el Art. 14 reproduce este mandato al exigirle al Estado el respeto de los derechos y deberes de los progenitores o de los representantes legales “de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Entonces lo importante no es ver si la persona menor de edad tiene 13 o 14 años para determinar su grado de capacidad, sino saber si esa persona menor tiene capacidad sea para un caso jurídico o no.

12. Análisis de caso

A modo de ejemplo se trae a colación la casuística de un adolescente de 15 años, quien, dentro de un proceso de restitución, manifestó en audiencia su deseo de convivir con su progenitor, lo cual se concluyó de sus dichos y su forma de expresarse, sin embargo, de las constancias de autos es posible advertir la existencia de un juicio de “Régimen de Convivencia y Medida Cautelar de Urgencia” (ver fs. 275/282), tramitado actualmente ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de Lambaré.

No obstante, conforme el certificado de nacimiento que fue agregado a esos autos, se pudo verificar que el adolescente, sujeto de derechos en la acción, contaba entonces con 15 años de edad y es sabido que a mayor edad se presume mayor capacidad y discernimiento, ello es mayor autonomía al expresarse en cuestiones que le ocupan directa o indirectamente. Recordando que “La autonomía progresiva configura entonces la faz dinámica en la capacidad del sujeto que los faculta a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esta voluntad o participación sea tenida en cuenta, e incluso en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad” (Solari, 2006, p. 883).

Resulta entonces pertinente tener en cuenta las manifestaciones del adolescente, pues el mismo se ha autodeterminado y se ha ido de *motu proprio* a vivir con su progenitor, conforme surge de sus propias manifestaciones: “... yo sacaba de a poco mi ropa de la casa de mi mamá. Yo muchísimas veces le dije a mi mamá que quería ir junto a vivir con mi papá ...”.

Sobre la importancia de oírlos apropiadamente “... (el) Comité sobre los Derechos del Niño en la citada observación general 12, rechazó la idea de que receptor la opinión del niño tenga un carácter meramente simbólico; tal como sucedería si es oído, pero no se tienen en cuenta sus opiniones. De ahí que se resalta que “las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente” (párrs. 28 y 132). Asimismo, ese órgano ha dicho que los tres términos—“hablar”, “participar” y “ser tenido en cuenta”—secuencian el derecho a participar desde un punto de vista funcional...”.

Si bien el adolescente, sujeto de derechos en el proceso traído a modo de ejemplificar la autonomía progresiva, cuenta con 15 años de edad, es innegable el hecho de que a cierta edad resulta *“prácticamente imposible resolver en contra de su voluntad”*, pues se estaría exponiendo al mismo a huir de su domicilio con los consabidos peligros de la calle, atendiendo a sus expresadas manifestaciones de no desear vivir con su madre y que *“... Lo que me va a hacer feliz y estar bien y tranquilo es vivir con mi papá y yo me comprometo a ir alguna vez con mi mamá ...”*.

Aunque, podría establecerse que en la causa se contaba con los presupuestos exigidos por la normativa a fin de hacer viable el reclamo de restitución, pues existe una instrumental que acredita fehacientemente el lugar de residencia habitual del adolescente, y determinado dicho presupuesto, se configura la retención ilegítima del adolescente con su progenitor, debiendo recordarse que una de las virtudes de la jurisdicción especializada de la niñez y la adolescencia es que la misma no es una ecuación matemática, pues deben meritarse todos los elementos que se puedan aportar con el fin de dilucidar la verdad verdadera de todo acontecer humano sometido a la jurisdicción, trayendo a colación al Dr. Silvio Rodríguez (2007) quien ha afirmado: *“... De modo que, en situaciones como éstas, u otras parecidas, el interés superior del niño ya no radica en la protección del derecho a mantenerse en el mismo estatus, sino el de asegurar la integridad moral de la niña. Sutilmente, por tanto, se ha sustituido el contenido del interés superior del niño cuya protección se requiere ...”* (p. 56).

Por lo que en dicha oportunidad el Defensor de la Niñez y la Adolescencia interviniente requirió que no se haga lugar al pedido de Restitución, basándose en la autonomía progresiva del adolescente en cuestión quien a luz de la CDN como de leyes nacionales es el principal sujeto de derechos y considerando su grado de madurez y su edad, lo que llevo a la convicción de que poseía capacidad suficiente para auto determinarse.

13. Palabras de cierre

La Convención sobre los Derechos del Niño dio inicio a la Doctrina de Protección Integral, con ello quedo establecido que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho, gozando de los mismos derechos que los

adultos, otorgándoseles un plus de derechos en atención a su calidad de persona en desarrollo.

El ser oído, a más de ser un derecho, se constituye en un verdadero principio que debe aplicarse transversalmente en todo el derecho positivo nacional, entendiéndose el mismo como una obligación del Juzgador, aunque su manifestación no es vinculante, siempre deberá ser tenida en cuenta y en algunos casos revelará cuál es el contenido a asignársele al Interés Superior del Niño.

Silvia Fernández (2015) refiere que la condición de sujeto de derecho (Arts. 1º, 3º CDN) y la eficacia del derecho de escucha y opinión, exigen verse traducidos mediante el reconocimiento de la autonomía personal del niño en el ejercicio de sus derechos (Art. 5º CDN), sin perjuicio de referir a un ejercicio progresivo de dicha autonomía, conforme al grado de madurez, desarrollo y ubicación etaria de cada niño o adolescente concreto (Art. 3º ley 26.061, Argentina. 2017).

Bibliografía

Beloff, M., Deymonnazm, V., Herrera, M., Freedman, D., & Terragni, M. (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley.

Cillero Bruñol, M. (1999). *Infancia Derecho y Justicia*. Buenos Aires: Bravo y Allende editores.

Gil Domínguez, A., Fama, M., & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia* (1º ed., Vol. 1). Buenos Aires: Ediar.

Grosman, C. (1998). *Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad*. Buenos Aires: Universal.

Kemelmajer de Carlucci, A., de Molina, J., & F., M. (17 de 11 de 2015). *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*. RCCyC.

Minryersky, N. (2009). *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Opinión Consultiva O.C. N° 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Corte IDH 28 de agosto de 2002).

Rodríguez, S. (1997). *Código de la Niñez y la Adolescencia. Apuntes sobre el contenido de los juicios especiales*. Asunción: Intercontinental.

Silerman, M. (1997). *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*. Buenos Aires: universidad.

Solari, N. (2006). *La autodeterminación del niño en el régimen de tenencia*. Buenos Aires: Litoral.

Stilerman, M. (2016). *Teoría y práctica del Derecho de los Niños*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño Opinión consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17.

Comité Derechos del Niño ONU, Observación General N° 12/2009, 51º período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

Leyes

Constitución Nacional de la República del Paraguay, Paraguay 20 de junio de 1992).

Convención sobre los Derechos del Niño Ley N° 57/90, Gaceta Oficial, Paraguay, 20 de setiembre de 1990.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 5/92, Gaceta Oficial, Paraguay, 07 de mayo de 1992).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 1/89, Gaceta Oficial, Paraguay, 13 de junio de 1989).

Código de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 1.680/01, Gaceta Oficial, Paraguay, 30 de mayo de 2001.

Ley de Adopciones, Ley N° 1.136/97, Gaceta Oficial, Paraguay 22 de octubre de 1997.

Código Procesal Penal Ley N° 2.169/03, Gaceta Oficial, Paraguay, 27 de marzo de 2003.

100 Reglas de Brasilia, Acordada N° 633/2010, Corte Suprema de Justicia, Paraguay, 01 de junio de 2010.



Régimen de convivencia y de relacionamiento

Análisis de la Ley N° 6.083, modificatoria del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA)

Rosa Beatriz Yambay Giret *

Resumen

La convivencia familiar es un derecho del niño reconocido por las leyes como vital para su buen desarrollo a la par que para su vinculación con los miembros de su familia. Pero, cuando es pernicioso para sus intereses, sea en la convivencia como en el relacionamiento, debe ser suprimida o suspendida.

Las modificaciones del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) contenidas en la Ley N° 6.083/18, específicamente las referidas a la regulación del régimen de convivencia, de relacionamiento y la aplicación de medidas compulsivas combinadas ante el incumplimiento del relacionamiento fijado judicialmente merecen un acabado análisis. Si bien la tutela judicial efectiva importa recibir respuesta, resolución mediante, no puede significar que la respuesta recibida se haga cumplir a

*Abogada. Magister en Derechos Humanos y Políticas Públicas de Infancia- Universidad Columbia del Paraguay. Doctorando en Ciencias Jurídicas - Universidad Autónoma de Asunción. Diplomada en Prevención de la Violencia en la Escuela y la Familia. Universidad de Lund, Suecia. Autora de obras jurídicas sobre Niñez y Adolescencia. Catedrática. Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de Cordillera. Exjueza de Niñez y exdefensora del Niño.

cualquier costo, victimizando más al niño o agrietando aún más las relaciones familiares.

Este ensayo incluye la comparación de las redacciones de los artículos modificados en la Ley N° 6.083/18, la aplicación práctica de la normativa modificatoria poniendo hincapié en la necesidad de considerar al niño o adolescente como sujeto actor social, bajo los principios del *interés superior y efectividad de derechos*.

Palabras claves: *convivencia, relacionamiento, efectividad de derechos, autonomía progresiva, principio de proporcionalidad.*

Introducción

Sin duda, el CNA requiere ajustes para una efectiva protección de los derechos de la niñez, pues a casi 18 años de su aplicación, la praxis ha ido determinando falencias, claros o ambigüedades de la ley. Ciertamente, los aspectos que demandan ser revisados son varios, no obstante, la Ley 6.083/18, aborda algunos que merecen un detenido análisis y una evaluación objetiva en cuanto a su aplicabilidad, pertinencia y efectividad.

Los últimos cambios introducidos al CNA si bien pretenden efectivizar los vínculos afectivos entre el niño y los miembros de su familia sin embargo reflejan una visión adultocéntrica, distante de la posición del niño o adolescente en sus relaciones familiares, del verdadero interés del interés del niño.

En el presente ensayo se realiza una mirada analítica práctica de los cambios introducidos en el CNA con la Ley 6.083/18, desde la perspectiva de los principios del interés superior y efectividad de derechos, consagrados en la CDN.

Análisis práctico de la normativa modificatoria del Código de la Niñez y la Adolescencia: Artículos 92, 93, 95 y 96

1. Comentarios del Artículo 92

En el presente apartado, previa comparación de las redacciones del Artículo 92 se realizan comentarios al mismo a partir de una mirada pragmática y desde la posición del niño o adolescente afectado.

1.1. Comparación normativa

El siguiente cuadro contiene las redacciones del Artículo 92, correspondientes a los años 2001 y 2018, respectivamente.

Ley 1.680/01	Ley 6.083/18
<p>Artículo 92. De la convivencia familiar</p> <p>El niño o adolescente tiene el derecho a la convivencia con sus padres, a menos que ella sea lesiva a su interés o conveniencia, lo cual será determinado por el Juez, conforme a derecho.</p> <p>En todos los casos de conflicto, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo.</p>	<p>Artículo 92. De la convivencia familiar y del relacionamiento</p> <p>El niño o adolescente tiene el derecho a la convivencia con sus padres, a menos que ella sea lesiva a su interés o conveniencia, lo cual será determinado por el Juzgado, conforme a derecho.</p> <p>El niño o adolescente tiene el derecho a mantenerse vinculado con los demás miembros de su familia con los que no convive, así como a relacionarse con terceros no parientes cuando el interés del niño o adolescente y sus necesidades así lo aconsejen.</p>

1.2. Análisis

En esta disposición normativa el legislador fusionó los Artículos 92, mencionado más arriba, y 95 de la Ley 1.680/01, que expresa: **De la regulación judicial del régimen de relacionamiento**: En el primer párrafo se refiere al régimen de convivencia, en tanto que, en el segundo al de relacionamiento. La diferencia es que en el acápite del Artículo 92 de la Ley 1.680/01 decía: **“De la convivencia familiar”** y, en el actual dice: **“De la convivencia familiar y del relacionamiento”**.

El Artículo 92 de la Ley 1.680/18, en el primer párrafo regula el derecho a la convivencia del niño con sus padres y en el segundo, el relacionamiento del niño con el progenitor no conviviente y la familia ampliada, incluso con terceros no parientes.

La actual redacción suprime el segundo párrafo del Artículo 92 que aludía al deber del Juez de oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo, en todos los casos de conflicto, no obstante, está vigente el cuarto párrafo del Artículo 167, que dice: *“El Juzgado para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez”*.

1.2.1. Régimen de convivencia

La patria potestad comprende un conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres con respecto a la persona de los hijos y los bienes de éstos. Así tenemos efectos de carácter personal y patrimonial, los cuales están citados en los Artículos 70 y 71 del CNA.

El ejercicio de la patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a los hijos. Expresamente el Artículo 71 del Código mencionado, dispone: *“La patria potestad implica además los siguientes deberes y derechos: ... d) vivir con ellos... ”*. Se colige, por tanto, que los padres tienen el derecho y deber de convivir con sus hijos y en el caso de no ser posible esa convivencia a mantener un relacionamiento con ellos.

La convivencia se refiere al deber de los padres de tener a los hijos *en su compañía*. La doctrina la define como deber de convivencia y abarca deberes de cuidado, vigilancia, asistencia material y afectiva como aspectos involucrados en la crianza. Al respecto la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña (1989) (1) en su Artículo 18 dispone: “... Incumbirá a los padres o, en su caso, a los tutores la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (p. 8).

Esta norma coincide con el Artículo 5º del mismo cuerpo legal (2) que expresa: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (p. 5).

Para los padres la convivencia con los hijos es derecho y deber, para los hijos es derecho. Así, el derecho del niño a convivir con sus padres está consagrado en el Artículo 9º de la Convención, que impone al Estado el deber de velar porque el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando, se determine que la separación es necesaria en el interés superior del niño, siempre que la decisión sea adoptada por las autoridades competentes y se determine conforme a la ley siguiendo los procedimientos pertinentes. Consecuente con esta disposición convencional, la norma en estudio dispone que el niño o adolescente goce del derecho a la convivencia con sus padres, a menos que ella sea lesiva a su interés o conveniencia, lo cual será determinado por el Juzgado, conforme a derecho.

(1) Ley N° 57. “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”. Publicación Oficial. Asunción, Paraguay, 13 de setiembre de 1990. Disponible en: <https://www.csj.gov.py/cache/lederes/P-0-20121990-L-57-1.pdf>

(2) Ley N° 57. “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”. Publicación Oficial. Asunción, Paraguay, 13 de setiembre de 1990. Disponible en: <https://www.csj.gov.py/cache/lederes/P-0-20121990-L-57-1.pdf>

La separación de los hijos y padres puede ser necesaria en situaciones particulares, como, por ejemplo, cuando el niño es objeto de maltrato o descuido por parte de aquellos o cuando aquéllos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

1.2.2. Régimen de relacionamiento

El padre o la madre que no conviva con el hijo no está privado del derecho, ni queda exento del deber de mantener con él una relación directa y regular, que debe realizarse con la frecuencia y libertad suficientes, sea por acuerdo de partes o, en su defecto, conforme a las reglas que el juez estimare convenientes para el hijo.

Lo que se pretende con el relacionamiento es que aquel padre que no tenga el cuidado personal del hijo, o no conviva con éste, participe activamente en el amplio espectro de su desarrollo personal. Por esta razón, la expresión *régimen de visitas* resulta inapropiada, ya que el verbo visitar describe la acción de *ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo*, es decir, la expresión parece aludir a una relación meramente formal y no sustantiva.

La expresión utilizada, tanto, por el CNA como por la ley modificatoria, *a los efectos de garantizar el derecho del niño o adolescente a mantenerse vinculado con los demás miembros de su familia con los que no convive*, es acertada puesto que el término vínculo o relacionamiento son más adecuados y refieren al derecho del hijo a mantener un vínculo o una *relación* con aquel progenitor no conviviente y con los demás miembros de la familia ampliada.

El texto de la norma concuerda con lo dispuesto por el Artículo 9º núm. 3 de la CDN (3), que señala: *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”* (p. 5).

(3) Ley N° 57 “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Publicación oficial. Asunción, Paraguay, 13 de setiembre de 1990, p. 5. Disponible en: <https://www.csj.gov.py/cache/lederes/P-0-20121990-L-57-1.pdf>

El mantenimiento de vínculo con la familia forma parte del **derecho a la identidad** misma del niño o adolescente, determinado en el Artículo 7º numeral 1 de la Convención (4) dispone: *“El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”* (p. 5).

De modo que, privar al niño de ese derecho por desavenencias entre sus padres o por situaciones fácticas –intencionales o no–, es atentatorio contra sus derechos esenciales, habida cuenta que el derecho a relacionarse no es privativo del progenitor no conviviente, sino ante todo es derecho del hijo.

La norma prevé que el niño o adolescente tiene el derecho a mantener vínculos con los demás miembros de su familia con los que no convive y a relacionarse con terceros no parientes cuando su interés y necesidades así lo aconsejen. Es decir, la determinación del régimen de relacionamiento debe valorarse desde la perspectiva del niño o adolescente. Para ello es importante, tener en cuenta su opinión, su escolaridad, sus actividades extra-escolares, sus vínculos de amistad con el entorno, las actividades de socialización, entre otros.

2. Comentarios del Artículo 93

En este apartado, previa comparación de las redacciones del Artículo 93, se procede a un análisis del mismo considerando los criterios que la doctrina viene desarrollando sobre la materia.

2.1. Comparación normativa

Las redacciones del Artículo 93, correspondientes a los años 2001 y 2018, respectivamente, expresan cuanto sigue:

(4) Ley N° 57 “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Publicación Oficial. Asunción, Paraguay, 13 de setiembre de 1990. p. 5. Disponible en: <https://www.csj.gov.py/cache/lederes/P-0-20121990-L-57-1.pdf>

Ley 1.680/01	Ley 6.083/18
<p>Artículo 93.- de la controversia entre el padre y la madre</p> <p>En caso de separación de los padres y de existir controversia sobre la tenencia del hijo, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y resolverá teniendo en cuenta la edad y el interés superior del mismo.</p> <p>En el caso del niño menor de cinco años de edad, éste debe quedar preferentemente a cargo de la madre. No obstante, los acuerdos establecidos entre los padres deberán ser considerados.</p>	<p>Artículo 93.- De la controversia entre el padre y la madre</p> <p>En caso de separación de los padres y de existir controversia sobre la convivencia y/o el relacionamiento con el hijo, el Juzgado deberá oír la opinión del niño o adolescente y resolverá teniendo en cuenta su edad, su madurez y el interés superior del mismo.</p> <p>En el caso del niño menor de cinco años de edad, este debe quedar preferentemente a cargo de la madre. No obstante, los acuerdos establecidos entre los padres deberán ser considerados.</p>

2.2. Análisis

La diferencia entre el Artículo 93 de la Ley 1.680/01 y la norma modificatoria, es que aquél aludía a la controversia que existiera en caso de separación de los padres sobre la convivencia, mientras que la redacción actual refiere a la controversia, tanto, respecto a la convivencia como al relacionamiento con el hijo. En ambas resalta que el Juzgado deberá oír la opinión del niño o adolescente. En tanto que, entre las pautas para valorar la opinión del niño aquella contemplaba la edad, la madurez y el interés superior del niño, mientras que el Artículo 93 de la Ley 6.083/18, las reduce a la edad y el interés superior del mismo. Sobre estas pautas se pone énfasis en los párrafos siguientes.

2.2.1. Existencia de controversia

La judicialización de la convivencia o la fijación de un régimen de relacionamiento normalmente se dan en los casos de separación de los padres, aclarando que, si no hay controversia respecto a uno u otro tema, la intervención jurisdiccional no tiene razón de ser. Pero si existiera, es el Juez de la Niñez y la Adolescencia quien resolverá la cuestión, debiendo para ello oír la opinión del niño y valorarla según su edad y el interés superior del mismo.

2.2.2. Pautas para determinar la convivencia

En la convivencia, la cuestión trascendente es determinar cuál de los dos progenitores es más idóneo para cumplir con los derechos-deberes emergentes de la patria potestad, conviviendo con el hijo menor. Para evaluar la idoneidad del progenitor/a, existen ciertas orientaciones tales como:

a) Aquel que favorece la buena comunicación con el otro progenitor.

El derecho del niño de padres separados o divorciados a mantener vínculos o contacto directo y personal con el progenitor no conviviente, está previsto en los **Art. 9.3 y 18.1 de la CDN**. Se ha sostenido que entre las pautas a tener en cuenta al momento de adjudicar la tenencia el juez debe apreciar **quién es el progenitor que favorecerá una fluida comunicación del hijo con el otro progenitor no conviviente**, pues, el derecho de mantener contacto o comunicación directa y personal con los padres con los que no convive es, al mismo tiempo un deber irrenunciable de los padres y un derecho esencial del hijo, por ello para el progenitor no conviviente ese derecho-deber es cardinal para que el mismo pueda intervenir en la crianza, alimentación, educación y orientación de sus hijos, definidos estos aspectos como derechos deberes principales – Artículo 70 primer párrafo del CNA.

b) Otra orientación constituye **el statu quo el derecho a la estabilidad**.

Este ha sido un principio que la jurisprudencia ha sostenido siempre, considerando que debe evitarse cualquier cambio en el régimen de vida de los menores, salvo razones graves, en procura de una estabilidad que resulta necesaria para la formación equilibrada de la personalidad. En cuanto a esta pauta de estabilidad o de conservación de la situación de hecho existente, una respetable postura en la doctrina la coloca en un plano subsidiario cuando de las circunstancias del caso no surja otro criterio que resulte de

utilidad a efectos de inclinar la decisión judicial hacia uno u otro de los progenitores, como sería el caso de igualdad de aptitud en ambos progenitores para el cuidado y educación de sus hijos (5) (p. 131).

c) La opinión del niño, otra de las pautas a tener en cuenta es la contenida en el Artículo 12 de la Convención, el que denota *“el derecho del niño a ser oído en función de su edad y madurez”*.

El Juez valora los elementos del juicio en la resolución, uno de esos elementos es la opinión del niño. No puede afirmarse que la voluntad del niño o adolescente sea determinante para la decisión judicial, pero sí sostener con certeza que sus manifestaciones, sus deseos expresados, sus inquietudes, temores o planes no pueden ser desatendidos. A los efectos de evitar una decisión arbitraria, para el juez es imperativo escuchar la opinión del niño y hacer mención de la valoración de esa opinión en la resolución que dicta y el peso que la opinión del niño o adolescente tuvo en su conclusión. La doctrina coincide en que, si bien la opinión del niño no puede ser el único elemento a tomar en consideración, en la motivación de la decisión ella adquiere importancia cuando por la edad y madurez del niño pueda ser considerada como personal y auténtica.

Si bien la opinión del niño no tiene el carácter de vinculante para definir una situación, en su consideración adquiere relevancia el principio de **autonomía progresiva**, contenido en el Artículo 5º de la Convención que dice:

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

(5) Stilerman, M. (2004). Menores. Tenencia. Régimen de visitas. Buenos Aires: Editorial Universidad.

los derechos reconocidos en la Convención, conforme a la evolución de sus facultades.

Al respecto Yambay (2018) (6) afirma:

La autonomía progresiva necesariamente se vincula con la participación, y a su vez con la defensa en juicio como garantía constitucional, a la par que constituye componente necesario de la formación de ciudadanía. Igualmente, la participación de niños y adolescentes en el proceso tiene relación con el principio de autonomía progresiva. La especial relación que se da entre el poder legítimo del adulto y la titularidad de los derechos del niño, supone para el adulto el respeto del derecho de ese niño a recibir, en la medida de su madurez, información y explicaciones en torno a los asuntos que le incumben, así como el derecho de opinar respecto de las decisiones que le afecten. Ese poder legítimo debe ser ejercido con el objetivo de asegurar al niño y adolescente la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar (pp. 411-412).

Con relación a las directrices para valorar la opinión del niño Yambay (2009) (7) menciona: Ahora bien, la praxis ha revelado determinadas pautas para la valoración de la opinión del niño o adolescente en el proceso, tales como:

a) La edad: La primera pauta es la contenida en el Artículo 12 de la CDN, *la edad y madurez*. Sin determinar una edad estricta, es posible sostener que a mayor edad se presume mayor capacidad de objetividad y discernimiento.

Entonces, qué ocurre con los niños más pequeños, ¿Cómo participan, pueden opinar, ¿cómo se puede valorar su opinión? Son cuestiones que el

(6) Yambay G., R. (2018). El derecho a la defensa de los niños y adolescentes. Tomo V. Comentario a la Constitución, 1ª Ed. Asunción, Paraguay. CSJ.

(7) Yambay G., R. Participación de Niños y Adolescentes en el proceso. Cinco ensayos sobre participación y protagonismo infantil. Veinte años de vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño- Auspicio Save the Children Canadá. Edición digital. Lima, Perú. 2010.

Juez debe sortear y, para ello, es lógico que recurra a los auxiliares especializados como también al sentido común. Esto último, exige una compenetración con el caso y los sujetos y, aquí, nuevamente la inmediatez juega un rol determinante. Ya que es mucho lo que dicen unas lágrimas, un llanto, una risa, un abrazo, unas manos temblorosas, una mirada, un gesto, un suspiro, una evasión, un gemido, etc. Aplicando el principio de No discriminación, se concluye que todo niño y adolescente tiene derecho a participar y es imperativo darle oportunidad para ello, de modo que todos pueden hacerlo y, además, esa participación debe ser valorada adecuadamente.

b) La libertad: Otra pauta que se considera relevante, es el grado de libertad con que se expresa, la que puede estar vedada, sea, por la influencia de uno o ambos progenitores, el ambiente, los temores a que se enfrenta, la posibilidad de alejarse de sus afectos, etc.

c) Interrelación entre el deseo del niño y adolescente y su interés superior: Debe tenerse presente que, si bien los deseos de las partes deben ser tenidos en cuenta, ser consultados, ellos pueden entrar fácilmente en colisión con sus verdaderos intereses. La opinión del niño y adolescente debe ser relevante en cada situación analizada por el Juez. La opinión del niño, de acuerdo a su edad y madurez, es elemental a la hora de apreciar cuál es su interés superior.

d) Vínculo con el entorno: Asimismo, otro elemento a tener en cuenta, es el tipo de vínculo que el niño o adolescente tiene con su entorno y, en qué medida, será factible que el mismo mantenga una buena comunicación con los miembros de ese entorno y reservar la aplicación del statu quo –estabilidad o situación de hecho existente– para una aplicación subsidiaria.

e) Interés superior del niño: En esta pauta se sostiene que a fin de juzgar la idoneidad de los padres debe tenerse esencialmente en cuenta el *interés superior del niño*. Principio este de rango constitucional, de hecho, la Carta Magna en el Artículo 54 dispone: “De la protección al niño. *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos... Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente*”.

Asimismo, la Convención dispone en su Artículo 3º, Inciso 1 (8) que “...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar local, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Al decir de la tratadista Grosman (1998) (9), “El principio del interés superior apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión de un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. La norma indica que no son ni el interés de la madre ni el del padre lo que se debe considerar primero, sino que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. La noción del interés superior del menor se emparenta con la de su bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida”.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la expresión *interés superior del niño*, consagrada en el Artículo 3º de la CDN, “...implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (10), en tanto, para Cillero Bruñol (2004) (11) “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos.

El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican”. Por su parte, la Constitución Nacional consagra

(8) Ley N° 57 “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Publicación Oficial. Asunción, Paraguay, 13 de setiembre de 1990. p. 4. Disponible en: <https://www.csj.gov.py/cache/lederes/P-0-20121990-L-57-1.pdf>

(9) Grosman, C. (1993). Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia, LL, 1993-B-1089.

(10) Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva Oc-17/2002. De 28 de agosto De 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

(11) Cillero Bruñol, M. (2004). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tercera edición, Bogotá, D.C. Editorial TEMIS S.A.

este principio el principio del interés superior en el Artículo 54 al disponer: “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”. Hay que considerar que los derechos del niño deben ser interpretados de modo sistémico y el interés superior como principio permite resolver los conflictos de derechos desde una perspectiva holística.

Estas pautas han sido desarrolladas detenidamente en el Acuerdo y Sentencia Nº 12 de fecha 28 de mayo de 2018, del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de Caacupé, en los autos caratulados: C.A.A.J / RÉGIMEN DE CONVIVENCIA Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. Exped. Nº 08, folio 60 (12).

(12) Voto elaborado por la Dra. Rosa Yambay: “Pasando a un cotejo de las orientaciones señaladas con las constancias de autos encuentro: 1.- Cuál de los dos progenitores es más idóneo para cumplir con los derechos-deberes emergentes de la patria potestad. Se advierte de las constancias del expediente que la relación entre los Sres. C.M.A.C y M.R.J.J. atraviesa por una crisis de profundas grietas, que lleva a una situación de violencia conforme surge de las constancias de fs. 1/37 que sobrepasan los límites del respeto a la dignidad. En cuanto a la comunicación del niño C.M.A.J. con su madre estando en convivencia con el padre, infiero que, durante la ausencia de la madre y su estadía en el extranjero, de la conversación virtual mantenida entre los Sres. C.M.A.C y M.R.J.J. según constancias de fs. 1/37 el niño se comunicaba con su madre con cierta dificultad, aunque esta circunstancia no ha variado para mejor una vez que regresó la Sra. M.R.J.J. al país, tanto que llegaron al extremo de judicializar el caso de convivencia. Es vital para el niño, porque forma parte del desarrollo de su personalidad, crecer en un ambiente saludable emocionalmente a pesar de que los padres estén separados, tanto que en ese ambiente es una arista importante la buena comunicación del niño con el otro progenitor no conviviente, claro cuando esa comunicación no resulte dañina para sus intereses.

2.- En cuanto a la estabilidad del niño C.M.A.J., del relato factico del caso, se infiere que él ha quedado bajo el cuidado de la abuela materna cuando la madre resolvió migrar al extranjero por motivos laborales. Es de resaltar que el niño al tiempo del viaje de la madre quedó a vivir en la ciudad de Juan Eulogio Estigarribia luego el padre lo traslada a la ciudad de Arroyos y Esteros, donde convivió con él y los miembros de su familia ensamblada, esto se corrobora con las constancias de autos y particularmente con las manifestaciones del niño, en ocasión de ser oído por el pleno de este Tribunal, según Acta de fs. 445, Tomo III. La pregunta es, ¿Con cuál de los progenitores el niño C.M.A.J. tendrá garantizado el derecho a la estabilidad? En este punto la tarea de los

2.2.3. Preferencia materna con relación a los niños menores de cinco años

El segundo párrafo del Artículo 93 establece que los niños menores de cinco años de edad, preferentemente quedarán a cargo de la madre, sin perjuicio de que sean considerados los acuerdos que existieran al respecto, entendemos en cuanto a la última parte que alude a los acuerdos en sentido contrario.

Necesario es interpretar que la preferencia materna desaparecerá si de las circunstancias del caso surge que la convivencia del niño o niña con el progenitor es más favorecedora para sus intereses. Lo concreto es que, a la hora de determinar la convivencia, el juzgador debe tomar la decisión, según cada caso en particular, de modo que la edad del niño no constituye el elemento clave para atribuir la convivencia a la madre, así mismo el juzgador debe tener cuidado de garantizar los principios de igualdad y de no discriminación, entre los padres.

auxiliares especializados es relevante. Tenemos a fs. 202/203; 263/264; 327/328 y 346/347, los informes elevados por la psicóloga forense en los que la auxiliar especializada resalta que la cercanía del niño con la madre es esencial.

3.- El tercer aspecto a considerar es la opinión del niño, en el proceso, en ambas instancias fue oído el niño C.M.A.J., quien a pesar de su corta edad dio información relevante respecto a su situación. En efecto, el niño ha manifestado con solvencia que se siente más a gusto viviendo con su madre, relató la historia familiar y pidió que sus padres ya no peleen. Manifestó además que no sabe usar las redes sociales.

4.- En cuanto al Interés Superior del Niño, este principio de contenido vacío que se va nutriendo con las particularidades del caso, que busca la realización de los derechos del niño, toma forma a partir de las manifestaciones del niño C.M.A.J, a quien la pelea entre sus padres daña sobremanera. A su corta edad aparecen en su vida dos madres, su mamá M. y su mamá k.- actual pareja de su padre-, es decir existe un riesgo de anular la figura materna biológica del niño. Conforme a este principio no es el interés de los padres, es decir de los Sres. C.M.A.C. y M.R.J.J. el que debe atenderse sino el del niño Carlos Mauricio, quien necesita crecer en un ambiente de armonía, de estabilidad, de seguridad para desarrollar una personalidad equilibrada, para poder efectivizar sus derechos como persona en desarrollo y de los que los padres son los primeros responsables. Sin duda, encuentro que la convivencia del niño con su madre responde a su interés superior.

2.2.4. Convivencia compartida

En los últimos años, la custodia compartida ha tenido una importante evolución, no sólo a nivel legislativo en el derecho comparado, sino también jurisprudencial y práctico. En la realidad nacional, la jurisprudencia la ha ido desarrollando con cierta timidez. La reforma legislativa en estudio hubiera sido una oportunidad interesante para introducir la figura en la legislación como herramienta válida al momento de definir alguna controversia referida a la convivencia de los niños y adolescentes, no obstante, el principio de oficiosidad que caracteriza al fuero, confiere al Juez de la Niñez y la Adolescencia la posibilidad de diseñar soluciones creativas respecto al niño y las relaciones familiares.

El Artículo 70 del CNA advierte: “El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones”, en tanto, conforme al Artículo 93, en caso de separación de los padres y de existir controversias sobre la convivencia con el hijo, el Juzgado resolverá la cuestión. La legislación nacional no menciona expresamente la custodia o cuidado compartido como otras legislaciones, como la de Argentina, España, Chile, entre otros.

En efecto el Código Civil argentino (13) establece en un título específico, bajo el acápite “Deberes y derechos sobre el cuidado del hijo”, el cuidado personal, referido a la vida cotidiana del hijo. “Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”, y, expresamente distingue, cuando los padres no conviven, que aquel puede ser asumido por un progenitor o por ambos. En tanto, respecto a las modalidades reconoce que el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el alternado el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores según la organización y posibilidades de la familia, en tanto en el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las deci-

(13) Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 648: Cuidado personal. 1ra. Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus. 2014.

siones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. Artículo 649 (14). Clases. “Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos”.

Para algunos expertos, la custodia compartida es una de las herramientas más eficaces para lograr la igualdad de trato entre hombre y mujer. Ejemplo de ello sería el caso de una vacancia laboral, en la que se postulan dos mujeres, ambas con dos hijos, pero una con custodia exclusiva y otra con la compartida. ¿Quién de las dos tiene mayor probabilidad de ser contratada? Es muy posible que sea preferida la que no tiene la exclusiva, puesto que se entiende que tendrá más facilidades y no estará tan sujeta ni limitada por la atención a sus hijos, por lo que tendrá más posibilidades de desarrollar su carrera profesional (15).

La custodia compartida, para unos, importa mayor equilibrio con ambos progenitores, este equilibrio supone cierto grado de estabilidad para que el niño o adolescente pueda disfrutar de su figura paterna y materna como referentes. En una custodia exclusiva, un alto porcentaje de padres acuden continuamente a juicios por modificación de medidas, revisión de sentencias al igual que en denuncias penales. En los países donde se aplican, al contrario, bajo porcentaje de casos llega a juicios reincidentes, porque la pareja está llamada a entenderse, a ponerse de acuerdo por el bienestar de sus hijos.

No hay que perder de vista que cada caso es distinto debiendo inclinarse por no aplicarla cuando cualquiera de los progenitores estuviera incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivieran con ambos. Tampoco procedería en el caso de

(14) Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación. 1ra. Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus. 2014.

(15) Custodia compartida: la mejor opción cuando los padres se separan. Disponible en https://elpais.com/elpais/2018/03/22/mamas_papas/1521709662_920896.html y ¿Qué nos dicen los expertos? Disponible en <https://www.mateobuenoabogado.com/firma-invitada/custodia-compartida/>

existir indicios fundados de violencia doméstica, como por ejemplo lo prevé la legislación española (16).

(16) Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, de España, dispone en el Artículo 92:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas

Entre los criterios para decidir si procede este tipo de custodia, se debe analizar cada caso concreto. En primer lugar, y como medida más importante, no debe existir hostilidad entre los padres, ya que es necesario un grado de entendimiento. Otro de los factores determinantes es la dedicación que han tenido los progenitores con los hijos en la etapa anterior a la separación, aunque la jurisprudencia utiliza además los siguientes criterios: la relación de los progenitores con el niño; los deseos manifestados por el niño; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; la situación del centro escolar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros, así como los informes aportados en el proceso judicial. De ser aplicada la custodia compartida, un orientador para la decisión judicial será el interés del niño o adolescente.

3. Comentarios del Artículo 95

En este apartado se realiza una pincelada del Artículo 95 del CNA, los cambios introducidos por la ley modificatoria y su modo de implementación.

3.1. Comparación normativa

En el siguiente cuadro se presentan las redacciones del Artículo 95, correspondientes a los años 2001 y 2018, respectivamente.

Ley 1.680/01	Ley 6.083/18
<p>Artículo 95. De la regulación judicial del régimen de relacionamiento</p> <p>A los efectos de garantizar el derecho del niño o adolescente a</p>	<p>Artículo 95. De la regulación judicial del régimen de relacionamiento</p> <p>A los efectos de garantizar los derechos del niño o adolescente a la</p>

debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

mantenerse vinculado con los demás miembros de su familia con los que no convive, cuando las circunstancias lo justifiquen será aplicable la regulación judicial.

El régimen de relacionamiento establecido por el juzgado puede extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes, cuando el interés del niño y sus necesidades así lo aconsejen.

convivencia familiar y al relacionamiento y cuando las circunstancias lo justifiquen, será aplicable la regulación judicial. Durante cualquier etapa del procedimiento de regulación judicial de la convivencia o del régimen de relacionamiento, el Juzgado, de oficio a petición de parte, podrá dictar como medida cautelar de protección, la fijación provisoria de la convivencia familiar y/o del régimen de relacionamiento, para lo cual deberá oír a las partes dentro del tercero día de solicitada dicha medida y resolver sin más trámite, siendo la resolución recaída revisable de oficio o a pedido de cualquiera de las partes.

La incomparecencia de la parte demandada no obstará a que se dicte la medida cautelar de protección de los derechos del niño o adolescente.

El Juzgado deberá disponer la orientación especializada del grupo familiar y adicionalmente podrá ordenar, el seguimiento de la convivencia familiar y/o del régimen de relacionamiento establecido judicialmente mediante la intervención de los auxiliares especializados que conforman el equipo asesor de la justicia de la niñez y la adolescencia,

	<p>quienes deberán informar al Juzgado periódicamente respecto al trabajo realizado con la familia y en cuanto al cumplimiento de la convivencia familiar y/o del régimen establecido por el Juzgado, aunque estos fueren provisionalmente dispuestos como medida cautelar de protección.</p> <p>El régimen de relacionamiento establecido por el Juzgado puede extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes, cuando el interés del niño o adolescente y sus necesidades así lo aconsejen.</p> <p>Será competente en la regulación judicial de la convivencia familiar y en el establecimiento del régimen de relacionamiento el mismo Juzgado</p>
--	--

3.2. Análisis

Como se percibe de la comparación, el Artículo 95 de la Ley 1.680/01 fue innovado completamente por la ley modificatoria, que prevé la regulación judicial del régimen de relacionamiento a los efectos de garantizar los derechos del niño o adolescente al relacionamiento con el progenitor no conviviente y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes, cuando el interés del niño o adolescente y sus necesidades así lo aconsejen y prevé la fijación de

una convivencia temporal o relacionamiento provisorio como medidas cautelares.

3.2.1. Fijación provisoria de la convivencia familiar y/o del régimen de relacionamiento

La norma modificatoria, aunque no especifica en qué casos, prevé la fijación provisoria de la convivencia familiar y/o del régimen de relacionamiento como medida cautelar de protección, en cualquier etapa del procedimiento, sea oficio o a pedido de parte y determina algunas pautas para su determinación.

3.2.1.1. ¿En qué caso se prevé la fijación provisoria?

Se entiende que la fijación provisoria de convivencia familiar será determinada en las situaciones de riesgo inminente de producirse un daño a la integridad del niño en el caso y la determinación de un régimen provisorio de relacionamiento cuando se advierte una seria posibilidad de que serán afectados los vínculos, ya que el proceso, aunque esté diseñado como un juicio sumario, sin embargo, los trámites y plazos procesales no coinciden con los tiempos del niño y el adolescente.

3.2.1.2. ¿En qué momento procesal?

La fijación provisoria de convivencia familiar y la determinación de un régimen provisorio de relacionamiento serán dispuestas en cualquier momento procesal antes de la sentencia definitiva. Es decir, se puede petitionar al inicio de la demanda, al contestar la demanda, entre la traba de la *Litis*, en la audiencia de conciliación o incluso en la etapa probatoria.

3.2.1.3. ¿Cuál es el trámite?

La norma en análisis no especifica si la medida cautelar se tramita por cuerda separada al principal o en el mismo expediente. Se entiende que como el trámite no suspende el juicio, se sustancia en el principal siguiendo las pautas siguientes:

- En el mismo expediente, planteada la petición o de oficio.

- Se convoca a una **audiencia dentro de los tres días**. La participación del Defensor del Niño en esta audiencia es importante en razón de las posiciones que los padres pueden tener y la participación efectiva del niño en el proceso de la mano de su representante técnico.

- En la audiencia deben concurrir las partes con las pruebas.

- La **incomparecencia de la demandada no obsta que se dicte la medida**, por tal motivo la citación a la audiencia debe ser realizada advirtiendo que la misma será sustanciada aun con la incomparecencia de la parte demandada. Se entiende como acertada esta previsión en razón de que es común en la práctica la actitud obstructiva de los padres convivientes que no facilitan el relacionamiento del hijo con el otro progenitor. Lo que si entendemos es que la notificación de la audiencia debe ser por cédula, debido a los efectos que derivan tras su sustanciación y, además, de otro modo la contraparte no estaría enterada, lo que sin duda afectará el debido proceso.

- **El niño debe ser oído**. Las pautas de valoración se han mencionado en el apartado 2.2.2. - **Producidas las pruebas sin más trámite se dicta resolución**, es decir, no hay alegatos. Se recomienda que sea un auto interlocutorio en razón de que debe ser fundada la resolución.

En esta resolución se aplican las medidas previstas en el segundo párrafo de la norma en estudio. Es decir, es imperativo para el Juzgado disponer la orientación especializada del grupo familiar y adicionalmente podrá ordenar, el seguimiento de la convivencia familiar y/o del régimen de relacionamiento, mediante la intervención de los auxiliares especializados con los integrantes del equipo asesor de la justicia de la niñez y la adolescencia, quienes deberán informar al Juzgado periódicamente respecto al trabajo realizado con la familia y en cuanto al cumplimiento de la convivencia familiar y/o del régimen establecido por el Juzgado. Este informe precisamente servirá de base para la revisión de las medidas adoptadas. Las medidas están contempladas en el Artículo 34 incs. "b" y "c" del CNA que dispone: "Cuando el niño o el adolescente se encuentre en situaciones que señalan la necesidad de protección o apoyo, se aplicarán las siguientes medidas de protección y apoyo: b) La orientación al niño o adolescente y a su grupo familiar..." c) El acompañamiento temporario al niño o adolescente y a su grupo familiar. En cuanto al informe que debe elevar al Juzgado el equipo asesor de justicia

está contenido en el Artículo 166 del CNA que dice: De sus atribuciones. Serán atribuciones de los auxiliares especializados: "... a) emitir los informes escritos o verbales que le requiera el Tribunal, el Juez o el Defensor..."

3.3. Revisión de la medida

La medida cautelar de "fijación provisoria de la convivencia familiar y/o del régimen de relacionamiento" es revisable de oficio o a pedido de cualquiera de las partes. La "revisión" de las medidas no debe confundirse con "apelación". De hecho, las características flexibilidad y modificabilidad de las medidas cautelares, son determinantes para la revisión de las mismas. Respecto a las referidas características Yambay (2017) (17) menciona:

Modificabilidad: Esta es tal vez la nota más distintiva de las medidas cautelares y también aquella que encuentra coincidencia en la gran mayoría de los autores. Las medidas cautelares pueden modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias dadas al tiempo de ser decretadas. Esta característica ha llevado a los autores a decir que la decisión sobre las medidas cautelares, ya sea para desestimarlas o acogerlas, no hace cosa juzgada. Por lo tanto, esta decisión puede ser modificada o revocada, aun cuando ya se halle preclusa la oportunidad procesal para impugnarla. En efecto, la medida cautelar ya consentida puede, no obstante, ello, ser revisada a posteriori, si resultan falsos los hechos alegados para obtenerlas, o ciertas circunstancias relacionadas con ellos, como también si la situación fáctica original sufre cualquier alteración o cambio. Y también puede ser nuevamente solicitada, aunque ya se halle firme el auto que las denegó en un principio. Así se desprende del Artículo 167 *in fine* del Código de la Niñez.

Flexibilidad: Una derivación de la nota de provisionalidad es lo que se ha dado en llamar la mutabilidad o flexibilidad de las medidas cautelares, que importa la exigencia de que en todo tiempo se ajusten a las necesidades del caso y, por ende, aún ejecutoriada puede modificarse ampliarse o limitarse a pedido de parte; así como el poder otorgado al magistrado para decidir, independientemente de la pretensión intentada por la parte, cuál es la

(17) Yambay Giret, R. (2017). Manual sobre medidas cautelares en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia. Asunción. Editorial Intercontinental.

medida más idónea. Esta es una nota característica de la discrecionalidad que ornamenta las facultades del Juez de la Niñez y la Adolescencia, y es la que permite que al Juzgador dar contenido al principio del interés superior y prevaleciente del niño afectado en el proceso, cuyos intereses, generalmente se desvanecen, al extremo de perder vida, ante los de los adultos que se presentan y se sienten dueños de aquel. Conforme a esta flexibilidad, el Juzgador puede apartarse de las pretensiones planteadas, ampliando o limitando las medidas requeridas *ab initio*" (45-46).

Por último, la revisión no tiene tramite incidental, de modo que bastará con que el Juzgado evalúe el o los informes presentados por los auxiliares especializados, ya sea a petición de parte o de oficio y disponer conforme a su prudente arbitrio, siempre teniendo a la vista el interés superior del niño o adolescente, la modificación o cesación de la medida cautelar. Esta decisión es inapelable por imperio del Artículo 180 del CNA.

3.4. Juez competente

La última parte del artículo en estudio dispone que el mismo Juzgado que entiende en la regulación judicial de la convivencia familiar lo sea en el establecimiento del régimen de relacionamiento. Esto es acertado por cuanto que, en la tramitación del juicio de régimen de convivencia ya el Juzgado habrá recibido suficiente información que facilitará la resolución del caso y simplificará probablemente las diligencias.

4. Comentarios al Artículo 96

En esta apartado se realiza un análisis comparativo de los cambios en la redacción del Artículo 96 del CNA y su modo de aplicación en los casos concretos.

4.1. Comparación normativa

En el siguiente cuadro se comparan los enunciados del Artículo 96 de la Ley 6.083/ 01 y 18, respectivamente.

Ley 1.680/01	Ley 6.083/18
<p data-bbox="202 287 340 315">Artículo 96</p> <p data-bbox="127 340 567 406">Del incumplimiento del régimen de relacionamiento</p> <p data-bbox="127 431 567 607">El incumplimiento reiterado del relacionamiento establecido judicialmente, podrá originar la variación o cesación temporal del régimen de convivencia.</p>	<p data-bbox="669 287 807 315">Artículo 96</p> <p data-bbox="594 340 1034 406">Del incumplimiento del régimen de relacionamiento</p> <p data-bbox="594 431 1040 1087">El proceso por el cual se dilucida el incumplimiento o no del régimen de relacionamiento establecido judicialmente se tramitará ante el mismo Juzgado que lo haya dispuesto, a través de un incidente de trámite sumarísimo prescripto en este artículo, bajo declaración jurada de los hechos alegados. El Juzgado convocará a las partes a una audiencia, a llevarse a cabo en un plazo máximo de tres días. En caso de inasistencia injustificada de la parte denunciada a la primera citación, esta será traída por la fuerza pública, no estando obligado el niño o adolescente a comparecer a la audiencia.</p> <p data-bbox="594 1116 1040 1331">Las partes concurrirán a la audiencia acompañados de sus testigos y demás instrumentos de prueba y el Juez resolverá sin más trámite, siendo a resolución recaída apelable sin efecto suspensivo.</p> <p data-bbox="594 1356 1040 1419">En caso de verificarse el incumplimiento del régimen de rela-</p>

cionamiento establecido judicialmente el Juzgado deberá disponer simultáneamente:

a) La intimación de su cumplimiento, bajo apercibimiento de disponer medidas compulsivas de cumplimiento de lo resuelto por el Juzgado. Las cuales deberán ser adoptadas conforme al principio de proporcionalidad pudiendo decretarse, entre otras la prohibición de salida del país del niño o adolescente, el allanamiento del domicilio y el auxilio de la fuerza pública especializada para la ejecución del mandato judicial debiéndose garantizar en todo momento el interés superior del niño o adolescente y disponer el acompañamiento de todo procedimiento coercitivo por los auxiliares especializados que conforman el equipo asesor de la justicia de la niñez y la adolescencia;

b) La intimación de su cumplimiento, bajo apercibimiento de lo dispuesto en la Ley Nº 4.711/12 "Que sanciona el desacato de una orden judicial". En caso de persistir el incumplimiento, de oficio o a petición de parte el Juez remitirá inmediatamente los antecedentes al Agente Fiscal Penal de Turno para la correspondiente investigación del hecho punible de desacato;

c) Imponer una sanción pecuniaria consistente en una multa que oscile entre 15 y 30 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas en la República, debiendo la misma ser proporcionalmente graduada por el Juzgado interviniente según la gravedad del incumplimiento. En caso de reincidencia o persistencia en el incumplimiento, dicha multa oscilará entre 60 y 200 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas en la República. En caso de que el obligado al pago acredite su insolvencia para el pago de la multa establecida, el Juzgado podrá sustituir la sanción pecuniaria por un servicio social equivalente.

Lo producido en concepto de multa será destinado a la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, para el financiamiento de políticas, planes y programas tendientes a fomentar el derecho de los niños y adolescentes al buen trato, la sana convivencia familiar y relacionamiento. A dicho fin, los obligados deberán depositar el monto de la multa en una cuenta especial que se habilitará en el Banco Nacional de Fomento a nombre y a la orden de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia

	En caso de incumplimiento en el pago de la multa por parte del obligado, la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia está facultada para iniciar las acciones judiciales para el cobro compulsivo de la misma.
--	---

4.2. Análisis

Con el Artículo 96, en los términos de la Ley 6.083/18 la redacción anterior contenida en la Ley 1.680/01 ha cambiado totalmente. A la luz del articulado en análisis, se fijaba un régimen de relacionamiento bajo apercibimiento que, en caso de incumplimiento reiterado del relacionamiento establecido judicialmente, podría variar o cesar temporalmente el régimen de convivencia. La nueva redacción no prevé esta consecuencia, que, de hecho, en la práctica, a pesar de ser invocada no tenía la fuerza suficiente para constreñir a los progenitores o responsables del cuidado del niño o adolescente a cumplir con el régimen fijado judicialmente. Podría decirse que la serie de denuncias públicas, socializadas en las redes sociales y los medios de comunicación generó la iniciativa de reforma legislativa que derivó en el cambio más sensible tal vez, en la lista de modificaciones contenidas en la Ley 6.083/18.

En efecto, esta nueva disposición normativa, en un extenso contenido, prevé un trámite especial para las denuncias de incumplimiento del régimen de relacionamiento establecido judicialmente, lo que no indica la norma es cuantas veces se debe incumplir el régimen para plantear el incidente. Nuevamente la definición de este presupuesto queda sujeto al prudente arbitrio del Juzgador, dado que conforme surge del texto, la denuncia no se encuentra condicionada a cierta cantidad de veces de incumplimiento, de modo que bastaría que el régimen de relacionamiento no sea cumplido una vez para que la persona afectada por ello plantee la denuncia pertinente.

4.2.1. Trámite de la denuncia

El trámite a seguir según la norma es el siguiente:

- **La denuncia se plantea vía incidente**, de trámite sumarísimo ante el mismo Juzgado que haya dispuesto el régimen de relacionamiento.
- **La denuncia debe hacerse bajo declaración jurada**. Si no se observa esta formalidad, entendemos que es pertinente que el Juzgado aplique el despacho saneador y mande a completar el referido presupuesto, antes que dar trámite a todo el incidente y terminar rechazando por inobservancia de un requisito de forma en la denuncia.
- Una vez verificado que la denuncia se presentó en forma el Juzgado convocará a las partes a una **audiencia**, a llevarse a cabo **en un plazo máximo de tres días**.

La citación debe ser notificada por cédula a la parte denunciada. Es recomendable en la misma providencia fijar una audiencia supletoria ya que en la citación se hará saber que en caso de inasistencia injustificada de la parte denunciada, se ordena la comparecencia con auxilio de la fuerza pública.

En la audiencia deben concurrir las partes con sus testigos y demás pruebas. La norma no indica cuántos testigos, pero se aplica el Artículo 176 del Código de la Niñez que alude al punto. En efecto, según este, las partes podrán proponer hasta tres testigos, pudiéndose incluir en tal condición también a los miembros de la familia cuando, por la naturaleza del proceso, sólo los familiares y personas del entorno del hogar pueden conocer la realidad de los hechos.

El incidente no se debe ordinarizar, de modo que respecto a las pruebas se aplican las reglas de pertinencia y admisibilidad (18), recordando que

(18) Esta regla está prevista en el Artículo 147 del Código Procesal que dice: “*Pertinencia y admisibilidad de la prueba. Sólo deberán producirse pruebas sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. Las que se refieran a hechos no articulados serán desechadas en la sentencia definitiva, salvo lo dispuesto respecto de los hechos nuevos alegados. No serán admitidas pruebas que fueren prohibidas*”

la prueba instrumental se acompaña con la denuncia. Cabe resaltar que los informes del equipo asesor son relevantes, si los hubieren.

- Producidas las pruebas sin más trámite se dicta **resolución**. Entendemos que debe ser un auto interlocutorio, dado que en el juicio principal ya se dictó sentencia definitiva y por medio de ella se resuelve incidente.

En la resolución, en caso de verificarse el incumplimiento del régimen de relacionamiento establecido judicialmente el Juzgado deberá disponer simultáneamente las medidas previstas en los Incisos a, b y c previstas en el Artículo referido, cuales son: a) La intimación para el cumplimiento del régimen de relacionamiento fijado judicialmente, bajo apercibimiento de disponer medidas compulsivas para el efecto; b) La intimación de su cumplimiento, bajo apercibimiento de lo dispuesto en la Ley N° 4.711/12 “Que sanciona el desacato de una orden judicial” y, c) La imposición de una sanción pecuniaria.

- **Apelación:** La resolución dictada en el incidente de denuncia por incumplimiento del régimen de relacionamiento es apelable sin efecto suspensivo. Esto es debido a que la resolución tiene fuerza de sentencia definitiva, en cuanto al efecto, si bien la norma dispone que es sin efecto suspensivo, se advierte que esta forma de concesión no corresponde en cuanto a la sanción prevista en el inciso “c”, es decir, con la relación a la sanción pecuniaria, dado que, si se cumpliera ya el pago de la multa, sería inocuo analizar la apelación interpuesta al respecto. De modo que la Jurisprudencia puede trabajar el tema y atemperar la rigurosidad de esta parte de la ley con un criterio lógico.

4.2.2. Análisis de las sanciones

El principio cardinal de la tutela judicial efectiva ofrece una nueva mirada de las sanciones conminatorias ya que no solo debe garantizarse a todo individuo la posibilidad de hacer valer judicialmente sus derechos mediante

por la ley, manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias; si lo hubieren sido, no serán consideradas en la sentencia”.

técnicas procesales idóneas y diversificadas, sino, además, la pronta ejecución de las órdenes judiciales que los reconocen.

En los temas en estudio, obligados al cumplimiento de una resolución judicial no siempre están dispuestos a hacerlo. Y menos aún si a la reticencia normal de las personas a hacer algo que no desea o que cree injusto, se añaden los componentes emocionales que presentan los juicios de familia.

Este cambio normativo prevé una mezcla de medidas compulsivas de carácter personal y pecuniario que tal vez deriva en una confusión en cuanto a la naturaleza y legalidad de las mismas.

a. Aplicación de medidas compulsivas

La norma menciona que pueden decretarse, entre otras, la prohibición de salida del país del niño o adolescente, el allanamiento del domicilio y el auxilio de la fuerza pública especializada para la ejecución del mandato judicial debiéndose garantizar en todo momento el interés superior del niño o adolescente y disponer el acompañamiento de todo procedimiento coercitivo por los auxiliares especializados que conforman el equipo asesor de la justicia de la niñez y la adolescencia.

El legislador acertadamente previó una regla para la disposición de estas medidas: **El principio de proporcionalidad**, según el cual el juez tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. El principio de proporcionalidad exige básicamente al juez realizar un juicio de ponderación o valoración respecto al impacto de la medida a aplicar, considerando la situación concreta, la gravedad de la conducta obstructiva del progenitor conviviente, y el bien a proteger, esto último se reduce al interés superior del niño.

El principio de la proporcionalidad es uno que se administra en cada caso concreto y para su efectiva aplicación comprende a su vez tres sub principios: La idoneidad, la necesidad, a proporcionalidad en sentido estricto.

1. La idoneidad: Este sub principio parte de la base que el medio previsto ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo. Así será adecuado el medio cuando a través de él puede lograrse el resultado deseado y

cuando no se puede optar por un medio distinto –igualmente eficaz– que en definitiva no limitara, restringiera o violentara un derecho fundamental o bien, afectándolo, lo hiciera en el menor grado posible. En términos más simples, la idoneidad requiere y exige, que la medida por la que debe optar el juez debe ser una que provoque la menor incidencia posible, tratándose de niños, en la personalidad de este.

2. La necesidad: Implica o significa, que la medida resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica, y que el mismo objetivo no pueda haberse alcanzado con otras medidas igualmente eficaces, pero menos lesivas o menos restrictivas para quien lo sufre.

3. La proporcionalidad en sentido estricto: Este sub principio se encuentra íntimamente ligado con la noción de justicia, pero suficientemente articulado como un freno o límite a los excesos en los que al aplicar las medidas puede derivar el arbitrio del juzgador. En definitiva, esta proporcionalidad se identifica con lo que es justo, razonable y ponderable, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.

Los criterios de idoneidad y necesidad, se traducen en impedir ciertas intervenciones que resulten finalmente más perjudiciales para los niños y adolescentes afectados en el caso concreto.

a.1. La prohibición de salida del país del niño o adolescente

La prohibición de salida del país es una medida extrema a la que se recurre cuando existe seria sospecha de que el niño o adolescente será trasladado fuera del país, es decir se dicta ante la posibilidad de que el niño sea llevado al exterior sin el consentimiento de uno o ambos padres. El Artículo 11 de la Convención impone al Estado paraguayo, el deber de adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, precisamente en este sentido se ha pronunciado el Ac. y Sent. Nº 11 de fecha 24 de mayo de 2018, dictado en el expediente: LOO S/GUARDA” se sostiene:

“... Si bien pareciera restringir el derecho constitucional al libre tránsito del niño, garantizado en el Artículo 41 de la Carta Magna, la medida de prohi-

bición de salida del país persigue garantizar el derecho del niño y adolescente a la protección contra el traslado ilícito, consagrado en el Artículo 11 de la Convención. En base a ello entiendo que la decisión de la Jueza no afecta derecho alguno del niño LOO, mas considerando que las medidas de protección son modificables inclusive dejadas sin efecto, cuando las circunstancias que la motivaron desaparecen” (19).

En igual sentido se desarrolla el tema en Yambay (2017) (20):

“Tal como se da en la medida de régimen provisorio de relacionamiento, en el contexto de otros juicios en trámite, régimen de relacionamiento, de convivencia, guarda, restitución incluso, suelen plantearse como medida de cautelar la prohibición de salida del país, del niño cuyos intereses están en juego en el juicio en cuestión. Siempre que del relato de la causa que motiva la medida restrictiva, surja la seria sospecha de la posibilidad de que antes de resolverse el fondo de la cuestión, el niño pueda ser llevado allende las fronteras del país, el Juzgado ha de disponerla. Esta medida, en otras legislaciones se conoce como medida de arraigo”.

a.2. El allanamiento del domicilio

Esta medida implica afectación a la privacidad del entorno en el que se encuentra el niño o adolescente, su residencia. La diligencia debe realizarse sin aparatosidad, de modo que no resulte traumático para el niño o adolescente. Responde a un criterio prudente que el mismo Juez dirija la comitiva judicial, cuidando en todo momento no dar participación a los medios de comunicación, a fin de salvaguardar la privacidad del niño y su entorno familiar evitar la filmación de la diligencia, salvo la que fuere ordenada por el mismo juzgado, de hecho, el deber de reserva debe ser la regla.

(19) Ac. y Sent. Nº 11 de fecha 24 de mayo de 2018, dictado por el Tribunal de la Niñez y la Adolescencia de Caacupé, en el expediente: LOO S/ GUARDA”, se desarrolla esta medida.

(20) Yambay G., R. (2017). Manual sobre medidas cautelares en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia. Asunción. Editorial Intercontinental.

a.3. El auxilio de la fuerza pública especializada para la ejecución del mandato judicial

Mientras no se cuente con una fuerza pública especializada se recomienda no recurrir a esta medida, dado que, al no ser operadores especializados en tratar asuntos de familia y específicamente derechos de la niñez y la adolescencia, la intervención de la policía puede resultar más dañino que positivo para el efectivo cumplimiento de la decisión judicial, al extremo que puede provocar en el niño animadversión hacia la madre o el padre que recurre al auxilio policial para relacionarse con él.

a.4. Acompañamiento del equipo asesor especializado

En cuanto a las medidas compulsivas, además del principio de proporcionalidad el legislador previó el acompañamiento en todo procedimiento coercitivo de los auxiliares especializados (21) que integran el equipo asesor de justicia especializada.

Entendemos que esta previsión responde a un criterio prudente ya que la colaboración tanto de psicólogos como de trabajadores sociales, especializados, dará seguridad y contención al niño. De hecho, la intervención de estos debe estar orientada a ese fin de modo que no acompañan la diligencia para asistir a las partes en conflicto sino al niño o adolescente que se encuentra en un escenario de disputas.

Respecto a la medida en cuestión se ha mencionado en Yambay (2017) (22).

“La medida de acompañamiento temporario al niño o adolescente y a su grupo familiar; consiste como su nombre lo indica en el acompañamiento por un profesional en el área social, trabajador social, al niño o adolescente

(21) Sobre el acompañamiento del equipo asesor en la ejecución de sentencia, se ha sostenido en Yambay (2017) “Nuevamente, sobresale la relevante función del equipo asesor, pues al intervenir directamente el Juez con el acompañamiento de su equipo, la tarea de ejecución de la sentencia será menos victimizante para los miembros de la familia, tuitiva para el niño y más sencilla para el Juzgado”.

(22) Yambay G, R. (2017). Manual sobre medidas cautelares en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia. Asunción. Editorial Intercontinental.

y a su grupo familiar. Como en los dos apartados mencionados anteriormente, es frecuente la judicialización de casos sociales, en torno a otros que son judicializables, como por ejemplo el maltrato en sus diversas formas.

Generalmente esta medida consiste en el acompañamiento por determinado plazo del grupo familiar por un trabajador social o incluso por un psicólogo, o ambos según las circunstancias. El asesor comisionado podrá constituirse aleatoriamente o no en la casa del niño o adolescente afectado, ocasión en que realizará las observaciones necesarias orientadas a una relación armónica como hacia el desarrollo de una economía que posibilite un sistema de vida que responda a los estándares mínimos de dignidad.

Frecuentemente, esta medida de acompañamiento se combina con otras, tales como la advertencia y la orientación al grupo familiar. Lo que se busca con ella es prevenir situaciones críticas, superar ciertos niveles de conflictos y desajustes que dificultan lógicamente un desarrollo armónico e integral del niño. El eje de derechos que pretende amparar es de la “PROTECCIÓN”, ya que en este grupo de derechos se incluyen los orientados a salvaguardar a los niños y adolescentes de todas las formas de abuso, abandono y explotación, consumo de estupefacientes, alcohol y otros...”.

b. Desacato

Otra de las medidas que el Juzgado deberá imponer es la intimación de cumplir la sentencia que dispone el relacionamiento del niño o adolescente, bajo apercibimiento de lo dispuesto en la Ley N° 4.711/12 “**que sanciona el desacato de una orden judicial**” (23), la remisión de los antecedentes al Agente Fiscal Penal de Turno para la correspondiente investigación del hecho punible de desacato.

(23) **Artículo 1º.- DESACATO DE ORDEN JUDICIAL.** El que incumpliere una orden escrita dictada en legal forma por una autoridad judicial competente, será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a dos años o multa.

Si el autor cometiere el hecho, mediando apercibimiento escrito y previo de la autoridad judicial correspondiente o fuere un funcionario público, en los términos del Artículo 14, numeral 14 del Código Penal, la pena podrá ser elevada hasta cinco años.

El “desacato” según Ossorio (24), es “el delito configurado por el hecho de provocar a duelo, amenazar, injuriar o de cualquier modo ofender en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La pena se agrava si el ofendido fuere el jefe de Estado, un miembro del Congreso, un gobernador, un ministro o un juez” (p. 314).

El desacato en algunas legislaciones es considerado como un delito que se comete al desacreditar o amenazar a una autoridad, en el desempeño de sus funciones. La sanción que se aplica a quien comete desacato tiene como finalidad garantizar el respeto de los ciudadanos al poder coercitivo del estado. Dado que la acción se comete en el momento en que una persona no acata una orden, es primordial la existencia de una orden judicial escrita previa.

El hecho antijurídico, típico, reprochable y por tanto punible, será una omisión, dada por el incumplimiento de una orden emanada de una autoridad judicial competente, en este caso la orden del Juez de la Niñez y la Adolescencia, dispuesta en una resolución, por parte de su destinatario o por interpósita persona. El castigo a este delito, varía entre seis meses a dos años de pena privativa de libertad o pago de multa. Pero, si la persona compelida a cumplir la orden judicial ya hubiere sido apercibida por escrito por el Juzgado, la pena podrá ser elevada hasta a cinco años de privación de libertad. Es decir, la situación jurídica del ofensor se verá agravada mediando aperi-

En los casos del párrafo anterior o cuando el mismo facilitare o posibilitare la comisión de otros hechos punibles, la pena privativa de la libertad también será de hasta cinco años y no será sustituible por la multa.

La autoridad judicial cuya resolución hubiere sido incumplida informará el hecho al fiscal penal de turno, para que este impulse el procedimiento respectivo bajo el presupuesto de la flagrancia.

Disponible en <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/8442/ley-n-4711-san-ciona-el-desacato-de-una-orden-judicial>.

(24) Ossorio y Florit, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica. Datascan, S.A. Guatemala, C.A. p. 314. Disponible en <http://www.herrerapenalaza.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales--Manuel-Ossorio.pdf>

bimiento escrito previo a la persona destinataria, quien, de no rever su actitud, será pasible de tal eventual condena y, cuando el mismo destinatario facilitare o posibilite la comisión de otros hechos punibles, la pena privativa de la libertad también será de hasta cinco años y no será sustituible por la multa.

Realizada la conducta, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, la autoridad judicial competente, de quien haya emanado la orden escrita, deberá denunciar el hecho al agente fiscal correspondiente. Así, lo establece el Art. 1º de la Ley Nº 4.711/12 *“La autoridad judicial cuya resolución hubiere sido incumplida informará el hecho al fiscal penal de turno, para que este impulse el procedimiento respectivo bajo el presupuesto de la flagrancia”*, transcripto más arriba.

La aplicación de esta medida fue desarrollada en el A.I. Nº 46, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de Cordillera (25), de fecha 29 de diciembre de 2017.

No esta demás acotar que la utilización de esta herramienta coercitiva en el fuero de la Niñez debe ser medida y responder a situaciones extremas ya que la criminalización o penalización de las partes mayormente acarrea más fisura a la relación familiar, ya deteriorada como efecto normal del proceso judicial mismo en el que se involucran no solo los padres sino fundamentalmente los niños. El perfil de Juez de la Niñez responde a criterios específicos, que necesariamente implica una personalidad conciliadora. El Juez de la Niñez debe asumirse como un funcionario al servicio de pacificar los conflictos. El Juez de la Niñez está llamado a tomar el conflicto que llega a su conocimiento, identificar los aspectos en los que existe controversia y decidir en forma tal que ese conflicto no se profundice sino antes bien se redefina en términos más pacíficos.

El fuero especializado requiere de un juez que sepa diferenciar cuándo existen controversias y cuándo no las hay para, en el segundo de los casos,

(25) JUICIO: “CJMM Y ASMM s/ RÉGIMEN DE CONVIVENCIA”. Juzgado de 1ª Inst. Niñez y Adolescencia. Segundo Turno. Expte. Nº 3130 – Año: 2016 – Folio: 91 vlto. Tomo II - Secretaria Nº 4). T. Apel. Niñez y Adolescencia. Expte. Nº 40 – Folio: 56 vlto. Fecha: 29/09/17.

impulsar mecanismos conciliatorios donde sean las propias partes involucradas las que encuentren la solución a su conflicto y, en el primero de los casos, allí donde existan posiciones encontradas e irreconciliables, buscar la solución que mejor satisfaga la paz y las relaciones familiares pero al mismo tiempo el fuero precisa de jueces a los que no les tiemble la voz a la hora de tomar una decisión disciplinaria en contra de aquellas partes que abusan del sistema con costos para los usuarios que las más de las veces apenas pueden costearse el transporte para llegar a los tribunales. La sociedad espera un juez abierto, amplio a las variadas soluciones posibles del conflicto, pero intolerante con los enredos y trampas procesales. En este punto es que la aplicación de los medios coercitivos debe ser el resultado de una criteriosa y prudente evaluación de los antecedentes del caso y las relaciones familiares, de modo que antes que profundizar las grietas afectivas se facilite la recomposición de la armonía en la familia”.

Por último, sobre este punto, la conducta remisa de los padres a cumplir una orden judicial guarda relación con la formación de ciudadanía del niño o adolescente, dado que la conducta de los padres es educativa por excelencia para los hijos. En consecuencia, siguiendo las pautas indicadas en el Artículo 3º del Código de la Niñez y la Adolescencia, al resultar negativa la influencia de cualquiera de los padres en la formación integral del hijo, dicha circunstancia debe ser considerada al momento de decidir la convivencia.

c. Sanción pecuniaria

El Juzgado no puede intervenir por medio de la fuerza pública cada vez que le corresponda al progenitor no conviviente ver a sus hijos, entonces se buscan mecanismos para persuadir al incumplidor a que se avenga al cumplimiento de la decisión judicial por su propia voluntad.

La tercera sanción que deberá disponer simultáneamente el Juzgado es la *multa* que oscila entre 15 y 30 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas en la República. La norma en estudio establece que la fijación de la multa debe ser proporcionalmente graduada por el Juzgado según la gravedad del incumplimiento. Nuevamente aparece al arbitrio del Juez, quien para la fijación del quantum deberá considerar las circunstancias que rodean al caso, las razones del incumplimiento, la capacidad económica del incumplidor, etc.

En cuanto a la naturaleza de esta sanción pecuniaria se puede sostener primariamente que forman parte de las astreintes, que al decir de Moisset De Espanes y Tinti (26) “son aquellas que tutelan el interés público vulnerado por la ofensa a la justicia que significa la desobediencia de sus mandatos. La doctrina sostiene que las astreintes no son una pena, sino un refuerzo o recurso implícito de las facultades propias de los jueces enderezados al cumplimiento de sus decisiones. Son provisionales por lo que puede el juez revisarlas en cualquier momento, ya aumentándolas si el escaso monto no hace mella en el ánimo del deudor, o disminuyéndolas si el deudor ha cedido ante la amenaza; y con más razón si las disposiciones judiciales no acatadas involucran derechos fundamentales de personas vulnerables, el interés u orden público, pueden ser ordenadas de oficio” (27).

En efecto, la segunda parte del inciso “c”, menciona que, en caso de reincidencia o persistencia en el incumplimiento, la multa aumentará entre 60 y 200 jornales mínimos, pero no aclara si la reincidencia en el incumplimiento es antes del incidente de denuncia de incumplimiento o después de la imposición de las medidas previstas en el Artículo 96. Si la previsión normativa alude al incumplimiento de las medidas dispuestas en el incidente, el trámite para la ampliación de la multa no está previsto. De modo que siguiendo la doctrina se puede inferir que el aumento podría disponerse incluso de oficio. Si el trámite fuera nuevamente un incidente, la cuestión sería de nunca acabar.

La imposición de esta sanción se caracteriza como discrecional dado que el juzgador puede fijar su monto libremente, dentro los parámetros determinados por la ley, 15 a 30 jornales mínimos o aumentarla de 60 a 200 jornales mínimos. En la determinación de la multa se recomienda la consideración del principio de proporcionalidad (desarrollado en el apartado a).

(26) Moisset De Espanes, L y Tinti, G.P.: “Astreintes: una revisión de los elementos salientes de las sanciones conminatorias”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artastreitesunarevisionconminatoria>

(27) Borda, G.A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, p. 50. 9ª. Ed., actualizada por Alejandro Borda. Editorial La Ley.

c.1. Insolvencia del obligado

En caso de que el obligado al pago acredite su insolvencia para el pago de la multa establecida, el Juzgado podrá sustituir la sanción pecuniaria por un servicio social equivalente.

En caso de aplicar sanción de servicio social en lugar de multa es recomendable preferir servicio en alguna entidad que desarrolle actividad con niños o adolescentes (escuelas, parques, plazas, hospitales, etc.)

c.1.1. ¿Cómo se acredita la insolvencia?

No está previsto en la norma como acreditar la insolvencia del obligado, pero dado que el trámite del incidente es sumario surge como lógica consecuencia que esta acreditación no puede ser más burocrático que el tema principal. Se entiende que al ser el mismo juez quién fijó el régimen judicial el que debe ser competente para conocer en el incidente de denuncia, el mismo ya está acabadamente informado de las circunstancias de vida de las partes, pero en el caso de no contar con información suficiente, será conveniente un estudio socio ambiental a tal efecto, en el que se ha de hacer hincapié en la evaluación de las condiciones y medios de vida e ingresos del afectado.

c.2. Destino de la multa

Lo producido en concepto de multa será destinado a la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, para el financiamiento de políticas, planes y programas tendientes a fomentar el derecho de los niños y adolescentes al buen trato, la sana convivencia familiar y relacionamiento. A tal efecto, el monto de la multa será depositado por los obligados en una cuenta especial que se habilitará en el Banco Nacional de Fomento a nombre y a la orden de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia.

La intención del legislador de crear fondos para el desarrollo de políticas o programas dirigidos al fomento de las buenas relaciones familiares entendemos que es positiva, pero tratándose de una cuestión que guarda relación con un proceso del fuero de la Niñez hubiera sido interesante que las multas fueran destinadas al fortalecimiento del Sistema de Justicia Especializada.

Por otra parte, la norma no especifica si habrá una cuenta unificada a nivel país o por cada caso será habilitada una. Entre tanto haya una definición institucional al respecto se deberá habilitar una cuenta específica en cada caso de lo cual se deberá hacer saber al Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, oficio mediante.

c.3. Legitimación para ejecutar la multa

En caso de incumplimiento en el pago de la multa por parte del obligado, el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia tienen legitimación activa para iniciar las acciones judiciales para el cobro compulsivo.

4.4. Las medidas previstas en los incisos b) y c) del Artículo 96 de la Ley 6.083/18 y la prohibición del doble juzgamiento

La Constitución Nacional, establece una serie de derechos y garantías básicas, para todas las personas sometidas a la jurisdicción y a la potestad administrativa sancionadora del Estado, en el capítulo de la libertad y de la seguridad de las personas, que constituyen verdaderos límites jurídicos a la autoridad punitiva del Estado.

Ramírez Candia, (2007) (28) define aquellos límites como “Derechos y garantías procesales” y sostiene: “Las disposiciones constitucionales, que establecen los derechos fundamentales de naturaleza procesal o jurisdiccional reciben esta denominación porque despliegan su eficacia frente al ejercicio de la potestad jurisdiccional y alguno de ellos, también frente a la potestad administrativa disciplinaria o sancionadora”. Entre estos derechos y garantías procesales resalta “la prohibición de doble juzgamiento” como garantía procesal.

La expresión *non bis idem* encierra un tradicional principio general del Derecho con un doble significado: por una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento y, por otra, es un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de

(28) Ramírez Candia, M. Derechos y Garantías Procesales. LLP 2000, 01/01/2000, 145. Cita Online: PY/DOC/14/2007. Disponible en <https://www4.laleyonline.com.py/maf/app/search/run/multi>

dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto. Esta vertiente procesal impide no sólo la dualidad de procedimientos administrativo y penal- sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Específicamente respecto a la figura en cuestión, cuestión el citado jurista sostiene:

“La constitucionalización de que el imputado tiene derecho a: “que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho” que contempla el Artículo. 17 numeral 4, es la incorporación del principio penal del *non bis in ídem*, en los términos generales consiste en la prohibición de sancionar un mismo hecho más de una vez. Es una garantía individual de la persona que fue objeto de persecución penal, a no ser perseguido de nuevo por el mismo hecho. Se prohíbe perseguir más de una vez, sea simultánea (litispendencia) como sucesivamente (cosa juzgada)”.

Desde esta perspectiva habrá que analizar si las medidas previstas en los incisos “b” y “c” del Artículo 96 de La Ley 6.083/18, *imposición de multa* y la *sanción por desacato* no riñen con la garantía procesal de la prohibición del doble juzgamiento. Tarea que se reserva para otro estudio minucioso, destacando que en el afán de la creación o mantenimiento de vínculos paternos filiales, familiares o sociales los operadores del sistema de administración de justicia tienen la misión de evitar situaciones que coloquen a los niños y adolescentes en un escenario traumático, abriendo una ventana como la penalización de conductas que, lejos de efectivizar derechos, pueden derivar en una victimización innecesaria para los principales afectados, los niños y adolescentes envueltos en la enmaraña de las crisis de relacionamiento de los adultos entre sí.

4.3. ¿Qué ocurre si el que no quiere relacionarse es el niño o adolescente?

Con la ley en estudio se observa que aparecen varios recursos jurídicos para la coacción del relacionamiento de los hijos, con los padres, con la familia ampliada e inclusive con terceros afines. Pero, ¿qué ocurre cuando son los niños los que se niegan al relacionamiento? La ley modificatoria no prevé

la situación, lo que lleva a deducir que la norma fue dictada desde una postura adulto céntrica que ignora al niño o adolescente como actor social, como persona, como el otro yo de quienes pretenden vincularse con él.

La consideración del niño o adolescente como protagonista central en la situación en análisis obliga a pensar y analizar la cuestión desde su punto de vista. Se puede inferir que en el régimen de relacionamiento existen cuestiones que deben generar amplios debates, desde una perspectiva psicojurídica, especialmente respecto a la viabilidad o no del régimen de relacionamiento a favor del progenitor no conviviente negligente o deliberado, incumplidor del rol paterno o materno, cuyo objetivo finalmente no es crear o estrechar lazos con el hijo sino utilizarlo como medio para imponer su presencia en el contexto social o personal o por qué no sentimental del otro progenitor.

La eficacia de las medidas delineadas en la ley en estudio para el cumplimiento del régimen de relacionamiento será juzgada con el tiempo y en los diversos casos que se planteen, pero, el escenario presentado en este apartado todavía dista de ser siquiera descrito y analizado en profundidad lo que deriva la necesidad de ahondar las investigaciones que tomen por objeto de estudio esta problemática.

En el caso de presentarse incidente de denuncia por incumplimiento del régimen judicial de relacionamiento y de comprobarse que es el niño o adolescente quien resiste, mal podría imponerse las medidas previstas en el Artículo 96 a la madre o al padre conviviente, sino previamente trabajar el ánimo y los afectos del niño o adolescente, con el auxilio del equipo asesor especializado.

V. Conclusión

La legislación es coincidente en que el niño o adolescente tiene derecho a la convivencia familiar y al relacionamiento con el progenitor o progenitora no conviviente, siempre que la efectividad de ese derecho no colisione con sus intereses, entendiéndose particularmente con su bienestar.

Con la ley en estudio se prevén varios recursos jurídicos para la coacción del relacionamiento de los hijos, con los padres, con la familia ampliada

inclusive con terceros afines, pero no se advierte al niño considerado como actor social. Fundamentalmente se ignora el supuesto de que el niño o adolescente se niegue o a la convivencia o al relacionamiento. Esto lleva a inferir que la norma fue dictada desde una postura adulto céntrica que centró la atención en los intereses del adulto antes que en los de los niños o adolescentes.

La reforma legislativa en estudio hubiera sido una oportunidad interesante para introducir la figura de la convivencia compartida como herramienta válida al momento de definir alguna controversia referida a la convivencia de los niños y adolescentes o fijar pautas para la determinación de la misma.

No se advierte una modificación sustancial que derive en el resguardo de los intereses del niño sino fundamentalmente en definir la convivencia o forzar el cumplimiento de un régimen de relacionamiento sin importar cuanto más se dañe o fisura las relaciones afectivas de los miembros de la familia y no salvaguardar el derecho del niño a tener y gozar de una familia y sobre todo a ser protegido contra las pasiones que nublan las relaciones familiares y su bienestar.

La consideración del niño o adolescente como protagonista central tanto, en la convivencia como en el relacionamiento obliga a pensar y analizar la cuestión desde su punto de vista. Esto impone intensos debates, desde una perspectiva psicojurídica, siempre anteponiendo los intereses del niño o adolescente que debe ser asumido como centro de la cuestión, atendiendo su fragilidad natural dada su condición de ser en desarrollo, desechando la posibilidad de que su persona sea usada como medio para que los adultos referentes –padres, familiares, terceros afines– satisfagan intereses o caprichos que no son consecuentes con el ideal de la conducta de los adultos de su entorno, que deben sumar para el bienestar integral de aquel.

El cambio normativo prevé una combinación de medidas compulsivas de carácter personal y pecuniario que puede generar una confusión en cuanto a la naturaleza y legalidad de las mismas, además de ser excesivas o redundantes incluso, dado que su imposición, en caso de advertirse el incumplimiento del régimen judicial de relacionamiento, es simultánea y no alternativa.

La jurisdicción especializada, ante la ceguera legislativa, debe ser fortalecida con operadores formados en Doctrina de la Protección Integral, y particularmente los jueces de niñez, aplicadores de la norma deben considerar prudentemente el impacto que la aplicación de las medidas puede generar en las fisuradas relaciones familiares o paternas filiales.

El escenario presentado desnuda la necesidad de ahondar las investigaciones que tomen por objeto de estudio la problemática y, finalmente, la eficacia de las modificaciones legislativas será juzgada con el tiempo y en los diversos casos que se presente.



Doctrina Internacional

Actos de desmesura. Adolescentes con comportamientos sexuales violentos *

Marcelo Della Mora **

Resumen

En el presente trabajo se analizan y comparan las producciones discursivas de adolescentes recopiladas a través de entrevistas abiertas. Además, se recoge información de un grupo de expertos de diferentes disciplinas relacionadas con el tema en estudio. Objetivo: analizar si existe alguna relación entre la información sexual recibida y el comportamiento sexual violento, en el contexto de otras variables intervinientes. Metodología: Sujetos: adolescentes varones y mujeres de 13 a 19 años escolarizados, con residencia en la ciudad de Buenos Aires. Muestreo: intencional. Instrumentos para la recopilación de datos: a) entrevistas abiertas individuales y grupales con adolescentes del rango de edad y lugar de residencia mencionados; y b) entrevistas abiertas con informantes clave. Estas estrategias metodológicas fueron muy útiles para desarrollar un Instrumento de medición (Encuesta) que

* Versión corregida del trabajo titulado “Jóvenes con conductas sexuales violentas”, presentado en el “Encuentro de Investigaciones en Salud Mental y Derechos Humanos en las infancias y adolescencias” organizado por el Departamento de Salud Comunitaria de la Universidad Nacional de Lanús, y Grupo de Trabajo CLACSO ‘Juventudes e infancias’; celebrado en 2018 en la Universidad Nacional de Lanús.

** Periodista. Psicólogo clínico y forense. Epidemiólogo (UBA). Investigador científico del Abuso Sexual Infantil (ASI). Profesor Asociado a cargo de la asignatura Psicología Jurídica y Política, Universidad Kennedy. Directivo de SASIA, Sociedad Argentina de Salud Integral del Adolescente. DellaMoraMarcelo@gmail.com

contempla variables de dos dimensiones en estudio: Información Sexual y Comportamiento Sexual Violento cuyos indicadores permiten dimensionar el sentido que los adolescentes le otorgan al embarazo. Resultados: el comportamiento sexual violento parece estar relacionado con la información sexual recibida.

Palabras claves: *sexualidad, adolescencia, violencia sexual, comportamiento sexual violento.*

I. Introducción

El presente trabajo surge como un avance del proyecto de investigación titulado “La información y la formación sexual en relación con la conducta sexual violenta en adolescentes de 13 a 19 años, escolarizados, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, dirigido por el autor en la Facultad de Ciencias Psicológicas de la Universidad Kennedy (Argentina). La relevancia del presente estudio científico de campo se fundamenta en que son escasas las investigaciones que han intentado explicar el efecto que tienen sobre el comportamiento sexual violento, variables relacionadas con la información sexual recibida (Pantelides & López, 2005).

I. a. Objetivo

Analizar si existe alguna relación entre la **información sexual recibida** (de padres, pares, escuela, etc.) y la **conducta sexual violenta** (padecida por y/o ejercida a otros), en el contexto de otras variables intervinientes.

I. b. Preguntas que guiaron el presente estudio

Algunos interrogantes en torno a los cuales gira el presente estudio son:

- Los adolescentes ¿pueden darse cuenta de un comportamiento sexual violento en ellos mismos y/o en los otros?

-
- ¿Existe alguna relación entre los comportamientos sexuales violentos y la información sexual recibida?
 - ¿De quiénes reciben la información que reciben los adolescentes sobre temas vinculados con la sexualidad?

II. Materiales y método

II. a. Sujetos

a) Adolescentes. De 13 a 19 años (1), que se encontrasen cursando estudios secundarios en escuelas públicas y privadas de gestión oficial, con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires.

b) Informantes-clave. Profesionales de disciplinas conexas vinculados a la docencia, la justicia, la asistencia clínica y la investigación científica de campo con adolescentes, cuya probada experiencia (a juicio del autor) constituyese un valor agregado a la investigación y cuya trayectoria superase los 15 años en el ejercicio profesional.

II. b. Muestreo: La selección de los adolescentes y de los informantes-clave que participaron en el estudio fue realizada mediante un muestreo intencional.

II. c. Instrumentos para la recolección de los datos

a) Entrevistas a adolescentes

En las entrevistas grupales se privilegió la diversidad sexual para permitir el despliegue de opiniones desde la perspectiva de género. Ello nos permitió precisar mejor el tema en estudio, puesto que son las mismas personas

(1) La OMS define los adolescentes como las personas de edades comprendidas entre 10 y 19 años. Por otra parte, define con la palabra juventud a las personas de edades comprendidas entre 15 y 24 años. Los jóvenes del presente estudio constituyen una combinación de los dos grupos anteriores, que se superponen y abarcan las edades comprendidas entre los 13 y los 19 años, ya que ese es el rango etario que comprende a los estudiantes del ciclo secundario.

objeto de la investigación quienes proporcionaron datos sensibles, sus interrogantes, sus posiciones singulares en situaciones de violencia (no exclusivamente sexual), sus conductas de cuidado y prevención, sus opiniones acerca de la información sexual recibida por padres, educadores y pares, etc. Además, son informantes privilegiados con respecto a sus sentimientos y pensamientos, a los cuales no se podría acceder de otra manera.

b) Entrevistas a informantes-clave

Se entrevistó a informantes-clave, expertos en la temática: médicos especialistas en hebiatría; psicólogos/as cuya labor clínica se enmarca en la atención de adolescentes; asistentes sociales del Equipo de Adolescencia de hospitales públicos de la Ciudad de Buenos Aires; abogados especialistas en derechos de NNYA; investigadores científicos y docentes del ciclo medio. Por su probada experiencia los profesionales brindaron un amplio panorama del tema, quienes además de aportar datos de gran riqueza, proporcionaron un beneficio significativo al permitir acceder a una mayor gama de fenómenos conexos, no restringida únicamente a la experiencia del investigador.

Las estrategias metodológicas mencionadas aportaron información detallada acerca de los saberes, haceres y sentires de los jóvenes sobre la sexualidad para *–a posteriori–* construir una Encuesta que contemplase variables que midiesen el fenómeno en estudio, y otras variables duras: socio-biodemográficas, educacionales, familiares, etc. Las principales variables se agruparon en tres categorías (ver ANEXO) que exploran:

- 1.- (In)formación sexual recibida
- 2.- Comportamiento sexual violento en los vínculos adolescentes
- 3.- Situaciones de violencia en/entre adolescentes

II. d. Procedimiento

Con el consentimiento informado firmado por los adultos responsables del núcleo de convivencia de los entrevistados y por los entrevistados, a quienes se les explicó cuál es la finalidad del estudio, se grabaron las sesiones que luego fueron desgrabadas. Se tuvo en cuenta que los adolescentes que quisiesen participar no guardaran vínculos amistosos entre sí para que

emisión de opiniones y comentarios pudiera fluir sin restricciones. También se consideró pertinente que los grupos (aunque pequeños en número) se dividiesen previamente en dos rangos etarios: 13 a 15 años, y 16 a 19 años, conjeturando que de acuerdo a la etapa del desarrollo por la que atraviesan tendrían inquietudes diferentes, por lo que esta estrategia posibilitaría un mejor nivel de producción.

II. e. Procedimiento estadístico

Las entrevistas fueron desgrabadas y transcritas en su totalidad. Para facilitar la identificación de las categorías preliminares utilizamos el Software *Atlas.ti* que permite crear un sistema de codificaciones (Codes, Quotations, Memos) y redes (Networks) de categorías entre las distintas sesiones, tanto individuales como grupales, e inclusive con las entrevistas a expertos. *Atlas.ti* es una maravillosa herramienta creada por el psiquiatra Thomas MUHR en la Universidad Técnica de Berlín para analizar grandes volúmenes de datos textuales; permite no sólo almacenar los datos y facilitar un rápido acceso posterior a los mismos, sino que también tiene la ventaja de auxiliarnos a los investigadores a organizar, reagrupar y entretrejer vinculaciones entre datos de manera sistemática y al mismo tiempo muy creativa. La fundamentación teórica de *Atlas.ti* se basa en la Grounded Theory (GT por sus siglas en inglés, o Teoría Fundamentada en Datos), un método para la recolección y análisis de datos cualitativos elaborado por los sociólogos GLASER & STRAUSS (1967). Esta teoría se apoya en un método para construir teorías, conceptos, hipótesis y proposiciones partiendo directamente de los datos y no de supuestos a priori o de marcos teóricos existentes.

III. Marco teórico

III. a. Antecedentes históricos

Probablemente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, una serie de convenciones y pactos internacionales han ido cimentando importantes bases sin las cuales hoy no sería posible hablar del interés superior del niño;

por citar algunos ejemplos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1986; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1986; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1986; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1968; y fundamentalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José de Costa Rica, de 1984.

En la República Argentina, la Ley Nacional N° 23.849 de Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, fue sancionada por el Congreso de la Nación en septiembre de 1990. Adicionalmente, con la reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1994 tanto la CDN como las mencionadas declaraciones, pactos y convenciones internacionales fueron incorporados en el Art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, lo que significa que el Estado argentino se compromete internacionalmente a lograr progresivamente su plena efectividad.

La CDN introdujo un cambio paradigmático, en tanto reconoce a niñas, niños y adolescentes (en adelante NNYA) como sujetos de derechos, ya no más como objeto de protección o tutela. Por consiguiente, les considera “titulares de derechos” y de acuerdo con sus capacidades pueden ejercerlos autónomamente. Además, la CDN establece algunos principios rectores que deben ser respetados y guiar la interpretación de todas las normas relacionadas con NNYA en todos los niveles.

Si bien la aprobación de la CDN marcó un hito histórico que operó como bisagra en la instauración de un régimen global respecto de los derechos en la niñez, la preocupación internacional por los derechos del niño se remonta a 1924 con la Declaración de Ginebra, proclamada por la Sociedad de las Naciones, organismo internacional precedente de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En 1959 la ONU proclamó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la cual junto con otras resoluciones y documentos conformaban la Doctrina de las Naciones Unidas sobre la Protección Integral de la Infancia: el sistema legal internacional de protección de la niñez que fue consolidado

definitivamente con la CDN. En el año 1991 se creó el Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (CASACIDN), una coalición de organizaciones de la sociedad civil comprometidas con la temática de NNyA con una perspectiva acorde a la CDN.

La misión de la CASACIDN es contribuir al cumplimiento efectivo de los derechos de NNyA a través de una tarea permanente de capacitación, sensibilización, denuncia y vigilancia del cumplimiento de la CDN. Ello condujo a un lento pero sostenido desarrollo del principio de interés superior del niño, ya que —en Argentina— se encuentra reconocido con jerarquía constitucional.

Ese compromiso se vio reflejado en varias leyes; sin embargo, hubo que esperar más de una década. Recién en el año 2005 se produjo la primera reforma legislativa en el territorio argentino con la Ley Nacional N° 26.061 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 (...) asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”* (Art. 1º).

Por esta razón debe garantizarse que NNyA puedan participar directamente y de forma significativa en sus asuntos y terminar con la práctica de la “sustitución de la voluntad” derivada de la intervención exclusiva de sus representantes, en los procesos de toma de decisiones. Este principio está contemplado en el Art. 12 de la CDN estableciendo que *“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”*.

III. b. Interés superior del niño

La significación que la CDN otorga a la infancia ubica al niño como sujeto pleno de derechos. Tal como lo expresa el Art. 3º de la Ley 26.061 “se

entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida, es decir 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 (2), 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”.

Sin embargo, en palabras de GUATTARI (1996, p. 34): “la refundación de lo político deberá pasar por las dimensiones estéticas y analíticas que se implican en las tres ecologías del ambiente, el socius y la psique. No se puede concebir como respuesta al envenenamiento de la atmósfera y al recalentamiento del planeta debido al efecto invernadero, una simple estabilización demográfica, sin una mutación de mentalidades, sin la promoción de un

(2) El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) es el instrumento legal más importante del derecho privado. Aprobado en octubre de 2014 por Ley N° 26.994 introdujo el concepto de “responsabilidad parental” para reemplazar el término “patria potestad”. El Art. 638 del CCyC expresa: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. La figura de la “responsabilidad parental” se construye sobre la base de los ejes señalados en el Art. 639: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

nuevo arte de vivir en sociedad”. Ello significa que la CDN es un cristal multifacético a través del cual leemos la realidad de NNYA.

III. c. Adolescencias

Desde el punto de vista jurídico, el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) de la Nación denomina genéricamente “menores de edad” a todas las personas desde el nacimiento hasta los dieciocho años. A su vez, dentro de las personas menores de edad existen dos categorías: son “niñas y niños” (“niños”, genéricamente hablando), desde el nacimiento hasta los trece años cumplidos; y “adolescentes”, desde los trece años hasta la mayoría de edad a los dieciocho años: *“se considera menor de edad la persona que no ha cumplido los 18 años; se incorpora al adolescente entendiendo por tal al menor de edad que cumplió 13 años”* (Art. 25 CCyC). Al referirse a las personas menores de edad, el CCyC utiliza la denominación “niñas, niños y adolescentes”.

La adolescencia “es una construcción subjetiva en la que participan tanto el contexto microsocio familiar como el macrosocio, histórico y etnocultural; por esta razón es más pertinente hablar de adolescencias, ya que cada adolescencia se vincula a una experiencia subjetiva y a una historia particular” (DELLA MORA, 2018; p. 83). Es un tiempo de la vida lleno de cambios biopsicosociales y legales, en simultáneo y en un mismo sujeto.

El tránsito adolescente no es madurativo sino transformacional, algo que se logra y se conquista con trabajo psíquico y cultural, de lo contrario se estanca y se inhibe vivenciándose como un fracaso. La adolescencia, entonces, es el tiempo de la vida en el cual tiene lugar el empuje de crecimiento puberal y el desarrollo de las características sexuales secundarias, así como la adquisición de nuevas habilidades sociales, cognitivas y emocionales. Además, la autoestima, la autonomía, los valores y la identidad van consolidándose.

Paris Pombo (1990) dice que la identidad es siempre colectiva, más allá de que tenga variantes individuales, pero que el sujeto no puede construir su identidad solo, el grupo le da sus referencias simbólicas y de contención; es decir, la identidad es relacional, se construye con la existencia del otro, es

especular. Todo lo cual supone una gran metamorfosis, tanto en el cuerpo como en el alma.

La palabra adolescente proviene del latín *adolescens*, que significa ‘que está en periodo de crecimiento, que está creciendo’, desarrollarse hacia la madurez, crecer. Ese crecimiento supone un tiempo transformacional de progresos y retrocesos que va mutando permanentemente en una sociedad de consumo con vaivenes económicos, con la aceptación y el despliegue de diversas sexualidades. Durante la adolescencia se conmueve cada uno de los elementos de la constitución subjetiva, promoviendo un conflicto interno muy intenso.

En la inicial definición de 1965, la Organización Mundial de la Salud (OMS) le asignaba a la adolescencia el tramo que se extendía entre los 10 y los 19 años; hoy se ha prolongado hasta mucho más allá de los 24 años (SAWYER *et al.*, 2018). Aun cuando esta definición hace hincapié en la edad cronológica, antropológicamente es un periodo indeterminado, con grandes variaciones en cuanto a su duración y significado social, debido a múltiples factores de amplia gama, incluso dentro de un mismo contexto geográfico.

Las pautas de crianza de NNyA, el contexto familiar y los pares tienen una gran relevancia en la determinación de hábitos y estilos de vida, por lo que es imprescindible acompañarles acompasadamente, brindándoles los medios para incorporarse a la cultura –sin exigirles que la reproduzcan ciegamente– para que puedan apropiarse de la tradición, de los valores y al mismo tiempo desplegar sus propias alas al viento (Della Mora, 2018; p. 86). Cuatro son las cualidades que idealmente se desarrollan en adolescentes: 1) la implicación social, lo que supone relaciones interpersonales significativas y gratificantes; 2) la búsqueda de novedades los incita a dejarse sorprender por sensaciones intensas; 3) la experimentación creativa les permite contemplar el mundo a través de nuevos cristales, cual un caleidoscopio; y 4) el aumento de la intensidad emocional, que implica situaciones novedosas que estimulen sus sentidos y sentires.

III. d. Autonomía progresiva

El Art. 26 del CCyC ha dado lugar a los más encendidos debates interpretativos; está dedicado al “ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” disponiéndose que “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

El Art. 26 del CCyC recoge el principio de autonomía progresiva y se halla en consonancia con el Art. 5º de la CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Por lo tanto, la autonomía progresiva es el reconocimiento jurídico de que la niñez y la adolescencia son períodos de la vida de las personas en que se está consolidando de manera progresiva su capacidad de discernimiento. Es decir, la habilidad para comprender información, aplicarla a una situación

particular para poder definir alternativas de actuación y, finalmente, tomar decisiones.

Cabe destacar que, en la actualidad la ley no es clara respecto de la autonomía progresiva de los adolescentes, prevista en la Ley Nacional N° 26.742, promulgada en mayo de 2012, a pesar de que se modificó el Art. 2° de la Ley 26.529 del año 2009 quedando redactado de la siguiente manera: *“e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”*, habida cuenta que la edad cronológica es un constructo demográfico, más que funcional, por lo tanto, es relativa debido a que la edad por sí misma no es un factor causal, explicativo o descriptivo, ni una variable organizadora de la vida humana; es menos importante el tiempo que pasa, que lo que ocurre durante ese tiempo. Iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros.

III. e. Sexualidades en las adolescencias

Los esfuerzos que hemos venido realizando durante décadas los investigadores de la sexualidad infantojuvenil, tratando de identificar los factores que influyen en la adopción de comportamientos sexuales placenteros, saludables y responsables, se fundamentan en la noción de que los casos de violencia sexual podrían reducirse si se difundiese más información en la población adolescente (Bianculli *et al.*, 2000; Della Mora, 2013; Schwartz & Della Mora, 2013; Geldstein *et al.*, 2001; Gogna *et al.*, 2009) y, en el caso de quienes se encuentran escolarizados, si se facilitase un mayor acceso a los objetivos previstos en el Artículo 3° de la Ley Nacional N° 26.150/2006 de Educación Sexual Integral (en adelante, ESI): *“...incorporar la educación sexual integral dentro de las propuestas educativas orientadas a la formación armónica, equilibrada y permanente de las personas; asegurar la transmisión de*

conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre los distintos aspectos involucrados en la educación sexual integral; promoviendo actitudes responsables ante la sexualidad” (Kornblit & Adaszko, 2007).

Cuerpo y sexualidades no pueden reducirse ni a lo instintivo, ni a lo biológico, ni a lo natural ni a lo genital ni a lo reproductivo ni a lo hormonal: intentos de domesticar la sexualidad. Se trata de las sexualidades de subjetividades legisladas y del plus que escapa a la legislación: los animales tienen sexo; los humanos, sexualidad. Cuerpo y sexualidad suponen la referencia a la ley que anuda al sujeto más allá de su naturaleza porque le suministra historia, filiación y referencia genealógica; la ley humaniza y subjetiviza y, al hacerlo, desnaturaliza (Gérez Ambertin, 2018).

Cada cuerpo puede ser pensado como una historia: biográfica y socio-política cultural. Todas las experiencias vitales están inscriptas en el cuerpo. De acuerdo con los estudios de Reich (1927), cuando el cuerpo recibe un estímulo placentero, agradable, se produce un movimiento de expansión centrífuga, y cuando recibe un estímulo displacentero, desagradable, se produce una contracción centrípeta (Della Mora, 2015). La educación sexual es un proceso continuo que se inicia en íntima relación con los referentes más significativos de la infancia y la niñez, y va consolidándose acompañando los cambios de la adolescencia, la adultez y la vejez (Grande, 2008; Maddox, 1999).

Para que la información sexual pueda ser un agente aliado de la prevención, debe formar parte de la permanente educación como facilitador de un proceso de transformación (no exclusivamente escolar, sino también parental, cultural, histórico-social, de pares, etc.) formativa y estructurante de la personalidad (Lewkowicz, 2004; Della Mora, 2005).

Cabe destacar que la CDN contempla en su Art. 13 que *“el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”*. De manera que se debe asegurar NNyA que cuenten con la información necesaria para tomar decisiones y que tengan el acompañamiento que necesitan para este proceso. La necesidad de este acompañamiento decrece de acuerdo con el aumento del grado de

autonomía del NNyA. Es por ello que en la infancia se requerirá un mayor acompañamiento y en la adolescencia tardía se puede prescindir completamente de este para la toma de decisiones.

Ahora bien, la información en sí misma no actúa en las estructuras psíquicas cognitivas, ni crea recursos, habilidades ni mecanismos al servicio de la resolución de las diferentes situaciones que la realidad convoca permanentemente al individuo a resolver (Fridman, 2007). Es importante que al facilitar la información sexual se tome como punto de partida el conocimiento que NNyA ya tienen organizado, para señalarles las posibles contradicciones e incorporar los datos que no habían sido considerados previamente. De este modo pueden hacer una nueva elaboración cognitiva (Della Mora, 2005). Las operaciones formales otorgan al pensamiento un poder totalmente nuevo cuyo equilibrio se alcanza cuando la reflexión comprende que su función característica no es contradecir, sino interpretar la experiencia haciéndola vívida. Por lo expuesto precedentemente prefiero hablar de **formación** (en valores con respecto a lo) **sexual**, es decir informar para conocer y formar para ser.

III. f. Cuando la sexualidad es un acto de desmesura

Por comportamiento sexual violento se entiende el maltrato sexual en todas sus manifestaciones, por ejemplo: abuso, acoso y coerción sexual; violencia física, verbal y emocional; abandono, descuido y negligencia; *Grooming* y *sexting* (Balier, 2000; Della Mora, 2014; Mc Dougall, 2004; Gérez ambertin, 2004; disanto, 2009; kristeva, 1988; janin, 2012).

Los casos de Abuso Sexual en NNyA tienen una importante dimensión cuantitativa; provocan serios daños por tratarse de situaciones que generalmente ocurren en el ámbito intrafamiliar o entorno cercano y de una manera crónica o reiterada, y por tanto requieren un abordaje médico, psicosocial y jurídico particular. De acuerdo con el Código Penal de la Nación Argentina se distinguen distintos tipos de comportamientos sexuales violentos de NNyA y se encuentran tipificados en el Libro Segundo, Título III: "Delitos Contra la Integridad Sexual".

El abuso sexual simple incluye actos sin penetración como tocamientos, manoseos o contacto con los genitales: *“el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”* (Art. 119, 1er. párrafo); el abuso sexual calificado se refiere a prácticas que son gravemente ultrajantes para la víctima, aunque no sean de penetración, como la utilización de objetos, la obligación de masturbarse o de masturbar otro, etc.: *“...cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”* (Art. 119, 2do. párrafo); y la violación: *“cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”* (Art. 119, 3er. párrafo) que puede agravarse por el vínculo: *“si el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, o hermano...”*, sin mencionarlo la norma se refiere al incesto.

El Código Penal considera que antes de los 13 años NNyA no están en condiciones de prestar consentimiento sexual válido, por lo tanto, la persona adulta o con una diferencia importante de edad, que mantenga relaciones sexuales con una persona menor de 13 años será sancionada penalmente. Esta previsión penal no supone desconocer que NNyA pueden empezar su actividad sexual consentida antes de ese momento.

En un trabajo de reciente publicación, UNICEF (2017) define violencia sexual a la *“acción de someter a una persona a la voluntad de un agresor, aprovechándose de la impotencia y desvalimiento de las víctimas, con la intención de dañarla, causarle dolor y sufrimientos (físicos o mentales), despersonalizarla y dominarla sometiéndola a actos sexuales sin su autorización ni consentimiento”*.

Se habla de comportamiento sexual violento porque un acto no define al sujeto y porque no puede atribuirse valor de pronóstico a un comportamiento sexual en esta etapa del curso de vida, sin contextualizar e historizar los hechos de que se traten; algunos utilizan la fuerza o la violencia extrema

mientras otros engañan, presionan sutilmente o manipulan a sus víctimas a la actividad sexual con o sin contacto físico (Barbich & Molina, 2009; Della Mora, 2016; Della Mora *et al.*, 2017; Iacuzzi, 2011). Por otra parte, dada la franja de edad en años, en la mayoría de los casos son sujetos que aún están en plena etapa de construcción de su aparato psíquico por lo que no es posible un diagnóstico de estructura, y toda intervención sobre el mismo será determinante para impedir o favorecer el proceso de subjetivación.

La revisión de la literatura científica obliga a repensar la condición de quienes, siendo aún niños o adolescentes, ejercen violencia sexual; y también revisar las variadas respuestas y abordajes que las instituciones y la sociedad tienen frente a esta problemática como una estructura clínica definida o como conductas vinculadas a cuestiones socioculturales. Por ejemplo, para André (1995) los que cometen algún tipo de comportamiento sexual violento no son necesariamente perversos sino estructuras *borderline*, sujetos en construcción que en muchos casos están perplejos. Se trata, entonces, de que se responsabilicen, darle alguna significación simbólica, de reflexión de su actuar. El mencionado autor propone pensar en dispositivos institucionales de tratamiento y también en un dispositivo jurídico, donde el tránsito por la sanción jurídica también humanice al sujeto André (1999).

Legendre (1994), jurista y psicoanalista francés, acuñó el atinado concepto de **función clínica del Derecho** para referirse a una operación simbólica en la cual el sujeto acota la desmesura e inscribe una deuda simbólica. El escenario judicial con la liturgia y ritualidad de sus procedimientos permite inscribir el acto como trasgresión, apalabrarlo, y recibir una sanción que no quede ligada al castigo y a la venganza. De esta manera, la sentencia lo ubica como deudor, lo vincula al orden genealógico, aquel que alude al ordenamiento humano que regula el lazo social. Legendre plantea que la función de la ley es instituir la vida porque considera que todo sujeto nace dos veces, primero en el orden biológico y luego en el orden institucional. Dicho orden regula el lazo con el semejante y sanciona las grandes prohibiciones, tales como el homicidio y el incesto; lo cual permite que la individuación sea posible, ya que arma condición humana. Transgredir las grandes prohibiciones tiene efectos devastadores, también para quien las comete.

En esta misma línea, Lewkowicz (2004) expresa que la ley simbólica, como estructurante del sujeto, se vehiculiza, se inscribe y opera a través el dispositivo de la juridicidad estatal, es decir que la norma jurídica es el soporte de la ley simbólica ya que esta no puede operar sus efectos desde sí, sino mediante algún procedimiento social efectivo, por lo cual requiere de operadores situacionales que trabajen con procedimientos que le otorguen eficacia. En ese sentido, si no hay un perfil elaborado sobre dichos sujetos ¿cómo es posible pensar en un tratamiento? o, mejor dicho, ¿cómo es posible pensar en la efectividad de un tratamiento si desconocemos el lugar del cual partimos? Lo cual lleva a pensar ¿qué es lo que se está ‘tratando’? y ¿a quiénes se ‘trata’?

Ryan, Leversee & Lane (2010) plantean que, para que una conducta sexual sea definida como abusiva debe contener tres grandes componentes: 1) que la conducta sexual se realice en contra de la voluntad de la víctima; 2) sin consentimiento claro de las consecuencias y conductas específicas asociadas a la petición sexual; y 3) que se desarrolle de modo agresivo, bajo amenaza o utilizando mecanismos de manipulación. La definición apunta a una diferencia de poder físico, o de desarrollo madurativo o un diferencial de estatus que es utilizado para alcanzar un objetivo de tipo sexual y en donde la víctima presenta una desventaja en las opciones para negarse, u oponer resistencia, sea de forma activa o pasiva.

Desde el punto de vista de Finkelhor (1994), para que un acto sexual abusivo ocurra serían necesarias cuatro precondiciones: 1) la motivación para abusar, ya sea por experiencias traumáticas propias o por la incapacidad de relacionarse con otras personas adultas; 2) fallas en inhibidores internos como conciencia, moral y autocontrol; 3) fallas en inhibidores externos, tales como el control social, la acción judicial, la familia y de la comunidad; y 4) el acceso a una persona menor de edad vulnerable, ya sea por falta de información, por aislamiento o porque no se le reconocieron sus derechos.

Por su parte, Venegas Cárdenas (2012) refiere muy atinadamente que: *“al profundizar en el espacio de las ofensas sexuales, nos encontramos con que el abuso sexual infantil presenta una amplia gama de manifestaciones que dificultan enormemente la intervención temprana y la prevención (...) no*

todas las víctimas presentan o el mismo nivel de riesgo de victimización (...) y en relación a los perpetradores, no existe una sola pauta de agresión por parte de éstos, ni una única preferencia etaria, ni características de personalidad que los identifiquen con claridad” (p. 92).

En el caso de adolescentes y jóvenes, condenarles con un diagnóstico determinado —y cierto curso posterior e irreversible— es una actitud equivocada ya que, como sostiene Goffman (1971) siempre hay un proceso de estigmatización. La literatura científica también evidencia la prevalencia que últimamente van tomando algunas patologías del acto, es decir acciones materiales que se expresan arrasando con la mediación simbólica de la palabra (Batres Méndez, 2003; Roudinesco, 2009).

IV. Análisis de los datos

(ver ANEXO)

V. Conclusiones

El comportamiento sexual humano está determinado por una imbricada interrelación de aspectos que adquieren significación de acuerdo con los ciclos vitales que atraviesa los jóvenes.

La sexualidad está conformada tanto por factores biológicos como psicológicos y socioculturales. En varios relatos de la presente investigación se encontraron comportamientos sexuales abusivos y situaciones de violencia en la adolescencia; historias de vida en las que se reiteran abandonos y humillaciones que dan cuenta de vinculaciones con potenciales conductas abusivas. Estos hallazgos coinciden con otros estudios y experiencias de campo que surgen de la literatura consultada.

Las opiniones de informantes-clave contribuyeron a pensar que en la práctica cotidiana se suscitan otras formas de violencia en las adolescencias y juventudes; sus decires dieron cuenta de las representaciones que más

pregnancia tienen en el imaginario social. Se destaca la importancia de instalar la problemática en más espacios, ampliar miradas, generar conciencia sobre esta compleja temática que permita superar el discurso prejuicioso, generar doctrina en los diferentes espacios académicos que coadyuve al estudio científico interdisciplinario, participar de espacios de trabajo y compromiso para luchar por los derechos de todas las personas.

Los significados colectivos que se dan a los comportamientos sexuales violentos en las adolescencias otorgan sentido a los discursos y a las prácticas de los actores. En las producciones discursivas acontecen –si son escuchadas– nuevas experiencias y nuevos conocimientos que habilitan nuevos posicionamientos subjetivos. El discurso es construido en un contexto socio-histórico que [re]produce discursos dominantes: algunos clasistas, otros sexistas, estigmatizadores, demonizadores, culpabilizadores y naturalizadores.

El rol que tienen quienes rodean a NNyA es fundamental en el acompañamiento y guía para consolidar las capacidades singulares y para llevar adelante las decisiones que tomen sobre sus propios asuntos con la información adecuada. El presente estudio pone de relieve la importancia del compromiso y la responsabilidad en el acompañamiento por parte de los agentes de socialización, sobre todo del núcleo familiar más íntimo, y el respeto por el lugar, el ritmo y la autonomía del otro. Por otra parte, de este estudio se desprende que es imperativo y urgente implementar políticas y prácticas innovadoras que se adecuen a los postulados de la CDN, que incorporen los lineamientos de la ESI y que recuperen como eje la subjetividad y las voces de NNyA.

Del discurso de los jóvenes participantes y de los especialistas consultados en esta investigación se evidencia una clara denuncia de verdaderas fallas en el abordaje multidisciplinario, tanto individual como grupal y familiar, de los que –de alguna manera– todos somos responsables. Los comportamientos sexuales violentos de los jóvenes convocan una vez más a la comunidad científica para que ésta amplíe su horizonte epistemológico.

VI. Referencias

André, S. (1995). *La impostura perversa*. Barcelona: Paidós.

André, S. (1999). La significación de la pedofilia. Conferencia en Lausanne, del 8 de junio 1999. Traducción: Guillermo Rubio. Disponible en: www://users.skynet.be/polis/index.html.

Balier, C. (2000). Psicoanálisis de los comportamientos sexuales violentos: una patología del inacabamiento. Buenos Aires: Amorrortu.

Barbich, A. & Molina, M. L. (2009). Atrapados: adolescentes implicados en ofensas sexuales. Buenos Aires: Dunken.

Batres Méndez, G. (2003). Manual para el tratamiento de niños que abusan sexualmente de otros niños en forma reactiva. San José, Costa Rica: ILANUD.

Bianculli, C.; Berner, E.; Vázquez, S. & Calandra, N. (2000). Proyecto Adolescencia. Propuesta para un modelo de atención integral asistencial/docente/intra-extrahospitalario. Buenos Aires: FUSA Editora.

Della Mora, M. (2005). Uso de métodos anticonceptivos en relación con la información sexual en muestra de adolescentes embarazadas. *Rev. Psicología y Salud*, 15(1):45-56.

Della Mora, M. (2013). Mitos, prejuicios, tabúes y falacias sobre la sexualidad en la población adolescente de la Ciudad de Buenos Aires. *Revista Latinoamericana de Ciencia Psicológica*, 5(1):24-34.

Della Mora, M. (2014). Normatividad Argentina. Tratamientos disponibles para quienes habiendo cometido delitos contra la integridad sexual (DIS), son procesados, condenados y recuperan la libertad. *Boletín Electrónico de la Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense*.

Della Mora, M. (2015). Contribuciones de la psicoterapia reichiana a la sexología clínica. En: Rodríguez, O. *Historias de las Sexologías Latinoamericanas*, Vol. III. Sao Paulo: Ed. InPaSex.

Della Mora, M. (2016). Sujeto y Sociedad. Tratamientos disponibles para condenados por delitos sexuales. *Revista Borrromeo*, 7:1-29.

Della Mora, M. (2018). Disruptores endocrinos: su incidencia en la pubertad precoz. En: CORTESI, M. C. *Enfoques sobre salud, bioética y derecho*. Buenos Aires: Visión Jurídica.

Della Mora, M.; Capacete, L.; Bagú, D.; Gallini, A.; Rondan, P. & Piedimonte, L. (2017). Una propuesta de intervención interinstitucional, a propósito de un joven imputado de un delito sexual. En: Capacete L. Jóvenes con conductas sexuales violentas. Buenos Aires: Letra Viva.

Disanto, L. (2009). Del sátiro al ofensor sexual: las diferencias en juego. *Revista Rostros y Rastros. Justicia, comunidad y responsabilidad social*, 1(3).

Finkelhor, D. (1994). Sexual Abuse of Children. *The Future of Children*, 4(2):31-53.

Fridman, C. (2007). Formación de recursos en sexualidad humana. Algunas consideraciones históricas del desarrollo de la disciplina y el caso particular de la Argentina 1910-2006. *Rev. de la Soc. Argentina de Sexualidad Humana*, 20(1).

Geldstein, R.; Pantelides, E.; Calandra, N. & Vázquez, S. (2001). La iniciación sexual bajo coerción en el Área Metropolitana de Buenos Aires. *Doc. de Trabajo Nº 2, CENEP*.

Gérez Ambertin, M. (2004). Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico. Buenos Aires: Letra Viva.

Gérez Ambertin, M. (2018). Malestares de las sexualidades ante la Ley. En: *Psicoanálisis y Ley. El Sigma*.

Glaser, B. & Strauss, A. (1967). *The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research*. New York: Aldine de Gruyter.

Goffman, E. (1971). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.

Gogna, M.; Pecheny, M. & Jones, D. (2009). Teaching Gender and Sexuality at Public universities in Argentina. *International Journal of Sexual Health*, 21(4): 225-238.

Grande, A. (2008). *La sexualidad represora*. Buenos Aires: Topía.

Guattari, F. (1996). *Caosmosis*. Buenos Aires: Manantial.

Lacuzzi, A. (2011). *Delitos contra la integridad sexual. Articulaciones psicoanalíticas desde las sombras del entre rejas*. Buenos Aires: Ediciones de las Tres Lagunas.

Janin, B. (2012). *El sufrimiento psíquico en los niños: Psicopatología infantil y constitución subjetiva*. Buenos Aires: Novedades Educativas.

Kornblit, A. & Adaszko, D. (2007). Entre la teoría y la práctica: algunas reflexiones en torno al sujeto en el campo de la promoción de la salud. *Espacios en Blanco, Revista de Educación, Serie Indagaciones*, 17:137-174.

Kristeva, J. (1988). *Poderes de la perversión*. México DF: Siglo XXI.

Legendre, P. (1994). *Lecciones VIII: el Crimen Del Cabo Lortie: Tratado sobre el Padre*. México DF: Siglo XXI.

Lewkowicz, I. (2004). *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*. Buenos Aires: Paidós.

Maddox, GL. (1999). *Definiciones y Descripciones de la Edad*. En: NEUGARTEN, B. (comp.): *Los significados de la edad*. Barcelona: Ed. Herder.

Mc Dougall, J. (2004). *Alegato por una cierta anormalidad*. Buenos Aires: Paidós.

Pantelides, E. A. & López, E. (2005). *Varones latinoamericanos. Estudios sobre sexualidad y reproducción*. Buenos Aires: Paidós.

París Pombo, M. D. (1990). *Crisis e identidades colectivas en América Latina*. México DF: Plaza y Valdés/UAM.

Reich, W. (1927). *La función del orgasmo*. Barcelona: Paidós.

Roudinesco, E. (2009). *Nuestro lado oscuro. Una historia de los perversos*. Barcelona: Anagrama.

Ryan, G.; Leversee, T. & LANE, S. (2010). *Juvenile Sexual Offending: Causes, Consequences, and Correction*. Tercera Edición. New York: John Wiley & Sons Ltd.

Sawyer, S.; Azzopardi, P.; Wickremarathne, D.; & Patton, G. (2018). The age of adolescence. *The Lancet Child & Adolescent Health* (2) 3:223-228.

Schwartz, M. & Della Mora, M. (2013). Vicisitudes de pubertad precoz. *Revista Kiné*, 106.

UNICEF United Nations International Children's Emergency Fund (2017). Un análisis de los datos del programa “Las Víctimas contra las Violencias” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Venegas Cárdenas, R. (2012). Violencia sexual al interior de las escuelas: una mirada desde la prevención. *Rayuela*, 3(6):92-101.

ANEXO

Análisis de los datos.

Se analizaron las categorías más relevantes que se desprendieron del discurso de los adolescentes en sus encuentros grupales y entrevistas individuales, y se complementaron con las opiniones de los expertos consultados.

Categoría 1.- Información sexual recibida

Para que los adolescentes puedan hablar de sexualidad es indispensable que exista confianza. Del discurso de los jóvenes que participaron en las entrevistas individuales y grupales surge que el ámbito privilegiado para cualquier tipo de consultas y dudas, especialmente las referidas a la sexualidad es el de los pares. En segundo lugar, se privilegia el núcleo parental o al menos el de los referentes más próximos. En tercer lugar, se encuentran los educadores, y luego viene una gran categoría ocupada por profesionales (médicos, psicólogos, etc.), preguntas anónimas a redes sociales, programas radiales barriales, etc. pero en menor escala.

Tanto los adolescentes como las instituciones escolares y los padres reclaman educación sexual, sin embargo, los entrevistados refieren que los adultos evaden sus preguntas o los referencian a otros adultos a quienes los

adolescentes no les tienen confianza. De esta manera los expresan estos jóvenes:

“...mi papá me dio una clase de media hora para explicarme lo que me iba a pasar (...) refiriéndose a la excitación sexual y me dijo que también me tenía que lavar más seguido, y que tuviera cuidado si un mayor me molestaba, pero eso es todo lo que me enseñaron, por suerte Gastón un vecino que me lleva un par de años me abrió la cabeza con todo eso”.

Una adolescente reporta esta experiencia:

“...los padres, capaz que no nos hablan porque a ellos tampoco les hablaban, pero ellos ya pasaron por todo eso y es algo natural ¿no?”.

Otra adolescente suma este comentario:

“...mi mamá dice que por ahora soy muy chica para todo eso, que por ahora solamente tengo que estudiar en vez de pensar en esas cosas... así que yo agarré y le pregunté a mi hermana, ella me explicó todo, pero enseguida quería saber si yo había tenido relaciones (risas)”.

Prestemos atención a esta opinión:

“...yo creo que es importante la claridad con que nos cuenten las cosas, porque a veces parece que te hablan en un idioma extraño, me pasó de preguntarle a mi papá sobre las relaciones sexuales y me dio una clase que parecía que le estaba explicando a sus alumnos ingenieros, o sea, no entendí nada”.

Una estudiante suma esta inquietud:

“...y que, si uno hace una pregunta no se queden, así como flasheados porque todo eso es como que te queda marcado, te transmiten una sensación de como que vas a hacer algo malo, o sea que puedan aclararte las dudas como si fueran nuestros propios amigos, en un lenguaje claro y que se genere una relación de confianza para que si se tenés otra duda que puedas recurrir a ellos”.

Los comentarios de los adolescentes son consistentes con la opinión de una de las especialistas entrevistadas:

“Vamos a la realidad, son muy pocas las acciones que se hacen en relación con la educación sexual... en la escuela se ofrece una charla, pero no se abre un debate válido para que los chicos participen abiertamente ...en los casos en los que se realiza alguna acción, no hay seguimiento de la gestión por lo cual no se puede evaluar el resultado, el impacto que tuvo (...) a veces hay docentes muy entusiastas, sin formación profesional específica en el tema”.

Otra entrevistada, docente de primario y secundario, comenta:

“...muchas compañeras se ofrecen para dar alguna charla, porque ellas mismas están atravesando una situación similar con sus propios hijos adolescentes, lo cual es muy valorable; pero te das cuenta en su exposición que hay mucho de lo subjetivo en juego, además es como que abordan el tema de la sexualidad alejado de la vertiente afectiva y social”.

En otros casos, las chicas que acuden a métodos anticonceptivos (MAC) hormonales piensan erróneamente que no deben usar preservativo como una suerte de pensamiento mágico que las exime de otro tipo de consecuencias como lo son los posibles contagios de infecciones de transmisión sexual (ITS). La siguiente joven lo expresa de esta manera:

“...mi mamá me llevó a la ginecóloga y ella me dio unas pastillas, me enseñó a tomarlas y me dijo que para no quedar embarazada no tenía que suspenderla, así que si yo tengo relaciones con alguien por suerte estoy cubierta y no necesito usar otra cosa”.

Esto es totalmente erróneo, tal como nos lo expresa un profesional médico consultado:

“...las chicas tienen una información totalmente distorsionada, piensan que por el hecho de haberlas usado (refiriéndose a las pastillas anticonceptivas) es difícil quedar embarazadas! al ser un método reversible, cuando se suspende su uso se recupera casi inmediatamente la condición previa de fertilidad”.

Evidentemente el mayor conocimiento no se traduce en un uso adecuado y coherente de los MAC. Los métodos hormonales, por ejemplo, aparecen rodeados de mitos populares que circulan en el imaginario colectivo y

esto pudo corroborarse al escuchar los comentarios de algunas de las participantes *“engordan, y producen acné”, “yo escuché que a la larga te produce tumores”, “hay que hacer descansos entre toma y toma”*.

La información que van recibiendo los adolescentes constituye el bagaje con el cual deberán afrontar los avatares de este largo proceso de transformación que los llevará a convertirse en adultos responsables. La credibilidad que ellos atribuyan a lo que escuchan condiciona la efectividad de los mensajes que reciben. Por eso es importante que la información que reciben sea exacta, verosímil y a su vez que resulte atractiva para el joven receptor.

El punto de vista de uno de los expertos consultados nos ilustra este tema de la siguiente manera:

“Partamos de la base de que en realidad los padres sí hablan de sexualidad con sus hijos, con el discurso que sea, con lo que sepan y de la manera que crean más conveniente... pero evidentemente para los padres la sexualidad sigue siendo un tema tabú y prefieren no referirse a ello a menos que sus hijos les pregunten... los hijos perciben esta suerte de barrera por parte de los padres y deciden no confiarles todo lo que piensan o sienten, a veces por temor a ser prejuizados, esto se da más en las chicas...es como que los padres piensan que si sus hijas les presentan sus dudas sexuales automáticamente es porque ya estuvo involucrada en una situación similar a lo que están preguntando...”

Lamentablemente los jóvenes son receptores de todos los mitos sobre sexualidad y anticoncepción que los mayores van depositando en ellos: *“si acabás afuera no tenés riesgo”* para los adolescentes es igual recurrir al preservativo en cualquier momento de la relación sexual, sabemos que durante una relación sexual hay emisión de líquido preseminal que contiene espermatozoides y que estos pueden vivir hasta siete días dentro de la vagina.

Otros mitos que sobresalen son:

“Si tenés relaciones de parado no se produce el embarazo”, o “en la primera relación sexual no te embarazás”, “el tamaño (del pene) se relaciona con la potencia sexual”.

Con relación a la falta de información o a la distorsión de la poca información con la que cuentan, las falsas creencias que más sobresalen en sus discursos son: *“si tenés sexo oral no es una relación sexual así que no pasa nada”*, y *“por atrás no hay riesgo”* con ello se desestiman dos vías de contagio de la mayoría de las ITS.

Todos estos decires, sentires, haceres registrados en las entrevistas, todas estas frases textuales forman parte de un registro que permite conocer en profundidad cómo están y qué sueñan los adolescentes, qué esperan de las instituciones en las que se desempeñan los profesionales, la escuela a la que concurren adolescentes y jóvenes, códigos del barrio, de la comunidad, cuáles son sus miedos, sus expectativas, sus alegrías y tristezas, su interpretación sobre la realidad social cotidiana, son el modo en que dicha realidad es leída, interpretada, aprendida, hecha cuerpo y actuada.

Categoría 2.- Comportamiento sexual violento en los vínculos adolescentes

Una de las preguntas de esta categoría fue: Los adolescentes ¿se animan a poner en palabras su situación de violencia sexual? ¿registran esa situación? Registramos las siguientes respuestas:

“Los jóvenes que he atendido en situaciones de privación de libertad individual o grupal pueden hablar de lo que hacen y de lo que sufrieron... pero, es necesario esperar el momento donde genuinamente lo realizan sin forzarlo... ellos necesitan hablar de sus causas y su historia... la falta de capacitación de los profesionales no produce el encuentro para que esto ocurra”.

Otra interesante respuesta que nos obligó a abrir aún más las preguntas para el instrumento de medición, fue:

“... generalmente, los y las adolescentes hablan libremente de situaciones que les preocupan con las personas que han establecido un vínculo de confianza y afecto, un vínculo seguro... también es probable que lo conversen

entre pares y los adultos se anoticien a través del relato de amigos... el registro de la gravedad de la situación suele requerir de auxilio externo... es decir, la lectura de la situación es con otro... se trata de un proceso de problematización y desnaturalización... por lo tanto, la decodificación es con otro”.

Nuevamente, desde los decires de los expertos se privilegia el vínculo, el lazo social, quienes también señalan algo del orden del ritmo que es necesario esperar.

“... La experiencia en esto es sobre todo indirecta, porque en general la recibo de los informes periciales –comenta un abogado especialista– en el proceso penal, el acusado no puede ser obligado a hablar del hecho... la víctima, en cambio, suele hacerlo, siempre con reticencia... lo cierto es que se trata siempre de un hecho en particular... la palabra no es el fuerte en general en ningún orden para los adolescentes, según he podido ver... aquí las razones, me parece, van mucho más allá de la propia conformación educativa y cultural de los jóvenes que llegan al sistema... para las víctimas, lo que sí se me hecho evidente es que aparecen muy dominadas por el registro de la palabra y de sus referentes afectivos... el registro depende de cada joven, de su madurez específica e historia... lo único que veo como bastante homogéneo es que no se sienten obligados a hablar, ni a ser coherentes... los que mejor expresan algún registro suelen ser los jóvenes sobreadaptados...”.

Por lo expresado, la sexualidad sigue siendo un tema tabú en el micro/macro sistema de socialización primaria y secundaria.

“Creo que aún falta más información sobre los distintos tipos de violencia, creo que los adolescentes identifican prioritariamente a la violencia física y en menor medida la verbal... en mi opinión no hay un registro muy claro de una situación de violencia sexual y por ello creo que se les dificulta ponerlo en palabras... aquí me parece importante introducir la cuestión de género, variable sumamente importante para tener en cuenta a la hora de hablar de violencia sexual...”.

También formó parte de la guía orientativa para las entrevistas a expertos en la temática, con muchos años en la atención, clínica, docencia, investigación, etc. con adolescentes y jóvenes: ¿Cuál suele ser su actitud como

profesional/operador/asesor/docente en esos casos? Entre otras respuestas encontramos:

“La escucha y el señalamiento... hay jóvenes que necesitan orientación específica sobre patrones de normalidad/anormalidad, bueno/malo, lo que implica por momentos encarnar cierta ‘función paternal’ pero no se convierta en una postura ingenua y prescriptiva de conductas...”.

Otra profesional vinculada a la atención de jóvenes y adolescentes opinó:

“En la actualidad tenemos dos casos de jóvenes acusados del delito de abuso... ambos provienen de familias sumamente promiscuas”.

Otra entrevistada comentó:

“Los casos que atendí fueron derivados, es decir no llegaron por propia demanda... intenté que puedan interrogar el acto, que casi siempre aparecía como un acto loco, en el que no se reconocían, y trabajar sobre la responsabilización; y paralelamente abordar su propio desamparo, como situación histórica y vital ya que eran jóvenes a quienes se les habían negado derechos básicos”.

Una médica especialista en adolescencia agregó:

“Si el hecho del abuso sexual ocurrió hace tiempo, tengo una actitud de escucha y contención lo más cálida y respetuosa posible, ofreciendo todos los controles clínicos necesarios respetando los tiempos que pueda la/el paciente como participo de un servicio multidisciplinario, le ofrezco poder hablarlo con la psicóloga, e iniciar un tratamiento...se le ofrece el contacto con el Servicio Local, para la ayuda legal, y el cumplimiento de sus derechos... en el caso del abuso sexual reciente, se sigue el protocolo de atención, y se le ofrece todos los soportes de emergencia necesaria”.

Otra de las preguntas que formulamos a los expertos: ¿Fueron cambiando su mirada y su actitud a medida que fue afrontando situaciones de violencia, con respecto a sus propias ideas sobre la conducta sexual violenta? Escuchamos las siguientes respuestas:

“...me forme en educación sexual integral y me abrió los ojos para conversar con abusadores sexuales jóvenes, incluso mayores... pensar en que se promueva la educación desde la educación inicial me parece fantástico y que nunca se reduzca a las relaciones genitales... la sexualidad es banalizada y cuando se habla de ellos se infunde cierto temor, por ejemplo ‘cuidate’ (...) el encuentro con otro esta teñidos de riesgos de infección o embarazo... también de un compromiso innecesario para ser feliz... remover estas prácticas es de urgencia porque institucionalmente se promueven estos sentidos que naturalizan una forma de ser que no es saludable y desmiente la verdadera esencia de las personas... el objetivo de concientizar sobre estos temas es para avanzar en el establecimiento de vínculos saludables, identificar el uso del poder, la violencia psicológica, económica, etc.”.

Otra profesional entrevistada comentó:

“Convivir con distintas formas de violencia hace que uno se interpele sobre los modos violentos para tratar de operar sobre los mismos y encontrar alternativas más saludables (...) ello convoca a pensar por qué el sujeto se relaciona de forma tan destructiva”.

“¿Cree usted que las conductas sexuales violentas de los/as adolescentes se vinculan, de alguna manera, con la formación y con la información sexual recibidas?” –inquirimos a los expertos.

“Sin duda alguna, si agregamos otros sistemas sociales violentos que sirven de modelo a las acciones juveniles”.

Otras opiniones fueron:

“La violencia aparece cuando mueren las palabras” y también: “todas las conductas violentas, sexuales y no, son un grito desesperado o desesperanzado para pedir ayuda”.

“Considero que la información es insuficiente, porque se trata de interrogar prácticas, que requieren ser repensadas por y con ellos en tanto suelen no reconocerse en las mismas... por ej.: un chico acusado de haber violado a la novia, virgen, sostenía que a los violadores hay que matarlos... suponía que, por ser su novia, no era necesario el consentimiento, paradigma cultural de la familia de origen...”.

“Las agresiones a tempranas edades tienen un impacto inmenso y son predictoras de agresión –agregó otra profesional– me estoy refiriendo por ej. al consumo de drogas legales e ilegales durante la preconcepción, la concepción, el embarazo, parto y lactancia (...) los efectos psicotóxicos concreto de las drogas lesionan la organogénesis cerebral y son determinante de conductas futuras... pero también los estilos de vida que acompañan esta situación de consumo (violencia, maltrato, marginalidad, narcotráfico, alteraciones nutricionales, falta de trabajo, menor educación, disfunciones vinculares, falta de controles prenatales y natales, etc.) dejan una huella en el cerebro que los transforman, cambia conexiones, estructuras y funciones; o sea, el ambiente modela la neuroquímica cerebral principalmente en áreas cortico-límbicas- Dopamina, oxitocina, vasopresina; es la epigenética (...) el estilo de vida determina un estilo de vínculo madre-hijo que consolidan futuros sistemas de respuestas al stress donde entra en juego el cortisol y la conformación de receptores serotoninérgicos ...estas situaciones adversas conforma con un fenotipo vulnerables vulnerable al stress ante eventos vitales futuros que se manifestará en cambios conductuales...”.

Testimonio de una adolescente:

“...me quedé embarazada porque mi abuelo me obligaba a tener relaciones (...) cuando mi padrastro se enteró me llevó a un lugar para abortar”.

“¿Cuál es su opinión acerca de la conducta sexual violenta en los vínculos adolescentes?”, se preguntó a los informantes-clave; entre ellos un funcionario del área de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires, respondió:

“Todavía hay que avanzar en la revisión del modelo patriarcal en la construcción de la identidad masculina... en la juventud creo que es el momento clave para realizarlo desde todas las instituciones... creo que la violencia viene de niños y luego se convierte en sexual con el advenimiento de la pubertad (...) las mujeres también proponen su violencia, invisibilizada para algunos paradigmas... evidentemente estas ideas, sentidos, emociones y

prácticas incorporadas, vividas y actuadas, son verdaderas construcciones individuales y sociales, siempre contextualizadas en el marco de procesos económicos, sociales y culturales”.

Un Defensor de menores sostuvo:

“...La conducta sexual violenta se basa creo en que la persona cosifica al otro, y el sexo es una herramienta poderosa para sentir poder sobre aquél... es una posición patológica... mi experiencia indica que así funciona en la mayoría de los casos...”.

Y continuó diciendo:

“...mi profesión y función judicial, cuando se analiza el porqué de una conducta delictiva... algunos entienden que tienen un problema y piden ayuda, aunque no sepan que lo están haciendo... el sólo hecho de decirlo y tomar conciencia creo que es prometedor... otros, niegan cualquier responsabilidad y culpan a terceros, poniendo en otro fuera de ellos el problema”.

Una psicóloga con una gran trayectoria en la temática refirió:

“...Lo pienso desde una multicausalidad y al interior de cada caso hay que estudiar cuales son las dimensiones predominantes... encuentro que dicha conducta puede estar ligada a aspectos culturales, ligados a modos de socialización masculina que no incluyen a la mujer como sujeto de derecho; a aspectos subjetivos, en los que dicha conducta está asociada a la impulsión, y el joven no puede dar cuenta de la misma o no se reconoce en el acto; y a familias incestuosas, en las cuales la práctica abusiva hay que pensarla desde la trasmisión intergeneracional, y en donde ha ocurrido, pero quedó impune...”.

Una profesional especializada en salud adolescente, manifestó que:

“...es poco frecuente que se produzcan hechos de abuso suficientemente graves como para ser captados por el sistema penal... cuando lo son, se trata de situaciones que en general son equívocas por inexperiencia en la comunicación, dudas en los roles, intencionalidades alternas entre los participantes; o porque no me animó a decir que el machismo cumpla siempre un rol preponderante, ya que las jóvenes se muestran muy fuertes también, o bien son hechos de suma violencia, donde aparecen en el victimario rasgos que

con frecuencia se adaptan a taxonomías patológicas más o menos de manual, y en los que lo sexual y la violencia son idénticos modos de humillación y avasallamiento de la víctima...”.

Una médica hebiatra, referente de la salud integral de la adolescencia, expresó:

“Entiendo la conducta sexual violenta en los vínculos adolescentes como producto social y cultural como un atentado directo contra la integridad física-psíquica (...) muchas de estas conductas se deben a los estereotipos de género que están muy presente en nuestro contexto, por eso creo muy necesario la resignificación de lo femenino y masculino, la transformación de los estereotipos incorporando al hombre como aliado de la equidad de género, de mejor manejo de sus emociones, previniendo así la violencia”.

La sexualidad adolescente transita, en sus inicios, con incertidumbres, con curiosidad, por eso pesa tanto el entorno donde el hacinamiento y la intimidad tienen un lugar diferente del que puede tener para el estereotipo de clase media. Hay casos de comportamientos incestuosos consumados, vividos con naturalización, lo que supone que no es una práctica tan poco frecuente.

Categoría 3.- Situaciones de violencia en/entre adolescentes

A manera de guía orientativa, las preguntas que invitaron a los informantes-clave a la reflexión fueron “¿Tuvo usted que enfrentar/escuchar/atender/litigar situaciones de violencia entre adolescentes? En caso afirmativo: ¿qué tipo de violencia (física, verbal, psicológica, etc.) y con qué frecuencia? ¿Cuál es su opinión respecto de la conducta violenta en la población juvenil?”.

En el caso de adolescentes y jóvenes, el reactivo se elaboró en torno a las siguientes preguntas-guía “¿Recordás si tuviste que afrontar alguna situación de violencia entre adolescentes? En caso afirmativo: ¿qué tipo de violencia (física, verbal, psicológica, etc.) y con qué frecuencia? ¿Cuál es tu opinión sobre la conducta violenta en adolescentes?”.

A continuación, se transcriben las respuestas de profesionales y jóvenes encuestados:

“Trabajo con púberes y adolescentes en diferentes talleres y grupos” comenta una entrevistada del campo médico “en estos dispositivos muchas veces se han dado situaciones de violencia entre ellos, mayormente verbal y/o psicológica, no tanto física (...) en mi opinión, estas conductas violentas constituyen el único modo de expresión conocido por estos adolescentes, de sus angustias y enojos y ansiedades...” y concluye: “...en estas situaciones se puede observar que los adolescentes reproducen sobre sus pares situaciones vividas pasivamente, como modos de descarga”.

Otra profesional parece coincidir, aunque desde otro campo de trabajo:

“...los adolescentes en contextos de encierro nacieron en la violencia... los adolescentes compran y consumen todas las formas de violencia que les plantea la sociedad en la que vivimos (...) tenemos: familia ausente, escuela exclusiva... no referentes adultos válidos... no proyectos de vida...”.

Una psicóloga integrante de un equipo de salud hospitalario manifestó:

“En el servicio de salud se reciben varias consultas relacionadas con situaciones de violencia física en parejas adolescentes y también violencias en la escuela, sobre todo a partir de una mayor divulgación del bullying (...) creo que las violencias son formas de dominio sobre el campo del otro, sobre el cuerpo del otro (...) los casos de abusos hoy en día se comentan más en las consultas o en los tratamientos”.

Otra psicóloga expresó:

“La conducta violenta en la población juvenil es reactiva a padecer violencia ejercida desde los adultos (padres, escuela, instituciones)”. En la misma línea, otra psicóloga especialista en familia, dice: “... las mentiras reiteradas son una forma de violencia en adolescentes... muy frecuentes en chicos “abandonados” que mienten porque le mintieron”.

Estas opiniones parecen coincidir con un operador en psicología social que se desempeña en dispositivos comunitarios para adolescentes:

“...las conductas violentas son consecuencias sociales y familiares (...) el joven que genera violencia tiene un historial de haber sufrido violencias de distinto tipo”.

Un fiscal comentó:

“...la violencia está instalada en nuestra sociedad en todos los sectores (...) no podemos parcializar un sector y pretender lograr éxito en la gestión, porque el problema es estructural (...) hay que barajar y dar de vuelta con la educación, la familia y los valores éticos... no será nada fácil, pero hay que empezar rápido”.

Otra profesional reflexionó:

“...me cuesta pensarlos exclusivamente como un problema juvenil (...) aunque me parece interesante ofrecer una mirada particular hacia niños y adolescentes considerando que se encuentran en momentos clave de estructuración subjetiva, es decir, una mirada que habilite intervenciones en esos grupos... podría pensarse como efecto de los modos de vinculación propuestos por la época... la falta de recursos simbólicos para la resolución de conflictos... las dificultades en el uso de las palabras y las barreras para los encuentros genuinos que permitan el diálogo”.

Los expertos parecen coincidir en que la violencia en/entre los/as adolescentes se trata de un complejo entrecruzamiento de variables, tal como se aprecia en las palabras de otra profesional:

“...en la clínica privada algunos adolescentes presentaban esta problemática, pero no como central, es decir no aparecía como motivo de consulta... me parece que confluyen aspectos macrosociales (posmodernidad, ausencia de sentido en los proyectos, vacío), microsociales (modos de socialización barrial y comunitario en los cuales el lazo social está debilitado), familiares (familias en las cuales ésta es la interacción privilegiada) y personales (entre los que incluyo cuestiones ligadas a la subjetividad singular y a la franja etaria)... considero que es una etapa de plena construcción subjetiva, por lo tanto hay tendencia a la impulsividad y a los actings (...) he participado en una investigación sobre jóvenes (de entre 11 a 18 años) acusados o condenados por delitos contra la integridad sexual... dentro de este grupo había

quienes además presentaban conductas violentas con sus pares, ya sea física o verbal...”.

Una doctora especialista en hebiatría manifestó:

“...la violencia, verbal y psicológica, constituye un 15 % de la consulta por semana aproximadamente... menos frecuentes, aunque sí con más carga epidemiológica como agresiones externas violencia física se atienden una vez por trimestre... es indivisible de las situaciones de violencia de la sociedad en que toca vivir, donde si bien hay emergentes y núcleos violentos, considero que los mismos si pudieran mensurarse son menos impactantes en la salud de adolescentes y jóvenes que otras épocas históricas... de todos modos se impone cierta visibilización y mediatización de la violencia bajo la lupa solo por ser adolescente y joven...”.

Por su parte, un funcionario público del área de Niñez y Adolescencia, expresó que:

“...la verbal y gestual es desencadenante de violencia física (...) el cúmulo de malestar, casi sin novela, produce el encuentro agresivo (...) que un joven actúe violentamente es parte del proceso evolutivo donde predomina el acto sobre la palabra, el problema mayor es que su accionar no tenga límites y pueda matar o herir gravemente a otra persona, o que su desregulación no sea situacional y se convierta en moneda corriente y se construya una subjetiva agresiva con la que se habita el mundo... la falta de espacios de educación formal o informal promueve la acción deliberada de los jóvenes...”.

Las opiniones de los expertos tienen muchos puntos en común, como la de un abogado entrevistado:

“...mi incumbencia es la justicia penal de jóvenes... todos los tipos de violencia, que se hacen más específicos en cuanto constituyan ilícitos penales, física, pero también moral o psíquica...no obstante, también en el entorno, en el contexto vital de los jóvenes víctimas y victimarios, se advierten con suma frecuencia diversos destratos de toda índole... la mayoría de la población juvenil no parece ser especialmente violenta... observo que la violencia física responde en general a los modos sociales y culturales del poder propios de la población más lejana a la inclusión y despojada de todo otro poder social e interpersonal y de los modos sociales acordes con ello... la violencia

es forma de resolución de conflictos personales, grupales, familiares, tanto como de apropiación de bienes o incluso elemento de status, en algún caso...”.

Una psicóloga, con una gran trayectoria en el campo de las violencias juveniles en instituciones de encierro, expresó:

“...mi opinión de la conducta violenta en la población juvenil que transgrede la ley penal, población con la cual trabajo cotidianamente, surge de varios aspectos recurrentes en sus características, sus padres han ejercido violencia en todas sus formas en la modalidad vincular, los adolescentes han sido víctima de las mismas ya sea por haberlas recibido en su cuerpo o verbalmente o bien haber sido observadores de la violencia conyugal... la falta de permanencia de algunos de los progenitores, el desconocimiento de sus orígenes, la contingencia del nacimiento, la situación de vulnerabilidad social y el entorno social desfavorecedor, determinan una estructuración psíquica particular caracterizada por la tendencia a la acción...”.

Otra de las profesionales consultadas, expresó:

“...escucho y atiendo todos los días situaciones de violencia entre sujetos, y sujetos e institución, ya que trabajo en una unidad penitenciaria... y en este tipo de instituciones hay mucha violencia que se presenta bajo distintos matices y formas... es parte del cotidiano trabajar con este tipo de situaciones para intentar hacer otra cosa que pueda inscribirse en la subjetividad como modo saludable de habitar los vínculos...”.

Luego de una gran reflexión una experta se manifestó así:

“...creo que la agresión es constituyente al ser humano pero la violencia no, es decir esta aparece como exceso, como aquello que no puede encontrar otras vías, simbólicas, de descarga... tiene que ver con la dificultad de haber podido instaurar límites, y además poder sostener esos límites, soportarlos... sabemos que no es tarea fácil, a cargo de los adultos encargados de la crianza, pero al no haber marca en la subjetividad del límite, los encontramos frágiles, laxos, etc., no hay capacidad en el sujeto de la demora, de la espera, de la tolerancia a la frustración... la contracara de esto es la impulsión, la descarga de la energía directa sobre un otro depositario de tal exceso... esto

no podemos dejar de leerlo en un contexto social, cultural e histórico determinado por la inmediatez, lo perecedero de los vínculos, la objetalización del semejante, la pregnancia de lo visual, la mostración de lo que era privado e íntimo al sujeto, el pertenecer a cualquier costo, etc. y esto toma resonancias alarmantes cuando ni siquiera están aseguradas las necesidades básicas, no hay posibilidad de elaboración de un proyecto personal, la identidad la otorga el tener y no el ser o desarrollarse subjetivamente, el que enseña o guía es el que sobrevivió a mas experiencias de maltrato maltratando y construyendo reglas propias en detrimento de las consensuadas colectivamente...”.

Los/as adolescentes también se hacen oír, como en este caso:

“...se empiezan con puteadas, y después si las cosas van para peor nos vamos a las piñas... igual con mis amigos está todo bien, es muy raro que nos pase eso, pero cuando pasa es normal que todos nos metamos y calmemos las cosas y después con un poco de tiempo se arregla todo... hay veces igual que si todo empieza porque uno está molestando o haciéndole chistes a otro y llegan al punto de pelearse mal, a veces los dejamos que se peleen... todos nos reímos mientras que el que está enojado se enoja más y más hasta que explota...”.

Otras opiniones parecen alinearse en el pensamiento y sentimiento de los/as jóvenes, como en este relato:

“...jugamos torneos con nuestro equipo en otros lugares, no somos pibes que cuando jugamos nos peleamos con otros equipos, pero pasa bastante... que se yo, a veces jugas contra equipos que te insultan o te hablan mientras jugas, y a veces la verdad que te vuelven loco... me acuerdo una vez cuando le ganamos a un equipo por un gol, se volvieron locos... puteadas, empujones, de todo... la gente del torneo y un par de padres que justo esa vez habían venido con nosotros ayudaron a que no pase nada más... es una locura, es algo que no pude entender nunca, los propios padres gritando algo como ‘matalo!’, ‘rómpele la pierna’...”.

Testimonio de un adolescente:

“...la primera vez que tuve relaciones sexuales yo estaba muy caliente y la obligué a mi novia, ella lloraba, pero a mí no me importó”.

Testimonio de una joven:

“...cuando quedé embarazada no tenía a quién contárselo, mi novio decía que no era de él y que yo había estado con otro chabón, me sentía re sola y triste...”.

Testimonio de un psicólogo especialista en adolescentes.

“...creo que las violencias son formas de dominio sobre el campo del otro, sobre el cuerpo del otro (...) los casos de abusos hoy en día se comentan más en las consultas o en los tratamientos”.

Testimonio de una abogada especialista en derecho sanitario:

“...la conducta violenta en la población juvenil es reactiva a padecer violencia ejercida desde los adultos: padres, escuela, instituciones”.

Parecieran denominadores comunes, el hecho de que ciertas situaciones sean formas de violencia que se propagan sin límites, tal como puede apreciarse en esta opinión:

“...hoy en día se minimiza la gravedad de la violencia entre adolescentes, se ve como algo divertido agredirnos entre nosotros... cuando vi a las dos chicas golpeándose en la vereda lo primero que pensé es como los chicos que estaban alrededor no podían separarlas en vez de reírse o comentar sobre lo que estaba pasando...creo que una conducta violenta al pasar los años es cada vez peor y cuando somos adolescentes estas características son las que nos quedan marcadas a futuro si no las cambiamos, por eso me parece que se debe medir desde ahora o intentar ayudar a quien actúa de manera violenta antes de responder de la misma manera...también me parece reo que estas conductas son producto de las cosas que vivió cada uno en la vida, como lo criaron, y que enseñanza pudo tener para ser consciente de lo que es la violencia para no ejercerla ni padecerla...”.

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1994) reconocen y recomiendan la participación del varón y enfatizan la necesidad de desarrollar proyectos de información y servicios vinculados a ellos. En esta investigación se pone de relieve que el género define patrones de actividad sexual claramente diferenciados. Contamos con un marco legal muy consistente

que permite –a quienes trabajamos con adolescentes y jóvenes– implementar múltiples dispositivos de intervención, no exclusivamente en la educación formal sino también en la informal, ya que existen ingentes experiencias de implementación de estrategias de la educación popular en la educación formal y en otros espacios.

Del presente análisis se desprende que estudiar para comprender la compleja realidad los actos sexuales violentos en la población adolescente y las posibles maneras de incidir en ella deviene una prioritaria herramienta para intervenciones tempranas y oportunas.

Se destaca la importancia de instalar la problemática en más espacios, ampliar miradas, generar conciencia sobre esta compleja temática que permita superar el discurso prejuicioso, generar doctrina en los diferentes espacios académicos que coadyuve al estudio científico interdisciplinario, participar de espacios de trabajo y compromiso para luchar por los derechos de todas las personas.



El abogado del niño y la garantía de la participación de niños y adolescentes en las medidas de abrigo haciendo realidad su interés superior

Luisa Verónica Garay *
Sandra Elizabeth Feijo **

Resumen

Los niños institucionalizados se encuentran en un estado pleno de vulnerabilidad y deben conocer los motivos por los cuales se encuentran en la institución y las diferentes etapas procesales en las cuales intervienen mientras dure dicha medida.

El Interés Superior del Niño en las medidas de abrigo, es principio rector en este proceso. El transcurso del tiempo no debe ser una forma más de vulneración de sus derechos, se deben implementar las estrategias adecuadas y necesarias para la vincularización con su familia de

* Abogada. Facultad de derecho. UNL 1995-2000 (diciembre). Procurador. Facultad de derecho UNL 1995-2000 (mayo). Curso de Posgrado: Curso Superior de Posgrado en Actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Facultad de Derecho Cs. Políticas y Sociales. Universidad de Morón (2014-2015).

** Abogada (UNLZ 2003), Abogada del Niño (Cijuso 2015), Mediadora (Medyar 2004), Procuradora (UNLZ 2002), Preventora de Adicciones (1996). Experiencia profesional y académica: Abogada en ejercicio particular Departamento Judicial Trenque Lauquen (2004 a la actualidad), Abogada del Niño (2015 a la actualidad), Directora y fundadora Comisión de Abogados del Niño del Colegio de Abogados Departamento Judicial Trenque Lauquen (2016 a la actualidad),

origen o declarar su estado de adoptabilidad después de agotar las instancias antes mencionadas.

El rol del Abogado del Niño es una necesidad lógica y práctica, porque asiste material y técnicamente al niño sin ningún involucramiento ni con las partes en conflicto, ni con el Estado. El niño debe sentir que alguien está para habilitar su palabra, que tenga un abogado que lo instituye con todos sus derechos.

Palabras claves: *abogado del niño, interés superior del niño, niño institucionalizado, medidas de abrigo.*

La medida de abrigo como régimen de protección de los derechos del niño

Los niños y adolescentes emergieron del anonimato y de la indiferencia de las épocas remotas para llegar a nuestros días, donde el reconocimiento de sus derechos, se establece desde la concepción como un nuevo paradigma, que los transforma en sujetos de derechos.

Con el surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, se logra que se considere al niño como un ser social con derechos y deberes. Establece que la sociedad y el Estado deben brindarle la protección, educación y atención para la satisfacción de sus necesidades básicas, así como el logro de su bienestar integral.

Los niños son los integrantes más vulnerables de una sociedad en razón de la delicada etapa de desarrollo en que se encuentran y del hecho que dependen de otras personas para ser protegidos y que promuevan su interés superior. Los niños institucionalizados son víctimas de la realidad física y emocional que les toca transitar, dependen de quienes ejercen su cuidado personal y generalmente son deficientes en esta problemática, necesitan colmar un sin número de necesidades para obtener ámbitos de amor y protección.

Cuando los referentes afectivos no puedan satisfacer en forma completa las necesidades de alimentación, emoción, salud, educación, vivienda

y recreación de los niños, estos deben ser institucionalizados a través de medidas de abrigo, las cuales provocan una desestructuración en las relaciones significativas (vínculos afectivos, sociales y culturales), se limita el desarrollo cognitivo y socio emocional de los mismos.

La medida de abrigo según el Artículo 3 (1), que se incorpora como Artículo 35 bis, de la Ley N° 13298 “De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños” y sus modificatorias, establece que:

“La medida de abrigo es una medida de protección excepcional de derechos, que tiene como objeto brindar al niño o adolescente un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en éste se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos, hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas tendientes a preservarlos o restituirlos. La aplicación de la medida de abrigo, que siempre se hará en resguardo del Interés Superior del Niño, es de carácter subsidiario respecto de otras medidas de protección de derechos, salvo peligro en la demora. La familia ampliada u otros miembros de la comunidad vinculados con el niño o adolescente, serán considerados prioritarios al momento de establecer el ámbito alternativo de convivencia. El niño o adolescente tendrá una participación activa en el procedimiento y, de acuerdo a su edad y grado de madurez, se le deberá informar que tiene derecho de comparecer con asistencia letrada; sobre la naturaleza de la medida que se va a adoptar y se deberá garantizar su intervención en la definición de las alternativas de convivencia, con especial consideración de su opinión al momento de tomar la decisión. La medida excepcional solo será respetuosa del interés superior del niño si es adoptada frente a la imposibilidad de exclusión del hogar de aquella persona que causare daño al niño o adolescente. El plazo de duración máxima de la medida no podrá exceder el ciento ochenta (180) días. Cuando, aún antes del vencimiento del plazo, las medidas de protección fracasaren por incumplimiento o por motivos imputables a los

(1) Ley 14537, modificatoria de la Ley 13298. Buenos Aires. Argentina. 11 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14537.html>

progenitores, tutores o familiar a cargo, o se advirtiere la existencia de cualquier situación que coloque al niño o adolescente, en estado de vulnerabilidad de sus derechos; el organismo administrativo informará esta situación al Juez de Familia y solicitará, si correspondiere, la declaración de la situación de adoptabilidad. El Servicio de Promoción y Protección de Derechos deberá comunicar la resolución en la que estima procedente la medida de abrigo, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia deberá resolver la legalidad de la medida en un plazo de setenta y dos (72) horas. En todo momento se garantizará el derecho del niño o adolescente a ser oído...”.

El Artículo 19 (2), expresa:

Los Servicios Locales de Protección de los derechos del niño, son organismos administrativos dependientes de cada Municipio Provincial, cuyo eje es la familia promoviendo la inclusión de niñas, niños y adolescentes en su grupo familiar, educación, salud y en su comunidad y tendrán las siguientes funciones:

a) Ejecutar los programas, planes, servicios y toda otra acción que tienda a prevenir, asistir, proteger, y/o restablecer los derechos del niño.

b) Recibir denuncias e intervenir de oficio ante el conocimiento de la posible existencia de violación o amenaza en el ejercicio de los derechos del niño.

c) Propiciar y ejecutar alternativas tendientes a evitar la separación del niño de su familia y/o guardadores y/o de quien tenga a su cargo su cuidado o atención, teniendo como mira su interés superior.

d) Participar activamente en los procesos de declaración de la situación de adoptabilidad y de adopción, y colaborar en el trámite de guarda con fines de adopción.

(2) Ley 14.537. Disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14537.html>

Según la Normativa internacional, a través de principios rectores, cuando el niño es separado de su familia, se garantiza la protección de sus derechos, predominando las siguientes: La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; la Observación General Número 12 del año 2009; la Observación General Número 13 del 2011; La Observación General Número 14 del año 2013; la Opinión Consultiva Número 17 de CIDH del año 2002 “El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”; Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los Niños (Asamblea General ONU); y en el Marco Normativo interno, Artículo 27 de la Ley Nacional N° 26.061 República Argentina y Artículo 4º de la Ley Provincia de Buenos Aires N° 13298, se establece que el niño tiene el derecho a ser escuchado en todo procedimiento administrativo, o proceso judicial que lo afecte y a que su opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y grado de madurez.

El Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes garantiza la participación activa del niño institucionalizado en el proceso de medidas de abrigo como parte en el mismo, logrando a través de la escucha la satisfacción de su interés superior.

La figura del Abogado del Niño

Surge a partir de la Convención de los Derechos del Niño (3), estableciendo en el Artículo 12 Inciso 1, que: “Los Estados Partes garantizan 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

(3) Convención de los Derechos del Niño (1989). Asamblea General de las Naciones Unidas.

debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Mientras que, el Inciso 2 (4) dispone: “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 consecuencia, con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Fue incorporado a la legislación de la República Argentina a través de la Ley N° 23.849, transformándose en norma constitucional por medio de la reforma del año 1994, a través del Artículo 75 Inciso 22 de la Constitución Nacional.

A partir de la Ley Nacional Argentina N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (5), sancionada el 28/09/2005 promulgada de hecho el 21/10/2005 y publicada en B.O. el 26/10/05, recepciona en el Artículo 2º de Aplicación Obligatoria: “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles” (6).

Otro fundamento de esta figura lo encontramos en el mismo cuerpo legal en el Artículo 27 denominado garantías mínimas de procedimiento. Ga-

(4) Ídem.

(5) Ley 26.061. Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Buenos Aires, Argentina. 28 de setiembre de 2005. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_los_Derechos_de_las_Ninas_Ninos_y_Adolescentes_Argentina.pdf

(6) Ley 26.061. Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Buenos Aires, Argentina. 28 de setiembre de 2005. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_los_Derechos_de_las_Ninas_Ninos_y_Adolescentes_Argentina.pdf

rantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos. En el Inciso establece: “a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente. Y en el Inc. c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine” (7).

En la legislación de la Provincia de Buenos Aire en la Ley N° 13.634 sobre Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño en su Artículo 3º establece que: “Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que estas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El juez garantizará debidamente el ejercicio del derecho” (8).

Mediante la Ley 14.568 se crea en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte. En su decreto reglamentario N° 65/15, establece:

Que la Ley antes mencionada se crea en cumplimiento con lo establecido por el Artículo 12, Incisos 1) y 2) de la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Artículo 8º del Pacto San José de Costa Rica y del Artículo 27 de la Ley N° 26.061;

Que conforme lo prescripto por el Artículo 1º de la Ley N° 14.568, “...el abogado del niño deberá representar los intereses personales e individuales de los niños y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de

(7) Ídem.

(8) Ley 13.634. Disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13634.html>

parte” (9), sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

Qué asimismo, “... la citada ley crea un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificada por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y la adolescencia” (10).

ANEXO ÚNICO

ARTÍCULO 1º. En cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo en el que se encuentre afectado el interés personal e individual de un niño, niña y/o adolescente, el juez con asistencia del representante del Ministerio Público, o en su caso, la autoridad administrativa, deberán informarle personalmente al niño, niña y/o adolescente, acerca del derecho que le asiste a ser representado por un Abogado del Niño.

ARTÍCULO 2º. El Ministerio de Justicia coordinará con el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires las acciones que estime indispensables para la implementación y control del Registro Provincial de Abogados del Niño.

Para inscribirse en el Registro Provincial de Abogados del Niño los profesionales matriculados deberán acreditar la especialización requerida por la ley con la documentación que determinen el Ministerio de Justicia y el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

(9) Ley 14.568. La Plata, Argentina, 27 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14568.html>

(10) Convenio entre el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.camercedes.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/Convenio-Abogado-Nino-firmado.pdf>

ARTÍCULO 3º. Para la designación del Abogado del Niño, se debe tener en cuenta el domicilio del niño, niña y/o adolescente.

ARTÍCULO 4º. El Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires coordinará con la Suprema Corte de Justicia, los distintos Departamentos Judiciales y con los Servicios Zonales y Locales, dependientes del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la difusión de la nómina de profesionales inscriptos en el Registro Provincial de Abogados del Niño, a través de los medios informativos con que cuentan dichos organismos.

ARTÍCULO 5º. El Ministerio de Justicia establecerá las pautas y el procedimiento correspondiente, a los efectos del pago de las acciones derivadas de las actuaciones de los abogados patrocinantes de los niños, niñas y/o adolescentes –Abogados del Niño–. A tales fines podrá celebrar convenio con el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires”.

Debemos destacar que la Ley Nacional Nº 26.994 sancionada el 01 de diciembre del 2014 y con fecha de promulgación el 07 de diciembre del 2014, de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, “...recepta la constitucionalizarían del Derecho Privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado...” (11), receptando los tratados y derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad, donde aparece el Niño emergiendo como sujeto indiscutible de Derecho, intrínsecamente relacionado con el Artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El reconocimiento del niño como sujeto competente para evaluar en forma autónoma las cuestiones atinentes a sus problemas existenciales y cuestiones de su interés, según su evolución y madurez, establecido por el nuevo paradigma derivado de la CDN, impone que su voz sea oída y sus opiniones tenidas en cuenta al tiempo de adoptar decisiones relevantes con relación a su persona en cuanto sea parte en un proceso. El derecho a ser oído

(11) Molina Quiroga, R. Manual de Derechos Reales. La Ley. Disponible en: <https://www.academia.edu> › Manual_de_Derechos_Reales_-Molina_Quiroga

de los niños y adolescentes es imprescindible para dotar de efectividad al principio de autonomía progresiva.

El Código Civil y Comercial de la República Argentina incorpora la figura del Abogado del Niño como pilar del gran avance legislativo sobre Niñez, considerando el bloque constitucional de tratados internacionales, donde se desprenden principios rectores como el de “Niña, Niño o Adolescente como Sujeto de Derecho”, “El Interés Superior del Niño”, “El Derecho a ser Oído”, “La Capacidad Progresiva”. Claro ejemplo de lo mencionado lo establece el Artículo 608 Sujetos del procedimiento: “El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adaptabilidad requiere la intervención: a) con carácter de parte, del niño o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada...” (12).

Y el Artículo 677 del citado Código establece sobre Representación: “Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada” (13).

Aptitudes que debe reunir el abogado del niño. Rol que debe desempeñar

Todo niño o adolescente tiene el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. El abogado del niño deberá realizar una serie de tareas adicionales que lo distinguen de la labor que desempeñan los letrados de los adultos.

En primer lugar, el abogado debe tratar en la medida que lo permita el crecimiento de su asistido de desentrañar cuales son los reales objetivos que persigue el niño, el razonamiento que subyace en ellos. Deberá tener entrevistas periódicas con el Niño, sin la intervención de ningún adulto, si el abo-

(12) Código Civil y Comercial de la República Argentina. Disponible en: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf

(13) Ídem.

gado del Niño requiere hablar con sus progenitores o con algún adulto responsable lo hará en forma personal fuera del ámbito de escucha del Niño. El Abogado del Niño deberá cumplir con el deber de información son su patrocinado, derecho que asiste al niño y que es ineludible y complementario del derecho a ser escuchado. La escucha tiene que ser activa, es decir brindar la atención, comprensión y valoración a la palabra de ese niño, dar significado a ese momento, a su relato. Si el Abogado del Niño es patrocinante de hermanos en un mismo proceso, esa escucha debe ser en forma individual, priorizando el Interés Superior de cada uno de ellos.

Para poder intervenir en los procesos en el cual el niño es parte, el abogado tendrá que tener el consentimiento expreso del mismo a través de un escrito que el niño firmará con su nombre, con una letra, con un dibujo o símbolos según su edad y capacidad progresiva. El abogado deberá tratar de comprender cuáles son las reales necesidades del niño, coordinar en lo posible sus deseos con su interés superior, entrevistarse con todas las personas que tengan un conocimiento significativo acerca de su historia personal como sus padres, tutores, parientes cercanos, asistentes sociales, médicos, psicólogos y terapeutas que se hayan vinculado con el niño para recabar información, a los efectos del proceso.

Cuando el Niño esta institucionalizado, en una medida de abrigo es de suma importancia que se trabaje en forma interdisciplinaria y en red con los efectores antes mencionados, como así también con los Servicios Locales y Zonales de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños.

El Abogado del Niño es una necesidad lógica y práctica, porque alguien debe estar allí para defender al niño sin ningún involucramiento ni con las partes en conflicto, ni con el Estado. El niño debe sentir que alguien está para habilitar su palabra, que tenga un abogado, instituye al niño con todos sus derechos.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se creó un Registro de Abogados del Niño en cada Colegio de Abogados Departamental, y, a su vez existe un Registro Provincial de Abogados del Niño, por la Resolución del 8 de agosto de 2016, Circular 6273 del ColProBA. A solicitud del juez, de las partes o de órgano administrativo, se oficia al Colegio de Abogados donde el

niño tenga su centro de vida para que sortee un profesional inscripto en el mencionado Registro.

Naturaleza de los asuntos que ameritan la designación de un abogado al niño. Interés Superior

Todo niño tiene derecho a intervenir en el proceso directa o indirectamente, según cuente o no con capacidad procesal. Es obvio que podrá acceder a un abogado sin que exista restricción alguna en razón de la edad. El abogado deberá tener contacto directo como expresamos con anterioridad con el niño y tratar así de percibir sus inquietudes, deseos y aspiraciones.

Ni bien advierta el juez la complejidad del asunto que tiene en sus manos y sospeche que jueguen en la especie intereses contrapuestos, tendrá inmediatamente que designarle un letrado especializado a NNyA. Sin perjuicio de lo descripto, se presentan a veces situaciones específicas en que *prima facie* ameritarían la designación del mencionado profesional.

Establece el Artículo 707 del Código Civil y Comercial de la República Argentina:

“Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (14).

La Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niñas, Niños y Adolescentes dispone (15):

(14) Código Civil y Comercial de la República Argentina. Disponible en: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf

(15) Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Argentina. 21 de octubre de 2015. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_los_Derechos_de_las_Ninas_Ninos_y_Adolescentes_Argentina.pdf

Artículo 3° Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

El concepto de Interés Superior del Niño se conecta con la idea de bienestar “en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida” (16). Para identificar cual es el Interés Superior del Niño el Juez debe asegurar la participación adecuada del mismo, involucrando a las personas expertas en áreas relevantes encargadas de tomar las decisiones y equilibrar todos los factores para determinar cuál de las opciones posibles es conforme a su deseo.

La noción del Interés Superior del Niño reviste varias características:

1. Tener en cuenta la palabra del niño.
2. Concepto amplio y flexible y de poder adaptarse (relatividad al tiempo y al espacio) a las diferentes culturas, socioeconómicas, de sistemas jurídicos.
3. Es un concepto jurídico que debe interpretar el nexo normativo para ser materializado por la práctica.

Es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un

(16) Grossman Cecilia. “Los Derechos del Niño en la familia, p. 23.

niño y que representa una garantía para el mismo que su interés a largo plazo será tenido en cuenta.

La Palabra del Niño - Escucha activa

Sabemos que oír no es escuchar, escuchar implica un espacio de compromiso y comprensión del otro y con el otro, escuchar será básicamente crear un lugar, que no significa un lugar físico sino un espacio mental que albergue lo problemático y angustiante de la situación para el niño. Implica darle contención a vivencias que el niño pueda tener.

Desde una perspectiva jurídica y psicoanalítica el derecho a ser oído se trata de un derecho (y no de un deber) para el niño o adolescente: que garantiza a los mismos el poder hacerlo y le impone al Estado la obligación de hacer viable dicha posibilidad. Siendo importante aclarar que permitir participar a los niños y adolescentes, que ellos expresen sus opiniones, no significa que se promueva que los mismos actúen como si no necesitaran la orientación y ayuda de los adultos, aunque nunca en reemplazo de la opinión del niño.

Además, implica el derecho a ser escuchado personalmente (no basta hacerlo a través de sus representantes u otro órgano). Impone el deber por parte del Estado, la sociedad y la familia, de escuchar la opinión del niño, cualquiera sea la forma en que se manifieste.

El derecho de los niños a ser oídos y a que sus opiniones se tengan en cuenta, repercute de manera directa en las responsabilidades de los adultos, toda vez que supone el deber de ellos de crear las oportunidades para alentar a los niños a expresar sus opiniones, fundamental para el desarrollo subjetivo.

Niños, Niñas y Adolescentes institucionalizados

Los niños institucionalizados quienes se encuentran en un estado pleno de vulnerabilidad, ¿son visibilizados o invisibilizados por los efectores intervinientes? o, ¿simplemente son depositados por lo general en una institución donde el recurso humano posee predisposición y voluntad en el aco-

gimiento de los niños que ingresan? ¿Se implementan las estrategias, seguimientos pertinentes y adecuados a cada una de las situaciones por la cual transita el niño una vez tomada la medida de abrigo? ¿O bien con anterioridad a la toma de la misma?, ¿Es el niño tenido en cuenta como parte de este proceso antes de ser judicializado, es decir, en la etapa administrativa? ¿Se articula con la familia, escuela, órganos administrativos y judiciales para restituir sus derechos, mientras transcurre el tiempo establecido en la medida de abrigo? ¿O bien solo se espera la finalización del plazo establecido a los fines que se prorrogue la medida o se deje sin efecto? ¿Será que la problemática de la niñez institucionalizada no es política pública? Es el Estado quien debe garantizar el respeto, reconocimiento, valoración y ejercicio de los derechos de los Niños.

En ocasiones nos encontramos con niños que pasan gran parte de su vida en las instituciones sin una oportunidad para revincularizarse con su familia de origen, o bien con algún miembro de su familia ampliada, o agotando estas instancias, sin tener la posibilidad de ser integrantes de una nueva familia. Los niños deben conocer los motivos por los cuales se encuentran en la institución, las diferentes etapas procesales del cual van a intervenir mientras dure dicha medida.

Las instituciones que acogen a los niños deben ser un lugar de contención, agradable, cálido, afectuoso, ya sea desde el ámbito material, estructural y de recursos humanos, desde lo más básico, como el mobiliario adecuado a la edad de los niños que conviven, que sean ambientes luminosos, alegres, que el personal reciba capacitación para el cuidado de la niñez en el rango de edad específico de cada institución, a veces este personal carece de capacitación necesaria para la atención de los niños con sus diferentes vivencias y andamiajes. Asimismo, es de relevante importancia contar con un equipo interdisciplinario estable, con profesionales especializados en psicología, psicopedagogía, maestras auxiliares, para que cada niño en forma individual y personal reciba la atención y cuidados necesarios. Que el niño sienta y perciba, que por la situación temporal por la cual transita, ese sea su lugar de pertenencia, esto va a permitir que los niños puedan identificar una mirada de adultos responsables que se ocupan de ellos, que se sientan

cuidados, que puedan percibir como referentes, a personas de ese nuevo entorno.

El Interés Superior del Niño institucionalizado, es principio rector en este proceso ya que no solo está conformado por su deseo, su opinión, por la satisfacción de sus necesidades en un contexto y realidad determinada, sino también por su derecho a ser escuchado y visibilizado, porque el transcurso del tiempo no sea una forma más de vulneración de sus derechos, para que se implementen las estrategia adecuadas y necesarias para la vincularización con su familia de origen o bien declarar su estado de adoptabilidad después de agotar las instancias antes mencionadas.

Es necesario contar con políticas públicas que puedan prevenir y remediar esta situación, considerando las vulnerabilidades de cada uno de estos grupos y los derechos a la convivencia familiar, así como el principio fundamental del interés superior del niño. No obstante, las prácticas tradicionales de los sistemas de protección han resistido el debate crítico en torno a la internación en instituciones de protección vinculado a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño. En muchos países persiste una cultura institucional que continúa considerando que separar a los niños de sus familias e internarlos en instituciones de protección es una respuesta de protección adecuada, sin atención al Interés Superior del Niño o al criterio de excepcionalidad y duración corta de la medida.

La Convención sobre los Derechos del Niño, integra junto a otras guías normativas un cuerpo jurídico que vela por los derechos de niñas, niños y adolescentes. Para analizar el accionar de los Estados en este campo, es importante recurrir a ella, junto a otras herramientas más específicas, como es el caso en especial de las "Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños". Dichas directrices fueron adoptadas con el objeto de promover la aplicación de la CDN y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. Son, por lo tanto, un instrumento que brinda orientaciones políticas y prácticas para el cumplimiento de la normativa referida. Toda medida que los Estados tomen sobre la vida del niño deberá

tener en cuenta los derechos en los que se profundiza en estos textos, además de su interés superior. También se tienen en cuenta las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros organismos internacionales en cumplimiento de su mandato.

En el Anexo II incluimos Directrices de las Naciones Unidas para la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es fundamental en primera instancia desarrollar políticas de prevención de la institucionalización y apoyo a las familias, así como el desarrollo de alternativas a los cuidados de tipo residencial y la promoción de la reintegración, en el marco de planes orientados a la desinstitucionalización. Los Estados deben garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso, tanto en el marco de aquellos procesos en los que se adoptan las medidas de institucionalización, como en los casos de las violaciones de derechos humanos de la infancia que pudieren ocurrir en las instituciones de cuidado y protección. Estas exigencias deben tenerse en cuenta independientemente de que se trate de procesos judiciales o administrativos.

Los niños privados de cuidados parentales e institucionalizados se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad, por lo que deben considerarse una serie de obligaciones adicionales de protección y cuidado por parte de los Estados. Al institucionalizarlos se los deja expuestos al peligro y a sufrir secuelas permanentes, privándoles de muchos de sus derechos y de la protección que necesitan.

Ante situaciones de maltrato infantil corresponde en primer término intentar el alejamiento del agresor y el consecuente mantenimiento del niño en su medio familiar, y sólo de no resultar ello posible se disponga la permanencia del niño con otro familiar que garantice su protección o en algún medio alternativo de convivencia sean hogares voluntarios o comunitarios.

Previo a recurrir a la institucionalización deben considerarse todas las alternativas posibles cuando las medidas de apoyo a la familia han fracasado, cuando no es posible recurrir a otros familiares o frente a la inexistencia de un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

De forma específica, la participación adecuada del niño en el proceso requiere la adopción de medidas de protección procesal. Para el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (17):

A efectos de garantizar este derecho, es necesario procurar que los niños tengan oportunidad de ser oídos en un entorno amigable, seguro, accesible y apropiado. Deben adoptarse las medidas necesarias para asegurar la plena protección del niño y la no revictimización de los niños, especialmente cuando se trate de niños muy pequeños, niños con discapacidad, o de niños que hayan sido víctimas de delitos, explotación, trata, abusos sexuales, maltrato y toda otra forma de violencia. Asimismo, debe preferirse que ello ocurra en condiciones de confidencialidad atendiendo a las circunstancias del caso y a su interés superior.

El acogimiento de niños en instituciones de protección debe ser el último recurso, en consecuencia, los sistemas de protección deberían preferir otras modalidades de cuidado a las de tipo residencial en instituciones. Pero en el caso excepcional que no sea posible y que se deba adoptar una medida de institucionalización, los niños sujetos a dichas medidas tienen derecho a protección y asistencia especial por parte de los Estados.

Para garantizar dicha protección, es preciso determinar los criterios teóricos y prácticos de la actuación de las instituciones, sus objetivos y propuestas de la intervención y establecer estándares de acogimiento para garantizar la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño. La mayor parte de los países de la región enuncian los derechos de los niños de forma general, pero solo algunos los han regulado explícitamente para los niños que se encuentran en instituciones de protección y los estándares mínimos de calidad para dichos centros.

Esto ha motivado que el Comité de los Derechos del Niño haya expresado su preocupación por la ausencia de una normativa que regule los cuidados mínimos en las instituciones, especialmente en aquellas en las que se encuentren niños con discapacidad y haya recomendado evaluar la calidad

(17) Unicef 2013. La situación de niños y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe.

de los servicios y las condiciones en las que se encuentran los niños en las mismas, así como aprobar normas claras que regulen su funcionamiento.

Pese a la existencia de circunstancias específicas que motivan institucionalizaciones, se observa una escasez generalizada de programas especializados para responder al motivo o la causa concreta de ingreso de niños a las instituciones. La consecuencia de ello es la permanencia de los niños en aquellas que no se encuentran adaptadas a sus requerimientos, lo que dificulta que la medida de protección pueda cumplir sus objetivos. La atención especializada, con actividades diagnósticas, terapéuticas e intervenciones específicas, es esencial para garantizar que la ejecución de la institucionalización se encuentre orientada al restablecimiento o restitución de los derechos cuya vulneración la ha motivado, asegurando la temporalidad de la misma y la reintegración de los niños y adolescentes a un medio familiar y comunitario en el período más breve posible. Es importante además que las instituciones tengan en cuenta la especificidad de la población.

Las medidas de protección excepcional, que en teoría resultan ser subsidiarias y excepcionales en cuanto a su aplicación y puesta en marcha pero que muchas veces se transforman en la regla de un sistema de protección desvirtuado por la incorrecta interpretación y aplicación de sus fines y objetivos. Por tales razones, se recurre a la medida de separación familiar considerada más rápida, ágil y menos dificultosa pero también a las más vulneratoria de derechos fundamentales, es decir, la institucionalización del niño y su desprendimiento de la familia de origen, con la consiguiente afectación a su derecho humano fundamental “vivir y/o desarrollarse en familia”. Ello debido a que las medidas de protección integral generalmente no son implementadas, o lo son en forma aparente y de modo deficiente.

Es necesario orientar la política de los Estados hacia la desinstitucionalización, disponiendo formas de cuidado que no impliquen el acogimiento de los niños en instituciones, y promoviendo prácticas dirigidas a asegurar el reintegro del niño a su medio familiar siempre que sea posible y adecuado a su interés superior. En los casos excepcionales en los que debe recurrirse a la institucionalización debe prepararse la reinserción del niño o adolescente antes de que abandone la institución.

Analizando el egreso de un adolescente por alcanzar la mayoría de edad, el mismo debe enfrentarse a situaciones sociales y económicas para las que no ha sido preparado. El egreso es abrupto generando miedo, falta de vínculos, soledad y exposición a riesgos. Es indispensable suministrar el apoyo que les permita cubrir sus necesidades, como así también proporcionar orientación para su inscripción en programas de capacitación educativa o vocacional o bien para conseguir empleo, vivienda y conectarse con otros recursos en la comunidad.

Analizando la situación de la República Argentina, ha disminuido un 37% la cantidad de Niñas, Niños y Adolescentes alojados en dispositivos de cuidados alternativos, respondiendo a una política pública nacional de desinstitucionalización. Sin embargo, más del 80% de esos niños, se encuentran en cuidado institucional en vez de su entorno familiar. Una alternativa posible sería en primer lugar migrar a familias de acogimiento u otro dispositivo de cuidado familiar. Existen en la actualidad 683 instituciones, públicas y privadas, en las cuales están comprendidas residencias y familias de acogimientos.

Las provincias presentan gran heterogeneidad respecto de la aplicación de ley de protección integral nacional, de las políticas de promoción y de la calidad y cantidad de los dispositivos de cuidados alternativos entre otras. La implementación de las políticas públicas y la adecuación a las normativas nacionales le corresponde a cada una de las provincias, dando como resultado grandes diferencias entre ellas.

Otras pautas a tener en cuenta son los dispositivos alternativos de cuidado, tanto, en la calidad de los servicios, como en los tipos de cuidados. No existe un estándar mínimo a nivel nacional, por lo cual cada provincia posee autonomía para la organización de sus dispositivos, como mencionamos con anterioridad, en la Provincia de Buenos Aires el organismo de protección cuenta con servicios locales y zonales. En esta provincia se encuentra el 37,4% del total nacional de los NNYA bajo el cuidado del Estado, de ese porcentaje solo el 0,6% se encuentra bajo el cuidado familiar, esto es contradictorio con lo expresado con anterioridad, la descentralización de programas y de políticas públicas específicas, no es la ideal para lograr un abordaje territorialmente expandido e integral.

Si analizamos la adopción como alternativa, siguiendo el informe de Fundación Sur presentado ante el Comité de Derechos del Niño en el mes de julio de 2017, debemos advertir los supuestos en los cuales ésta se entiende como una “solución compensatoria” ante el fracaso en la implementación de la medida excepcional por la ausencia de políticas públicas eficaces que evita la institucionalización prolongada de niños, pero vulnera su derecho a la identidad y permanencia en su familia de origen.

En este marco argumental se suele enfatizar de modo erróneo la oposición entre institucionalización - adopción, presentándose esta última como la solución mágica para evitar la primera cuando en realidad la implementación oportuna de medidas de fortalecimiento garantiza al niño su permanencia familiar y evita la vulneración de su derecho a la identidad. La realidad es entonces la excepción que se convierte en regla, convirtiendo a las medidas excepcionales en un remedio aparente, olvidando el poder administrador su deber de asistir a la familia para que sea ésta la que pueda asumir la crianza de los niños.

Puede suceder que la adopción sea una alternativa para ese niño cuando no es posible la revincularización o permanencia en su familia de origen, conforme el Artículo 595 del Código Civil y Comercial de la República Argentina que establece: Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

- a. El interés superior del niño;
- b. El respeto por el derecho a la identidad;
- c. El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d. La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e. El derecho a conocer los orígenes;

f. El derecho del niño o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

De los más de 9.000 niños y adolescentes que están al cuidado del Estado en instituciones en Argentina, sólo el 8% salió del sistema porque fue adoptado por una nueva familia, pero fueron más los que dejaron de vivir en hogares después de cumplir los 18 años (12.1%).

Los datos surgen de un relevamiento nacional que presentaron la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y el Fondo de las Naciones Unidas para Infancia (UNICEF) en el año 2015. En la Argentina hay 9.219 niños y adolescentes acogidos en instituciones. Hace tres años eran 14.675. Se redujo la cantidad de niños que llegaron al sistema de adopciones y a su vez creció el número de los que dejaron de vivir en hogares.

El patrocinio letrado de los Niños en las medidas de abrigo

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha expedido sobre el derecho de los niños al patrocinio letrado, independientemente de su edad, en el supuesto de medidas excepcionales, la defensa técnica cobra trascendencia por la afectación de derechos que la institución conlleva.

Asimismo, la Observación N° 12 del Comité de Derechos del Niño ha resaltado la importancia de la figura del Abogado del Niño, en los procesos de separación familiar y de adopción, por la vulneración de derechos que estas situaciones traen aparejadas. Además, la citada resolución no establece límites de edad para el cumplimiento del aspecto material y técnico de la defensa, disponiendo que se debe a partir de la presunción de capacidad de los niños para opinar y formarse un juicio propio.

Desde la implementación de la figura de Abogado del Niño, la designación del mismo, ha sido solicitada cuando la medida de abrigo ya está en vigencia, o sea que el Niño está acogido en una institución, donde será entrevistado en varias oportunidades, donde se le explicará en que consiste la medida de abrigo, cuál es la etapa procesal que está atravesando, cómo se encuentra en esa institución, cuáles son sus deseos e interés personales.

Cada vez que el Niño desee ser escuchado por el Juez interviniente se solicita las audiencias correspondientes, acompañándolos a los mismos.

El Abogado del Niño realiza un trabajo interdisciplinario con los diferentes efectores que intervienen en la medida. En caso que se declare el estado de adoptabilidad de ese Niño, deberá prestar su consentimiento en audiencia a tal fin ante el Juez interviniente a partir de los 10 años, según lo estable el Artículo 595 CCy C, asistido por el Abogado del Niño.

A su vez, la Opinión Consultiva N° 17 de CIDH del año 2002 establece: “El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor (Niño) y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

Conclusiones

Analizando la normativa de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, la figura del Abogado del Niño adquiere importancia en los procesos de separación familiar, en los cuales no siempre existe contraposición de intereses entre los padres y sus hijos, pues existen casos en que ambos se oponen a la institucionalización y solicitan la reunificación familiar, pero la misma se niega por fines protectorios. Se debe asegurar algún mecanismo que permita la representación de los intereses del niño.

De allí la implicancia del rol desempeñado por el Abogado del Niño, que velará para que la voz del niño sea llevada al proceso. Como otro principio rector a tener en cuenta es el respeto del centro de vida de los niños, evitando la separación de hermanos y facilitando la vinculación familiar. La intervención del Abogado del Niño garantizada la defensa técnica, logrando el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos en el proceso de las medidas de abrigo.

En ciertos casos se ha revertido la institucionalización por tratarse de medidas que no habían agotado la aplicación de las medidas de protección integral de derechos tendiente a evitar la separación, o bien la voz del niño,

su deseo, su interés superior no había sido visibilizado. Si el niño fuere considerado parte desde el comienzo en estos, procesos, desde la intervención de los órganos administrativos ¿Se llegaría a la institucionalización? ¿Se consideraría la misma como una alternativa posible para ese niño? o, ¿Solo estaríamos en presencia de una alternativa para el órgano administrativo? ¿Existen estrategias concretas de acción o solo estamos en presencia de asistencialismo social?

Como corolario proponemos las siguientes pautas a los fines de priorizar y garantizar el Interés Superior del Niño:

- Apreciar en concreto lo que el niño está deseando, esta peticionando, es plasmar las necesidades específicas en un determinado contexto y tiempo, las cuales se transforman en reconocer sus derechos en conjunto, asegurar la debida protección al desarrollo integral y la dignidad de su persona.
- La designación del Abogado del Niño sea anterior a la implementación de la medida de abrigo, ante la vulneración de los derechos del niño.
- Que el niño sea escuchado con anterioridad a la toma de la medida y la legalización de la misma.
- La Niña, Niño y Adolescente participe en forma activa en el procedimiento por lo que se debe garantizar su intervención en la definición de las alternativas de convivencia, priorizando su opinión al momento de la toma de decisión.
- Generar espacios de alojamiento y contención a niños, niñas o adolescentes en situación de abrigo y guarda institucional, como por ejemplo en familias que se estén interesadas en dicho acogimiento.
- Implementación de estrategias concretas acompañadas de un plan de acción por los organismos administrativos y protocolos de actuación para cada caso en particular ya sea para fortalecer el vínculo con las familias de origen o como acompañamiento para el egreso de los adolescentes de las instituciones por mayoría de edad.

- Facilitar la información de las estrategias y programas a los diferentes efectores, a los fines de realizar un trabajo en red e interdisciplinario.
- Que el Estado brinde los recursos materiales y humanos con la finalidad de implementar los programas de acción sobre la temática, como así también capacitación al personal interviniente en la temática.
- Monitoreo por parte del Poder Judicial, de la situación del niño en la institución, una vez legalizada la medida.
- Supervisión por parte del Estado Provincial y Nacional de la situación de los NN y A institucionalizados como así también de la institución y de los organismos intervinientes.

Bibliografía

Circular 6273 (08/08/2016). Consejo Superior Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Convención de los Derechos del Niño (1989) Asamblea General de las Naciones Unidas.

Decreto Reglamentario Provincial 62/15 (2015).

Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Resolución aprobada por la Asamblea General ONU.

Fundación Sur Argentina (2017). *“Presentación ante el Comité de Derechos del Niño*. Cuestiones a considerar en la Pre Sesión de evaluación del cuarto informe periódico de Argentina en cumplimiento del Artículo 44 de la Convención sobre Derechos del Niño”.

Granica, A. (2014). *“Miradas sobre el rol del abogado del niño desde la Convención hasta nuestros días. Que se vengán los niños”* Revista electrónica del movimiento colectivo por las prácticas inclusivas en educación y salud.

Ley 26.061 (2005). “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”.

Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 14.537 (2013).

Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 14.568 de Abogado del Niño (2013).

Palummo, J. (2013). Unicef “La situación de niños y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe”.

Rivera J. C. y Medina G. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina. La Ley.

Romano, C. A. (2018). Mi Niño Perdido Buenos Aires República Argentina Ed. Kier.

Segade, A. (2018). “Reflexión sobre el sistema de protección integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescente. Deudas y Desafíos”.

Zermatten, J. (2003). “El interés superior del Niño - Del análisis literal al alcance filosófico”.



Embarazo en niñas menores de 15 años: Un problema y muchas falsas soluciones

Jorge Nicolás Lafferriere *

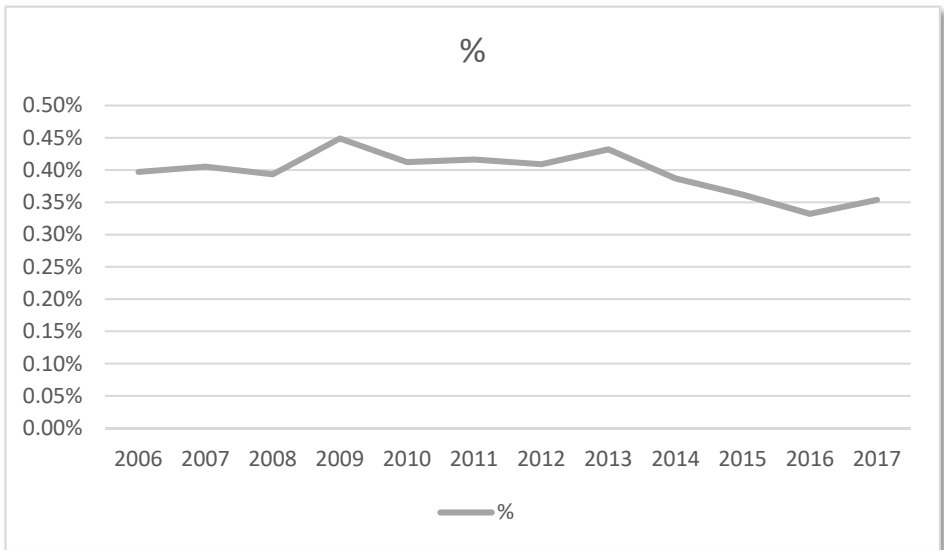
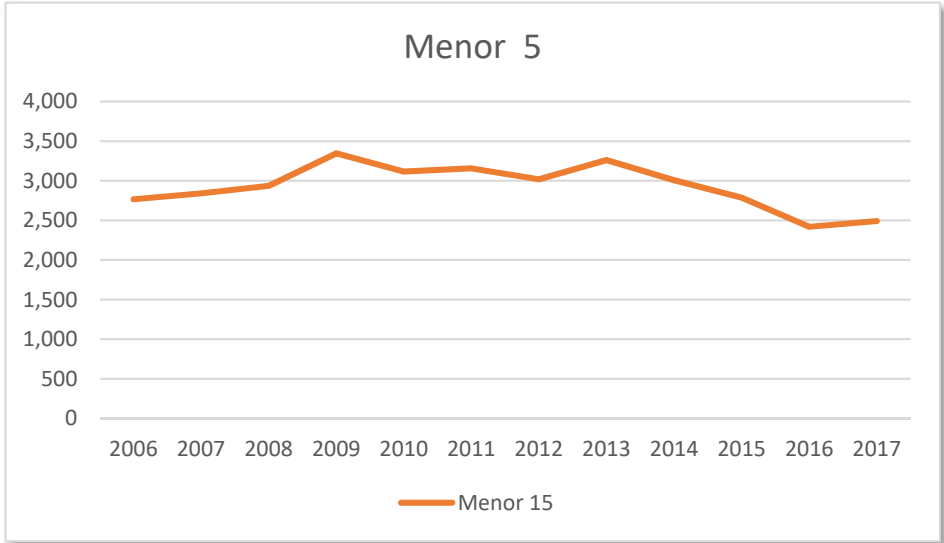
Introducción

Este trabajo quiere abordar un tema de acuciante actualidad. En efecto, el problema de las niñas menores de 15 años que quedan embarazadas y dan a luz en Argentina irrumpe en el debate público y nos interpela para buscar respuestas integrales a esta dura realidad. Así, nos proponemos tratar las dimensiones del problema y las circunstancias que lo rodean, con particular referencia al problema de la disfuncionalidad de la familia. Igualmente, haremos mención a la cuestión de los riesgos de salud para una niña embarazada. En otros apartados, nos referiremos al drama de las niñas en situación de calle y cómo impacta el embarazo en la experiencia de una niña. En lo que constituye una tesis central del trabajo, sostendremos que el aborto no es solución y sobre el tipo de educación sexual que debe darse para esta situación, así como la importancia del rol de la escuela. Luego de explicar por qué la anticoncepción no es solución, nos detendremos en aspectos jurídicos y la cuestión de la denuncia penal, para finalizar el análisis considerando el problema de la mediatización. La conclusión será abordando posibles respuestas al problema.

Las dimensiones del problema: 2.493 madres menores de 15 años dieron a luz en Argentina en 2017 (Fuente: DEIS, Ministerio de Salud). Los siguientes gráficos muestran cómo ha sido la evolución de este indicador en

* Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Profesor Titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Regular Adjunto de la Universidad de Buenos Aires.

los últimos años, en números totales y en porcentaje en relación al total de nacidos vivos:



Las circunstancias: en la mayoría de los casos que se han difundido en los medios, las violaciones ocurrieron dentro del ámbito intrafamiliar. Generalmente, son las parejas de las madres, tíos u otros familiares, quienes abusan de la niña que convive en condiciones probablemente promiscuas con ellos. Según las estadísticas del Programa “**Las víctimas contra las violencias**” en el 75% de los casos el agresor es un familiar y en 53% de los casos el abuso ocurre en el hogar.

La disfuncionalidad de la familia: el principal factor que debemos enfrentar es la crisis de la familia y su disfuncionalidad, de modo que quienes están llamados a ser custodios del bien de sus hijos, terminan traicionando ese deber y convirtiéndose en violentos ofensores de su dignidad e integridad física y espiritual.

Este problema se agrava por la repetición de la conducta violenta al interior de la familia. En la mayoría de los casos que trasciende públicamente, las violaciones se produjeron por varios años. Así sucedió por ejemplo con la niña que sufrió la violación que dio lugar al fallo FAL de la Corte Suprema del 13-3-2012. La joven quedó embarazada a los 15 años y sufría violaciones desde los 11 años (<https://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/1-189498-2012-03-13.html>).

Los riesgos de salud para una niña embarazada: desde la pubertad la niña comienza a desarrollar cambios corporales que la preparan biológicamente para poder engendrar y dar a luz. Sobre la morbilidad adolescente en el período prenatal, un trabajo de Gómez, Molina y Zamberlin (Factores relacionados con el embarazo y la maternidad en menores de 15 años, Comité de Derechos sexuales y reproductivos, FLASOG (1), Lima, 2011), reconoce que la información es muy escasa y casi nula en menores de 15 años (p. 37). Señala como problemas de salud la anemia, la infección urinaria y la preeclampsia como posibles patologías.

(1) FLASOG (Federación Latinoamericana de sociedades de Obstetricia y Ginecología).

Las niñas tienen poco conocimiento sobre su cuerpo y sobre procesos fisiológicos como el ciclo menstrual, el período fértil y los síntomas de embarazo. Así, algunos embarazos se detectan recién en el parto (p. 28).

Sobre la mortalidad materna en niñas de menos de 15 años, “la causa más importante se relaciona con el síndrome metabólico a consecuencias de un trastorno hipertensivo. La segunda causa se ubica en el grupo de muertes maternas registradas tardíamente, que son consecuencia de complicaciones del embarazo o parto. Ambas causales son indicadores de un déficit de la detección precoz de una patología mal tratada, o simplemente no tratada en el período prenatal” (p. 43).

Entre los factores condicionantes del mayor riesgo de niñas embarazadas menores de 15 años se encuentran situaciones ambientales muy severas, anemia previa y malnutrición.

Los equipos de salud no siempre están preparados para dar respuesta a esta situación que requiere tres niveles de responsabilidad: médica, legal y psico-social (p. 26).

El drama de las niñas en situación de calle: Incide el problema de la explotación sexual y de las niñas en situación de calle. El 65% de los niños y niñas en situación de calle están en riesgo de ser explotados sexualmente en las capitales de países latinoamericanos (p. 27).

El embarazo y la experiencia de la niña: Lógicamente, como la persona es una unidad, lo corporal, lo psíquico y lo espiritual deben ir de la mano y tienen sus propios tiempos, de modo que el hecho de que la niña biológicamente esté preparada para la concepción y gestación, no significa que lo esté en los otros aspectos. Y allí se encuentra la dimensión más dramática del problema que estudiamos. La violencia ejercida contra las niñas termina obligándoles a vivir un proceso biológico para el que no están preparadas.

El aborto no es solución: El aborto no soluciona el problema del embarazo, pues se trata de un proceso biológico que está en marcha. El aborto interrumpe ese proceso a través de la eliminación del niño por nacer, pero no elimina las huellas que de suyo tiene la niña por el hecho de haber quedado embarazada. Así, abortar parece una solución rápida y efectiva, pero

en realidad es una intervención invasiva que va a terminar en mayores males. El aborto, por su inherente peligrosidad, potencia el riesgo de daños a la salud física y también mental de la niña.

El aborto profundiza las situaciones de abuso: la realización de abortos a estas niñas, máxime si ni siquiera se requiere la denuncia penal, significa que la niña continúa sometida a los mismos que abusaron de ella. Como muchas veces los abusadores son de su propia familia, ellos son los primeros interesados en realizar el aborto para que no queden rastros del crimen. Los abusadores que la dejaron embarazada, la acompañan a abortar y la niña cae en un perverso círculo de violación sistemática. Si el abusador (que en muchos casos es el padre o padrastro) es el sustento económico del hogar disfuncional, se genera una perversa situación, que incluso lleva a la madre de la niña que ya sufre condiciones de pobreza extrema a tolerar en forma cómplice estos abusos.

¿Qué educación sexual? Algunos proponen la educación sexual como la solución al problema. En realidad, se trata de una solución parcial, pues el origen de los embarazos se encuentra en delitos contra la integridad sexual de las niñas. Así, la educación sexual de la niña podría ayudarla a reconocer las situaciones de abuso y sometimiento y a reaccionar a tiempo, para que se pongan en marcha los mecanismos estatales para encontrar y sancionar al responsable de tan graves delitos. Pero el problema de los adultos que cometen estos delitos no pasa por su educación sexual (que incluso pudieron haber recibido), sino por un conjunto de factores que terminan conduciendo a que adopten conductas contrarias a la integridad sexual de las niñas. “Entre los 10 y los 14 años no existe la madurez emocional e intelectual necesaria para aplicar medidas adecuadas de prevención” (Gómez y otros, op. cit., p. 27). Por otra parte, habría que revisar el tipo de Educación Sexual que se dicta, pues según los resultados de las pruebas APRENDER 2018, la temática “Cómo evitar el abuso sexual” figura en último lugar entre los temas tratados en el marco de Educación Sexual, habiendo sido mencionada en el 37% de los casos (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/aprender2018_6toanorpimaria.pdf).

El rol de la escuela: la escuela es un ámbito fundamental para enfrentar este problema. Eso supone que en la educación sexual de la niñez se incorpore explícitamente todo lo referido a la prevención de abusos. Hay muchos y muy buenos trabajos que demuestran cómo, enseñando algunos elementos básicos a niños desde temprana edad, pueden prevenirse y detectarse abusos. Esa educación sexual es indispensable que se brinde.

También la escuela tiene un rol fundamental en este campo, al ser el ámbito en que se pueden detectar cambios de conducta, gestos y expresiones que denoten una situación de abuso. Reforzar la capacitación docente en este campo es fundamental. A esta tarea también pueden colaborar otros centros recreativos o instituciones o servicios sociales que entran en contacto periódico con las niñas. Las autoridades que brindan alarmas a tiempo pueden ayudar a cortar rápido los abusos y evitar posibles males peores por el sometimiento y abuso prolongado.

La anticoncepción no es solución: proponer la anticoncepción como respuesta a los abusos sexuales de niñas supone una profunda distorsión de la realidad y una transferencia de la responsabilidad de los adultos hacia los niños. Las niñas no tienen que usar anticonceptivos y no recae sobre ellas la responsabilidad de no quedar embarazadas. El problema se encuentra en adultos que violan los derechos humanos más elementales. La anticoncepción no elimina el problema de la violencia contra la niña y, por el contrario, lo invisibiliza y la convierte en alguien explotable a voluntad. Limitarse a ponerle el “parche” anticonceptivo o algún otro dispositivo y devolver a la niña a un hogar donde sufre abusos, es perpetuar la violencia contra ella.

Aspectos jurídicos: En el plano jurídico, se afirma que el aborto sería un derecho de la niña en los términos del Código Penal. En derecho penal, el Artículo 86 del Código Penal contempla los supuestos de no punibilidad del aborto, pero no significa una legalización del mismo. El aborto es un delito y no un derecho. Se suele invocar el fallo FAL de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (13-3-2012). En realidad, para nuestra Constitución Nacional, el derecho a la vida está protegido desde la concepción y las disposiciones penales sobre aborto deben ser interpretadas a la luz de ese mandato constitucional y convencional. Ciertamente, hay que distinguir los casos en que nos encontramos ante un peligro para la vida o la salud de la madre que no puede

ser evitado por otro medio (Art. 86 inciso 1, Código Penal), en cuyo caso nos encontramos ante situaciones donde el aborto se produce como efecto secundario no deseado de una intervención que sea directamente terapéutica para salvar la vida de la madre. En los demás casos, entendemos que deben extremarse los medios para procurar salvar las dos vidas. Por eso somos críticos del Art. 86 inciso 2 y creemos que no es constitucional. En cuanto a FAL, además de la crítica por violentar el derecho a la vida, su alcance estuvo acotado al caso concreto, como todo fallo de la Corte.

La cuestión de la denuncia penal: si bien en algunos protocolos se afirma que en estos casos no se requiere hacer una denuncia penal, desde 2018 por disposición de la Ley 27.455/18), el código penal dispone que los delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es una persona menor de edad son de acción pública (Art. 72). De allí que todas las personas que tomen conocimiento de estos hechos, especialmente si son agentes públicos, deben comunicarlos a las autoridades para que se instruya la acción (Arts. 9º y 31 Ley 26.061/05).

El problema de la mediatización: La mediatización de los casos tampoco es un camino que ayude al interior superior de la niña ni a su intimidad. A la situación de vulnerabilidad que atraviesa la víctima, la difusión de su caso termina agregando una indebida presión hacia el aborto desde un claro sesgo ideológico que impide una ponderación razonada de todas las circunstancias y la búsqueda de los mejores caminos para solucionar el problema de fondo. ¿No se termina instrumentalizando a la niña para fines ideológicos y militantes? ¿No se agregan nuevas situaciones de desamparo para la niña que es puesta ante tanta presión mediática para abortar?

Conclusión

Posibles respuestas al problema

Los desarrollos precedentes nos llevan a concluir que la legalización del aborto no es solución para el drama del embarazo de niñas. Hacen falta otras medidas de fondo, que aborden la cuestión en su integralidad. Entre las posibles respuestas para enfrentar el problema podemos enunciar:

-
- Creación de sistemas de alerta y emergencia ante denuncias de abuso sexual infantil, para respuesta inmediata a la primera denuncia y seguimiento de los casos de violencia contra las niñas para determinar que cesen los ataques y no se produzcan embarazos.
 - Intervención del Poder Judicial y del Ministerio Público para adopción de medidas de abrigo hacia la niña.
 - Inicio de las acciones de suspensión o extinción de la responsabilidad parental en caso de madres o padres que consienten con los ataques contra sus hijas.
 - Seguimiento de los casos de niñas que dan a luz para determinar el cese de las situaciones de violencia intrafamiliar.
 - Activa participación del Ministerio Público Fiscal para la persecución penal de los responsables de los delitos que provocaron el embarazo, tanto en cuanto a los autores como a los cómplices del hecho.
 - Capacitación para todo tipo de personal de establecimientos educativos y de salud sobre detección, atención y seguimiento de niñas víctimas de violación y abuso.
 - Mejoras en los trámites de adopción para los casos de abuso sexual infantil, con las debidas garantías que fije la legislación.
 - Políticas para fortalecimiento de la familia y estímulo al matrimonio como marco estable de crianza de los niños.

Referencias

Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud, Anuario 2017, disponible en <http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/anuario-2017/>

Gómez, Molina y Zamberlin, *“Factores relacionados con el embarazo y la maternidad en menores de 15 años”*, Comité de Derechos sexuales y reproductivos, FLASOG, Lima, 2011.

Programa “*Las víctimas contra las violencias*”, Estadísticas sobre abuso sexual infantil en la Argentina, 2016, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/abusosexualinfantil/estadisticas>

Secretaría de Evaluación Educativa, “Aprender 2018. Informe nacional de resultados. 6to. año Nivel Primario”, 2018, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/aprender2018_6toanorpimaria.pdf



Aportes para la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño, a la luz de la O.G. N° 14 del Comité de los Derechos del Niño

Marcela Virginia Panatti *

María Soledad Pennise Iantorno **

Resumen

En estas líneas nos proponemos reflexionar sobre qué pautas o elementos deben tenerse en cuenta para evaluar y determinar el Interés Superior del Niño (ISN) en un caso concreto. La praxis exhibe que, en las decisiones judiciales se ha hecho uso y, en muchos casos, abuso del ISN sin invocar: qué elementos se tuvieron en cuenta, cómo se valoraron o ponderaron y qué razones justificaron que la solución adoptada, era la más beneficiosa para el niño. Bajo ese contexto, se intentarán aportar las herramientas que sirvan de guía a todos los operadores para determinar y evaluar el ISN, y, en particular, a los jueces, que son quienes deben justificar cómo se respetó este derecho en la decisión

* Abogada Pontificia Universidad Católica Argentina, Especialista en Derecho Penal, Universidad Austral, Funcionaria Letrada de la Defensoría General Adjunta de la Nación (ex Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación), Coautora de la obra "Procesos de restitución internacional de niños. Interés superior del niño en la cooperación internacional", Editorial Hammurabi.

** Abogada Universidad del Salvador –USAL– (República Argentina), Especialista en Derecho Procesal USAL, Doctoranda USAL, Funcionaria Letrada de la Defensoría General Adjunta de la Nación (ex Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación), Coautora de la obra "Procesos de restitución internacional de niños. Interés

adoptada. En ese contexto, elaboramos un protocolo de actuación, que permite facilitar y garantizar la tutela efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Palabras claves: *evaluar, determinar, interés superior del niño, caso concreto, jueces, protocolo de actuación, tutela efectiva, consideración primordial.*

I. Introducción

En estas líneas nos proponemos reflexionar sobre qué pautas o elementos deben tenerse en cuenta para evaluar y determinar el interés superior del niño (ISN) en un caso concreto.

Si bien la fórmula ha sido usada profusamente por diversas legislaciones del presente siglo, en el ordenamiento argentino ha adquirido un nuevo significado, al ser incorporada en 16 artículos del CCiv. y Com., que entró en vigor el 1 de agosto de 2015 (1).

Es del caso recordar que el Código Civil derogado no contenía ninguna norma relativa al principio del ISN. Sin embargo, en varios artículos se hacía referencia a distintas alocuciones, tales como: al “*Interés del menor*” (Arts. 167; 206; 321 inc. g), al “*Interés familiar*” (Arts. 211; 264 *quater*, último párrafo y 1277) y al “*Interés del hijo*” (Art. 264 *ter.* y 308).

Recién en el año 1997, a raíz de las reformas introducidas en el instituto de la adopción, se hizo concreta mención al “interés superior del menor” (2), en un único artículo dentro del código de fondo (Art. 321 inc. i).

Esta solitaria incorporación tuvo su matriz en el cambio de paradigma que introdujo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), ya añadida, para esa fecha, en el Artículo 75 inc. 22 de la Constitución

(1) Ley 26.994, publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>

(2) Ley 24.779, promulgada el 26/03/1997.

Nacional Argentina, que enumera los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional.

A partir de ese momento con la participación de la doctrina, la jurisprudencia y el *soft law* que deriva de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, ese principio fue tomando contenido, y su importancia comenzó a expandirse a todos los ámbitos, hasta adquirir fuerza para erguirse como pauta primordial, a la hora de tomar una decisión judicial o administrativa que involucre a un niño.

La trascendencia adquirida por este principio, impulsó a los redactores del C. Civ. y Com. de la Nación Argentina, a insertar el ISN en forma expresa al regular los institutos de la tutela, adopción, responsabilidad parental y nombre, entre otros. Tal como referiremos más adelante.

Sin embargo, la cuestión provoca nuestro interés, toda vez que la *praxis* exhibe que, hasta ahora, en las decisiones judiciales se ha hecho uso y, en muchos casos, abuso del ISN sin invocar: qué elementos se han tenido en cuenta, cómo se han valorado o ponderado y qué razones justificaron que la solución alcanzada resultó ser la más beneficiosa para un niño determinado, en una circunstancia concreta.

Esa omisión, hoy entraría en contraposición con lo normado en el Art. 3º del C. Civ. y Com., en cuanto establece que el juez –pieza fundamental para el buen funcionamiento del Código–, debe resolver los asuntos que le sean sometidos a su jurisdicción, mediante una decisión razonablemente fundada.

Es en esa inteligencia, que se intentarán aportar las herramientas que sirvan de guía a todos los operadores para determinar y evaluar el interés superior del niño, y, en particular, a los jueces, que son quienes deben justificar debidamente cómo se ha respetado este derecho al momento de dictar sentencia, indicando cómo se han ponderado los intereses del niño, frente a otras consideraciones.

II. Evolución y contenido del principio del Interés Superior del Niño.

a) Nivel internacional. b) Nivel interno

a) Nivel internacional

La existencia del ISN y el reconocimiento de la necesidad del niño de recibir una protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, son preexistentes a la CDN. En efecto, pueden encontrarse aisladas referencias en instrumentos internacionales previos a ella. Como es el caso de la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Ppio. II) (3), Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 19) (4), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 23 y 24) (5), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10) (6), Convención de La Haya de 1980, sobre aspectos

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

(4) Conforme CADH, Art. 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

(5) Ver en particular, PIDCYP Art. 24, p. 1: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

(6) Conforme PIDESC Art. 10 ap. 3: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ver Preámbulo) (7), y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Arts. 5 b y 16, párr. 1d) (8).

Finalmente, ambas nociones fusionadas tomaron vigor en la CDN, tal como se advierte en el Preámbulo, en su Artículo 3º y en las expresas menciones al ISN que se observan en los Artículos 9º, 18, 20, 21, 37 y 40.

En ese sentido, la entrada en vigor de la CDN, implicó un gran avance. Especialmente porque, por un lado, generó un cambio de paradigma al reconocer al niño como titular de un catálogo de derechos específicos y por el otro, consagró al principio del ISN, como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento.

Sin embargo, la CDN no definió ese principio ni estableció pautas para su evaluación o determinación, conduciendo al ISN a convertirse en una directriz indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial.

Es por ello, que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, se vieron compelidas a asumir la tarea de establecer el alcance y contenido del mismo.

En el intento de lograr una definición, destacada doctrina señaló que el ISN es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la

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

(8) CEDAW Art. 5º (...) b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de *que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*. Artículo 16 1. (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, *los intereses de los hijos serán la consideración primordial*.

protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (9).

Por su parte Zermatten (10), va más allá y vincula la noción de ISN con la de predictibilidad. Esa vinculación exige, que la consideración del ISN deba tenerse en cuenta, no solamente pensando en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también, en la perspectiva de una evaluación previsible (predicción). Tal idea se sustenta, en que en la infancia, las situaciones evolucionan rápidamente, es por ello que se torna necesario a la hora de tomar una decisión, preservar -en la medida de lo posible- el porvenir del niño y poner la mirada en lo que vendrá. Para ello, sostiene el autor, se debe atender de manera fundamental, al proyecto de vida del niño.

Así también Cillero Bruñol, ha señalado que el ISN constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades, e incluso, a instituciones privadas a estimarlo como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen prerrogativas que deben ser respetadas, o dicho de otro modo, antes de tomar una medida respecto de ellos deben adoptarse aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Concluyendo que el ISN es un principio jurídico garantista (11).

(9) Baeza Concha, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, 2001 Vol. 28, núm. 2, p. 356.

(10) Zermatten, Jean, “*El interés superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*” Informe de trabajo 3-2003, ps. 1-30, especialmente p. 14 ver http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf. (consultada por última vez el 18 de agosto de 2015).

(11) Cillero Bruñol, Miguel, El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf, (última consulta efectuada el 29/05/2018).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha ocupado de este principio, en diferentes pronunciamientos (12) y en la Opinión Consultiva 17/02 (13). En esta última concluyó, que para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del ISN, tanto la CDN como la CADH, aluden a la necesidad de adoptar medidas o cuidados especiales, por la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia (14). Asimismo, destaca la importancia esencial de ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño.

Es así que en esta búsqueda tendiente a profundizar en todos los aspectos que atañen al ISN, el Comité de los Derechos del Niño dictó la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3º, párrafo 1 CDN) (15), en la que no solo se refuerza la idea de un concepto integrador, sino que también, pueden extraerse elementos que permitirán a los operadores evaluar y determinar el ISN en un caso concreto.

Así, en cuanto al concepto del ISN, establece que su objetivo es el de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. De tal forma que al aplicar el concepto de ISN, deba efectuarse un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. Lo cual refuerza –como se dijo– la idea de un concepto integrador.

(12) CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 3, p. 2, CIDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, entre otros.

(13) CIDH, OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.

(14) CIDH, OC-17/2002, párrafos 56-61.

(15) Observación General N° 14, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (Artículo 3º, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

En esta línea el Comité señala, caracteriza al ISN como un concepto dinámico (16) que puede entenderse en tres dimensiones, como:

a) **Derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre al tomar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o a los niños en general;

b) **Principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el ISN. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; y

c) **Norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Una vez conceptualizado el principio, el Comité avanza hacia la determinación de su contenido (17), así sostiene que es un concepto complejo, flexible y adaptable que debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo al contexto, la situación y las necesidades personales del niño o los niños.

Recientemente, dicha Corte internacional ha sostenido que: “(...), en casos específicos relacionados con niñas y niños, las decisiones deben mostrar *“que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión”* (18).

(16) Observación General Nº 14 (2013), ver párrafos 6 y 11.

(17) Ver OG Nº 14/2013, párrafo 32.

(18) CIDH, Caso *Ramírez Escobar y otros VS. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 188. Ver también párrafo 215.

b) Nivel interno

Continuando con la evolución del concepto, es interesante destacar que a nivel nacional, al receptarse el cambio de paradigma propuesto por la CDN, se sancionó la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (19).

Esa normativa contiene una idea más desarrollada del alcance del ISN. Ello se advierte de la letra del Artículo 3º, donde señala que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley. Debiendo respetarse: 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.

Por otra parte, la norma en cuestión, añade una regla de ponderación para dar solución al conflicto que pueda suscitarse entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, determinando que, en ese caso, prevalecerán los primeros.

En materia jurisprudencial interna, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), ha marcado que el principio del “interés superior del niño”, establecido en el artículo 3.3 de la CDN, obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente, cómo los derechos y los intereses de éstos puedan verse afectados, por las decisiones y medidas que se adopten (20). El “interés superior del niño” implica, que los tribunales deben considerar como criterios rectores, el resguardo del desarrollo y del ejercicio pleno de sus derechos en todos los órdenes de la vida, dispensándoles

(19) Ley 26.061.

(20) Conf. CSJN R. 551. XLVIII. RHE caratulado R., B. S. Y OTROS c/ s/incidente tutelar, sentencia del 22/12/2015.

un trato diferente en función de las condiciones especiales, para lo cual el Estado argentino se comprometió a adoptar medidas positivas (21).

Asimismo, ha señalado que los menores, además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la protección de los jueces y de toda la sociedad. La consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar, la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio (22).

Por otra parte, respecto de la evaluación y determinación del interés superior del niño en un caso concreto, ha destacado que, más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de satisfacer el interés superior del niño (23).

Finalmente, con relación a las tensiones existentes entre el interés del niño y los intereses de otros adultos, la CSJN ha dicho, que la regla conforme a la cual se debe sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones (Art. 3.1 de la CDN), tiene –en el plano de la función judicial–, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres (24).

En procesos en que está en juego el “interés superior del niño” resulta vital que la medida y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la

(21) Conf. CSJN Fallos: 339:381.

(22) Conf. CSJN Fallos: 335:2242. Esa misma inteligencia sostuvo en Fallos: 335:452, frente a un caso en que se encontraba comprometida la salud y el normal desarrollo de un menor.

(23) Conf. CSJN, Fallos: 330:642, voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

(24) Conf. CSJN, Fallos: 331:94, Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni.

magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación, de modo que se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, sobre la integridad del menor que se intenta proteger (25).

Finalmente, el C. Civ. y Com., incorporó al ISN en la normativa de fondo, aludiendo a él como principio general y pauta de consideración primordial, sin definirlo.

Así se encuentran referencias al ISN en los siguientes Artículos: 26 (ejercicio de los derechos por la persona menor de edad); 64 (apellido de los hijos); dos referidos a tutela: 104 (principios generales) y 113 (audiencia con la persona menor de edad); tres referidos a adopción: 595 (principios generales), 604 (conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial) y 621 (facultades judiciales); cuatro referidos a responsabilidad parental: 639 (principios generales), 643 (delegación del ejercicio), 671 (deberes de los hijos) y 703 (casos de privación o suspensión de ejercicio); 706 (procesos de familia, principios generales); cuatro referidos a disposiciones del derecho internacional privado: 2634 (reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero), 2637 (adopción, reconocimiento), 2639 (responsabilidad parental) y 2642 (restitución internacional, principios generales y cooperación).

Tras el recorrido efectuado por la evolución del concepto y contenido del ISN, tanto en el plano internacional como nacional, cabe concluir que ese principio dada su flexibilidad, permite que se adapte a la situación de cada niño y sus necesidades, en el momento que deba aplicarse.

Sin embargo, esa elasticidad –como ya se dijo– también puede dar lugar a la manipulación del ISN. Por ello se torna necesario delinear pautas claras para su evaluación y determinación.

(25) Conf. CSJN, Expte. M. 14. XLIII. REX, caratulado: “*M., M. M.d. L. y otro s/guarda judicial con fines de adopción del menor I.F.*”, sentencia del 04/09/2007 (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

III. La evaluación y determinación del Interés Superior

Los Estados Parte, al ratificar la CDN, asumieron el compromiso de garantizar, que el ISN se aplique sistemáticamente en todas las medidas que adopten las instituciones públicas y privadas, como así también, en las decisiones judiciales, administrativas, políticas y legislativas, que afecten directa o indirectamente a los niños.

Asimismo, se obligaron a velar porque ese principio sea una consideración primordial en la toma de decisiones. Ambas obligaciones implican a su vez, explicar cómo se ha examinado y evaluado el ISN, como así también, la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

Frente a ello, se presenta en la práctica el desafío de respetar y garantizar, de modo efectivo el ISN, que se ve satisfecho en la medida en que todos los derechos del niño, estén asegurados.

Bajo esa perspectiva, el Comité en la OG Nº 14, brinda herramientas para tal fin y establece que, previo a la toma de cualquier decisión que involucre o afecte a un niño, resulta necesario seguir un procedimiento compuesto por dos fases: la primera, denominada de **evaluación del ISN**, consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una situación concreta para un niño o un grupo de niños determinado. En esta etapa, además de la participación del niño, se requiere la intervención de un equipo multidisciplinario que oriente al responsable en su toma de decisión.

La evaluación del ISN es una actividad que debe realizarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, tales como: la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, entre otras circunstancias.

Mientras que la segunda fase, denominada de **determinación del ISN** requiere un proceso estructurado y con garantías precisas.

La determinación del ISN tiene como punto de partida la evaluación efectuada en la fase anterior, con el fin de tamizar la información obtenida y valerse de aquella que resulte útil para resolver el conflicto y permita distinguir al niño involucrado. Tal proceder se orienta a encontrar la solución específica, que se ajuste al caso, de modo de asegurar que se alcance una respuesta diferenciada que contemple las implicancias o repercusiones que puede tener la decisión hacia el futuro, sin caer en el uso de fórmulas preestablecidas y abstractas.

En síntesis, esta fase permite alcanzar la solución que resulte más beneficiosa para ese niño, en esa situación y en ese momento, y conocer las razones que la sustentan.

En ese orden de ideas, entendemos que, para llevar a cabo todo el procedimiento de manera adecuada, deberían tenerse en cuenta, al menos, dos pautas esenciales que a continuación se describen.

En primer lugar, es necesario que el operador, según su rol, (entiéndase: juez, defensor de menores, representante legal, progenitores, etc.), tome conciencia de la importancia que debe tener el interés de los niños involucrados, y tenga la voluntad firme de darle prioridad en toda actuación.

En segundo lugar, cualquier decisión que se adopte, debe garantizar esencialmente el pleno respeto del derecho del niño a la vida, la supervivencia, el adecuado desarrollo, su interés superior y el derecho a ser escuchado. Este último abarca, el derecho a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tenida debidamente en cuenta, conforme a su grado de madurez, en todos los asuntos que lo afectan.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en la OG N° 14, consideró provechoso elaborar una lista de elementos, no exhaustiva ni jerárquica, que a su criterio, podrían formar parte de la evaluación del ISN, (26) estos son:

a) **La opinión del niño (Art. 12 de la CDN).** El Comité pone énfasis en la necesidad de que el niño participe y sea oído. En ese sentido señala, que

(26) Ver OG N° 14, parágrafo 50 y siguientes.

si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece (27), cercena la participación del niño en la determinación de su interés superior. Así, destaca que si se trata de un niño muy pequeño o que se encuentre en una situación vulnerable, el operador debe adoptar las medidas necesarias con la construcción de apoyos y salvaguardas, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior, en pie de igualdad con los otros niños (28) y (29).

b) **La identidad del niño.** El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la CDN en su Art. 8º, es así que al evaluar el ISN este derecho debe ser respetado y considerado, tanto en su faz dinámica como estática.

c) **La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones (cf. Arts. 9º, 18 y 20 de la CDN).** Para la protección del niño resulta esencial prevenir la separación familiar y preservar su unidad. La decisión de separar al niño de su familia, solo debería aplicarse como último recurso, en atención a la gravedad de los efectos que provoca en el niño. Antes de adoptar dicha medida, 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, salvo que la separación sea necesaria para protegerlo. Por otra parte, cabe destacar que los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres, como así tampoco, la existencia de una discapacidad del menor o de sus padres. En síntesis, se debe velar por mantener la unidad familiar y evitar que

(27) La opinión del niño debe ser tenida en cuenta, de acuerdo con su edad y grado de madurez, respetando su capacidad progresiva.

(28) Ver también al respecto la Observación General Nº 12, “El derecho del niño a ser escuchado” CRC/C/GC/12 20 de julio de 2009.

(29) En el derecho interno, esos lineamientos han sido receptados, y el C. Civ. y Com. expresamente alude al derecho a ser oído, a participar y a tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez, en distintos artículos, a saber: dos referidos a tutela (Arts. 113 y 117); nueve referidos a adopción (Arts. 595, 598, 609, 613, 617 inc. b y d, 626 inc. d, 627 inc. d, 634 inc. f y 635); cinco referidos a responsabilidad parental (Arts. 639 inc. c, 644, 645, 646 inc. c. y 653) y uno relativo a procesos de familia (Art. 707).

los niños sean sometidos al régimen de acogimiento alternativo de manera innecesaria (30).

d) Cuidado, protección y seguridad del niño (Art. 3º, párr. 2. CDN). El bienestar del niño en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales, tales como el afecto y la seguridad. El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no lo satisfacen, ello debe suplirse con la adopción de medidas que permitan la creación de lazos afectivos seguros. Como es sabido, los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

La evaluación del ISN también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (Art. 19 CDN).

Aplicar el enfoque del ISN en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros, y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad del niño.

e) Situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño. A tal fin debe realizarse una evaluación individualizada del historial del niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario, de modo de realizar las modificaciones que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño.

El objetivo de la determinación del ISN en estos casos, no debe referirse solamente al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la

(30) Ver al respecto Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] 64/142. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, 24/02/2010. <http://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf> (consultada por última vez el 3 de septiembre de 2015).

Convención, sino también de aquellos previstos en otros instrumentos internacionales específicos, ejemplo: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos.

f) **El derecho del niño a la salud (Art. 24 CDN).** Cuando se ve afectado el derecho a la salud de un niño, resulta necesario ponderar distintas situaciones, como, por ejemplo: para tratar una determinada enfermedad se deben sopesar las ventajas, los riesgos y los efectos secundarios de todos los tratamientos posibles. A ello debe sumarse la necesidad de recabar el consentimiento del niño, y tener debidamente en cuenta su opinión en función de su edad y madurez, previo acceso a la información adecuada y apropiada para que entienda la situación.

Tales extremos permitirán obtener los elementos necesarios para determinar cuál es el ISN en el caso concreto.

Nuestro derecho interno, ha profundizado esas directrices, y le ha otorgado protagonismo al niño en la toma de decisiones cuando se ve afectado su derecho a la salud. Así el Art. 26 del C.Civ.yCom. establece: “(…). Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interior superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

g) **El derecho del niño a la educación.** La educación debe ser entendida como una inversión de cara al futuro, una oportunidad de esparcimiento, de promoción del respeto y de participación. Por ello, 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.

La enumeración hasta aquí efectuada, tal como lo expresó el Comité no es taxativa ni jerárquica, ello implica, que los elementos a considerar, su contenido y la importancia que tendrán en la evaluación general, variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión de que se trate y de las circunstancias concretas.

Tal es así, que puede ocurrir al analizarse un caso, que los elementos antes enunciados, colisionen entre sí. Esta circunstancia podría darse en un supuesto en el que la preservación del entorno familiar choque con la necesidad de proteger al niño contra el riesgo de violencia o malos tratos por parte de los padres. En esas situaciones, se tendrán que ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que mejor atienda al ISN.

A su vez, al efectuar esa ponderación, no debe perderse de vista que el propósito del procedimiento de evaluación y determinación del ISN es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, orientados al desarrollo holístico del niño.

Otra cuestión relevante a la hora de evaluar el ISN, es tener presente que las capacidades del niño evolucionan, y sus necesidades se modifican.

Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para ello, no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas, y de cualquier otra índole, en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener presente las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo.

En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.

IV. La incidencia del tiempo en la determinación del ISN. El rol del Juez

Como es sabido los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Por ello entendemos, que este factor repercute en los

procesos que involucran a un niño y debe ser examinado, en tres momentos: 1) antes, 2) durante y 3) después de la toma de una decisión.

1) **Antes:** se refiere al tiempo que el niño lleva inmerso en la situación de conflicto, debiendo analizarse cómo redundó en su vida y en su desarrollo.

2) **Durante:** alude a la urgencia y la celeridad que requieren las cuestiones que involucran a un niño. Todo ello, sin desatender el respeto por las garantías procesales que deben asegurarse a todas las partes involucradas y sin pretender convalidar situaciones que nacen como ilegales, pero enfocándose en la realidad del niño y en las secuelas o traumas que cada decisión, pueda traer aparejada.

3) **Después:** todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, la internación y otras medidas relacionadas con el niño, deben examinarse periódicamente en intervalos razonables, a medida que el niño crece y, en consecuencia, evoluciona su capacidad para expresar su opinión (Art. 25 CDN).

En ese sentido, le compete entonces al Juez, con la intervención de equipos multidisciplinarios, considerar seriamente las consecuencias en la integridad psicofísica y el adecuado desarrollo del niño, en las tres etapas aludidas, y plasmar, en forma fundada, su razonamiento (31).

Cabe recordar que la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, recomendó a los Estados Parte de la CDN, establecer mecanismos, en el marco de sus ordenamientos jurídicos, 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 (32).

A efectos de dar cumplimiento a dicha recomendación, consideramos que los Estados parte, en la medida de sus posibilidades podrían instar la

(31) Esa exigencia debe cumplirse particularmente en aquellos procesos que la decisión que debe adoptarse implicará un cambio total o parcial en la estabilidad o en la vida del niño, como, por ejemplo: en los procesos de control de legalidad, guarda, adopciones, restituciones internacionales, etc.

(32) Ver OG N° 14/2013, parágrafo 98.

creación de un órgano de revisión de las sentencias que se dicten en materia de niñez y adolescencia. De esa forma se vería garantizada la posibilidad de solicitar una revisión en el plano nacional.

Estos mecanismos una vez establecidos, deberían darse a conocer al niño, quien podrá acceder directamente o a través de su representante jurídico.

V. Protocolo de actuación para la determinación del ISN, en un caso concreto

Objetivo del procedimiento: alcanzar la solución que mejor satisfaga en forma integral todos los derechos del niño.

Así mismo, debe considerarse como pauta de interpretación general, que para el caso de que el interés superior del niño, entre en conflicto con el interés de otro niño, de un grupo de niños, o los de los niños en general, tienen que resolverse caso por caso, de modo tal que cada uno de ellos, vea garantizado su derecho a que su interés superior sea una consideración primordial.

Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de los adultos, en cuyo caso debe primar el interés superior del niño.

Etapas sugeridas:

1º) Determinar el contexto fáctico del caso.

En esta etapa se pretende establecer cuál es la realidad del niño y en qué clase de conflicto se encuentra inmerso.

Para lograr ese objetivo, +será necesario recabar toda la información que permita construir un esquema de la situación concreta (datos filiatorios del niño, con quien vive, vínculos paternos filiales, existencia o no de familia ampliada, rendimiento escolar, estado de salud, actividades extracurriculares, etc.).

Luego, se deberá:

a) Individualizar el o los conflictos existentes,

b) Establecer cuáles son las partes involucradas y sus posiciones frente a él,

c) Analizar el tiempo que lleva el niño inmerso en el conflicto, debiendo atenderse al tiempo transcurrido, incluso antes de su judicialización.

En caso de que hayan intervenido profesionales de la multidisciplina en la situación problemática, deberá recabarse información relativa a sus apreciaciones y las eventuales recomendaciones efectuadas al respecto. A fin de sopesarla con otros elementos que se agreguen al expediente, de modo de recopilar la mayor cantidad de datos que permitan un conocimiento lo más acabado posible de la situación que atraviesa el niño.

2º) Conocer la opinión del niño.

La opinión del niño puede conocerse de manera directa (mediante la realización de entrevistas personales) o indirecta (a través de informes elaborados por profesionales auxiliares de la Justicia).

En todo proceso que involucre a niños, es fundamental que el Juez interviniente, tome contacto personal con aquel. Para ello deberá contar con un equipo multidisciplinario, con conocimientos específicos en materia de niñez.

Por su parte, resulta esencial que los operadores en general cuenten con la preparación y los conocimientos prácticos adecuados que les permitan facilitar la participación del niño, en un ámbito propicio para generar su confianza.

Para que el niño pueda expresar su opinión, se le debe dar información completa, accesible y apropiada a su edad respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar.

En ese contexto, se deberán tomar todas las precauciones posibles a fin de evitar que la participación en el proceso genere en el niño consecuencias negativas o algún grado de re-victimización, que pueda repercutir en su integridad psicofísica. En todo momento, deberá hacerse saber que esa escucha está concebida en su beneficio y en la medida de sus posibilidades, conservando en siempre el derecho a ser protegidos.

Asimismo, se le debe informar de que forma su participación influirá en la decisión que se adopte.

3º) Distinguir y ponderar los intereses que puedan encontrarse involucrados.

En base a la información recabada deberá efectuarse una ponderación de los derechos en juego.

Para ello, deberá tenerse en cuenta que no existe jerarquía de derechos, sino que todos responden al “interés superior del niño”, y por lo tanto, ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del principio.

4º) Analizar las posibles decisiones que podrían adecuarse al caso y sus repercusiones.

La toma de la decisión de que se trate, debe estar precedida por el examen de las repercusiones (positivas o negativas) que la misma podría tener en la vida del niño involucrado. Para ese cometido, deberá tenerse en cuenta las características individuales de aquel, como así también las experiencias anteriores, que le ha tocado atravesar.

En esta etapa, deberá tenerse en cuenta la incidencia del transcurso del tiempo. Lo cual implica hacer una evaluación del lapso temporal que el niño lleva inserto en el conflicto, considerando para ello: el tiempo transcurrido previo a la judicialización, las distintas situaciones y experiencias que debió atravesar antes y durante el proceso, como así también las consecuencias que la incertidumbre que le ha generado. Esta evaluación conducirá a proyectar posibles soluciones para el caso concreto, que deberán a su vez prever un examen de cara al futuro, es decir, tomar en consideración la incidencia de aquellas en el desarrollo del niño.

En definitiva, esta etapa requiere analizar las vivencias del niño antes, durante y después de la toma de decisión, para que una vez adoptada se asegure el adecuado desarrollo del niño en su medio familiar, social y cultural.

5º) Determinar el ISN.

Toda la información obtenida de los pasos anteriores, una vez tamizada –conforme las pautas hasta aquí reseñadas–, dotará de contenido concreto al ISN y permitirá alcanzar la solución que resulte más beneficiosa para ese niño, en esa situación y en ese momento, contemplando las implicancias que puede tener la decisión hacia el futuro, como así también las posibilidades de revisión en la medida de las necesidades del niño, de su capacidad progresiva, o ante la modificación de alguna circunstancia determinante, entre otros factores a tomar en cuenta.

6º) Explicar la decisión.

Cualquier decisión sobre el niño debe estar motivada, justificada y explicada, a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior constituya una consideración primordial.

En la motivación se deben expresar qué elementos se han considerado pertinentes y cómo se han ponderado para determinar el ISN. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón para apartarse (33).

Por otra parte, la decisión adoptada debe ser informada al niño, con indicación de cómo incidió su participación en aquella. Ello debe realizarse en un entorno que cumpla con las recomendaciones de la Observación General Nº 12, del Comité de los Derechos del Niño, mediante un lenguaje claro, acorde con su edad y grado de madurez, para asegurar su comprensión.

7º) Revisión y ajustes razonables.

Las decisiones que se toman con relación a un niño, no adquieren el carácter de cosa juzgada, ya que, por la misma condición de niño o adolescente, su vida se encuentra en constante evolución y dinamismo. Lo cual exige a los operadores, mantenerse alerta a la necesidad de considerar una actualización de su interés superior, de modo evaluar la situación del niño en ese momento y, eventualmente, efectuar los ajustes que el caso requiera.

(33) Ver al respecto O.G. Nº 12, del Comité de los Derechos del Niño.

VI. Reflexiones finales

A modo de conclusión, estimamos que resultan valiosos los distintos aportes efectuados por la doctrina, la jurisprudencia y el *soft law* emergente del Comité de los Derechos del Niño, para darle contenido y alcance al ISN.

Sin embargo, consideramos que queda aún pendiente el desafío de lograr que los operadores hagan visible la evaluación y determinación del ISN, efectuada en el caso concreto, para desterrar de ese modo, la práctica de invocar el principio, como una afirmación dogmática, vacía de contenido.

En este contexto, y de conformidad con las recomendaciones del Comité plasmadas en la Observación General Nº 14, estamos en condiciones de afirmar, que una sentencia que invoque de forma abstracta el ISN, es plausible de ser impugnada por arbitrariedad. Su invocación debe nutrirse del análisis de los elementos concretos que han sido considerados, con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La decisión sobre el ISN debe ser motivada. A tal efecto deberá contener las razones que se tuvieron en cuenta para entender que esa solución era la más beneficiosa para el niño en cuestión.

Ineludiblemente, también deberá hacer referencia a la opinión del niño y a su influencia en la toma de decisión, explicando los motivos existentes tanto para considerarla como para apartarse de ella.

Idéntica relevancia deberá asignarse al factor tiempo, en los tres momentos ya aludidos (antes, durante y después de la toma de decisión) para garantizar la efectividad en la determinación del ISN.

Finalmente, en base a las pautas hasta aquí delineadas, consideramos que sería de utilidad para los operadores hacer uso del protocolo de actuación *ut supra* presentado, con el objeto de facilitar el cumplimiento del procedimiento en forma adecuada, garantizando la tutela efectiva del derecho del niño, a que su interés superior sea una consideración primordial.

Este protocolo debe ser tomado como una orientación general y adaptado a las peculiaridades de cada caso.



Adopción prenatal, *baby hatches*, parto anónimo y parto confidencial o discreto: ¿son alternativas jurídicamente válidas para resguardar los derechos de la madre y el niño frente a la posible legitimación del aborto?¹

Analía G. Pastore²

INTRODUCCIÓN

El fervoroso debate que se generó en Argentina por cinco meses durante 2018, en ocasión del tratamiento legislativo de los proyectos de ley que proponían la legitimación del aborto, motivó que indagáramos sobre dispositivos jurídicos alternativos que propiciaran, al mismo tiempo, el resguardo y protección de la salud y la vida del niño por nacer, y la atención de

(1) Debo agradecer la valiosa colaboración de la Dra. Sofía Calderone que con enorme generosidad y admirable empeño realizó la revisión final de este trabajo contribuyendo con atinentes sugerencias que fueron plasmadas en el texto.

(2) Abogada, graduada con Diploma de Honor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Especialista en Derecho de Familia (PUCA). Profesora Ordinaria de la Facultad de Derecho (PUCA). Profesora Universitaria de Posgrado (PUCA, UCALP, Universidad Austral). Coordinadora Académica de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Familia (PUCA). Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires, Argentina). Miembro de la Sección de Bioderecho y Familia del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires, Argentina).

las circunstancias especiales que atraviesa la mujer cuando se encuentra en conflicto con su embarazo.

Examinando los sistemas jurídicos comparados, detectamos cuatro posibles estrategias: la adopción prenatal, los *baby hatches*, el parto anónimo y el parto confidencial o discreto, este último como una novísima versión del anterior, superadora de la absolutización del anonimato propugnada por aquél.

En este trabajo analizamos cada una de ellas, describimos algunas regulaciones normativas comparadas, abarcando legislación y jurisprudencia, e incluimos los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para concluir, aportamos un análisis valorativo de cada una de las alternativas estudiadas, integrando las opiniones doctrinarias recopiladas y planteando las dificultades que cada figura jurídica conlleva.

I.- ADOPCIÓN PRENATAL

A) El contexto normativo argentino

La realidad de mujeres embarazadas en conflicto con su maternidad, cuya única alternativa pareciera ser el aborto clandestino, arriesgando la vida y la integridad psicofísica del niño por nacer y de la mujer misma, coexiste con la de una considerable cantidad de familias, con acreditadas aptitudes para prohijar (3), dispuestas a ofrecer al niño un hogar donde recibirá el afecto y los cuidados que satisfagan sus necesidades materiales y espirituales (4).

(3) Inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Cfr. Ley 25.854, publicada en el Boletín Oficial argentino del 08/01/2004.

(4) Señala GALLI FIANT que las normas del Código Civil y Comercial argentino no propician el encuentro. La autora justifica esta aseveración en la prohibición de las entregas directas y la imposibilidad de expresar el consentimiento para la adopción antes del nacimiento o inmediatamente después de él, explicando que la ley coloca a los progenitores biológicos en posición de sospechosos de querer traficar con la vida de sus hijos. Cfr. GALLI FIANT, María Magdalena, "Políticas Públicas más Humanas", DFyP 2018 (julio), p. 152. Cita Online: AR/DOC/1162/2018.

En Argentina, se ha sostenido la existencia de un marco legal propicio tendiente a facilitar la reunión entre el *nasciturus* y las personas que anhelan convertirse en padres por adopción. Según esta posición, entonces, bastaría con habilitar la aplicación de la legislación vigente con anterioridad al nacimiento, permitiendo la intervención de los órganos administrativos desde el período prenatal; implementando medidas de protección integral tendientes a resguardar la salud y la vida de la madre y el niño, y brindando orientación e información adecuadas a la madre en miras a la adopción (5).

No obstante, la imposibilidad de decidir la adopción de un hijo por nacer surge de la propia letra de la ley. La norma del art. 607, inc. b) del Código Civil y Comercial argentino (CCyC) establece que “la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado (...) sólo es válida si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento” (6).

(5) GALLI FIANT, María Magdalena, “Políticas Públicas más Humanas”, DFyP 2018 (julio), p. 152. Cita Online: AR/DOC/1162/2018.

(6) De modo similar, el art. 177 del Código Civil español en su parte pertinente establece: “(...) 2. Deberán asentir a la adopción: (...) 2°. (...) El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. (...)”. Por su parte, el art. 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano (Ley 1.098, Diario Oficial Nro. 46.446 del 08/11/2006) dispone que: “El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos: (...) 2. (...) Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto. (...) No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. (...) Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento. (...)” La Corte Constitucional Colombiana se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma porque la demanda no se dirigía a cuestionar la regla general allí prevista, sino a controvertir la solución que de ésta se derivaba para la hipótesis específica de la mujer embarazada que según pronóstico médico morirá inexorablemente al término del embarazo y que deseaba dar en adopción e individualizar al adoptante antes de su fallecimiento (Sentencia C-403-413, disponible en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f_sc403_13.htm). La Ley 61/2008, General de Adopciones de la República de Panamá (Gaceta Oficial Digital, 19/08/2008, Nro. 26107-A), en su art. 14.1. prohíbe la adopción de la persona por

Frente a ello, en el contexto de la discusión de los proyectos de ley sobre el Régimen de Interrupción Voluntaria del Embarazo (7), se han planteado alternativas que permitan salvar la vida de la madre y el niño, considerando las circunstancias extraordinarias que podrían acompañar el período gestacional. Con este objetivo, fueron presentadas diversas propuestas tendientes a facilitar la adopción del niño por nacer, algunas de las cuales llegaron a formalizarse alcanzando estado parlamentario (8).

ARIAS DE RONCHIETTO y BERTI GARCÍA sostienen que sería suficiente incorporar un inciso al citado art. 607 del CCyC que habilite a la progenitora a iniciar los trámites judiciales de adopción en forma preliminar durante la gestación. De este modo, la madre y, en su caso, el otro progenitor, podrían manifestar en sede judicial su intención de que su hijo por nacer sea adoptado. El juez, entonces, daría inicio al proceso tendiente al otorgamiento de la adopción plena. Luego del nacimiento y producido el emplazamiento filial, la madre y, de corresponder, el otro progenitor, tendrían cuarenta y cinco días para ratificar o revocar su decisión, plazo que podría ser prorrogado a pedido de los progenitores hasta un máximo de seis meses. En ese tiempo, la guarda judicial podría ser otorgada a los progenitores bajo control administrativo y judicial, o a los aspirantes a guarda con fines adoptivos inscriptos en el Registro Único. En ambos casos, la decisión de los padres sería revocable. El procedimiento garantizaría, además, la asistencia médica y/o psicológica prenatal, durante el parto y el período de guarda (9).

nacer. El art. 135 del Código de la Niñez y de la Adolescencia uruguayo (Redacción dada por Ley 18.590, Publicada en D.O. 16/10/09, Nro. 27.837) establece que “no tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días de su nacimiento”.

(7) Cuyo tratamiento legislativo, iniciado en reuniones informativas plenarias de Comisiones en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en abril de 2018, logró una votación favorable en Diputados para más tarde resultar rechazado por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación el 08/08/18.

(8) En el ANEXO se puede leer una referencia sintética de cada uno de ellos.

(9) “d) Durante la gestación la progenitora, informada y asistida, y en su caso el otro progenitor, pueden manifestar en sede judicial su intención de que el niño sea adoptado. El juez dará inicio a los trámites ordenados a la adopción plena. Luego del parto y producido el emplazamiento filiatorio, la progenitora, y en su caso el progenitor,

B) La legislación chilena sobre adopción

La Ley de Adopción chilena (10)–justificada en la necesidad de brindar una alternativa para la madre que transita un embarazo no deseado en riesgo de aborto provocado– prevé que el procedimiento para declarar al niño en situación de adoptabilidad pueda iniciarse antes de su nacimiento exponiendo la madre embarazada su voluntad de entregar al hijo en adopción. Dentro de los treinta días posteriores al parto la madre debe ratificar su decisión y pasados los cinco días subsiguientes el juez debe citar a audiencia de juicio y dictar sentencia (art. 10, Ley 19.620/1999).

La finalidad de la norma chilena es, sin dudas, loable. Empero, CORRAL TALCIANI ha advertido sobre los peligros que entraña pues facilita la captación de madres en situación de vulnerabilidad que consentirían la adopción de su hijo, presionadas por un ambiente adverso y preocupado por obtener bebés adoptables. El autor citado considera que la “eficacia pro vida de la adopción” es igualmente alcanzable si las embarazadas que atraviesan una

tendrán 45 días para ratificar o revocar tal intención. Este plazo podrá ser prorrogado, por petición expresa de los progenitores, hasta un máximo de 6 meses. Durante este plazo, los progenitores tendrán la guarda de su hijo, sujeta a la decisión final. Sin embargo, ellos podrán autorizar que el hijo sea puesto en guarda preadoptiva con las personas que designe el juez desde el momento mismo del nacimiento a través de los mecanismos judiciales correspondientes. Esta guarda preadoptiva cesará en caso de que los progenitores revoquen su intención de adopción en el plazo indicado precedentemente.” ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. y BERTI GARCÍA, María Milagros, “Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia”, *Revista Derecho de Familia y las Personas*, La Ley, 2018 (julio), p. 87 y ss. Cita Online: AR/DOC/1182/2018.

(10) Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley sobre Reforma Integral al Sistema de Adopción chileno (Boletín 9119-18). Disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/reformas/nueva-ley-de-adopcion/>. Consultado 18/08/18.

situación de riesgo cuentan con la opción de manifestar, de modo libre y voluntario, luego de producido el parto, la decisión de que su hijo sea adoptado (11).

C) El momento para consentir la adopción del hijo según la legislación estadounidense

En USA aproximadamente cuarenta y siete estados, además del Distrito de Columbia y las Islas Marianas del Norte, especifican en sus estatutos desde cuándo un progenitor biológico puede consentir que su hijo sea adoptado (12). Dieciséis estados, además de las Islas Marianas del Norte, permiten a los padres biológicos consentir la adopción en cualquier momento luego del nacimiento del hijo (13). Catorce estados autorizan al padre biológico a otorgar su consentimiento antes o después del nacimiento del hijo (14). En cambio, sólo dos (Alabama y Hawái) habilitan a la madre a consentir la adopción de su hijo antes del nacimiento, exigiendo que tal decisión sea ratificada después del parto.

(11) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Entrega en adopción de un niño antes de nacer”, 21/10/2013. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/adopcion-prenatal/>. Consultado 06/08/18.

(12) Idaho, Nueva York, Oregon, Samoa Americana, Guam, Puerto Rico y las Islas Vírgenes no prevén tiempos de espera específicos para la ejecución del consentimiento Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

(13) Alaska, Arkansas, California (para colocaciones de agencias), Colorado, Delaware, Georgia, Indiana, Maine, Maryland, Michigan, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oklahoma, Carolina del Sur, Wisconsin y Wyoming. Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), “Consent to adoption”, Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children’s Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

(14) Alabama, Delaware, Hawái, Illinois, Indiana, Luisiana, Nevada, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Oklahoma, Pennsylvania, Texas, Utah y Virginia. Cfr. CHILD WELFARE

Treinta estados, y el Distrito de Columbia, contemplan un período de espera posterior al parto para que el consentimiento pueda ser ejecutado. El tiempo de espera más común es de setenta y dos horas o tres días, requerido en dieciséis estados, además del Distrito de Columbia (15). Los plazos más breves son los requeridos en Kansas (doce horas) y en Utah (veinticuatro horas), mientras que el más extenso es el previsto en Rhode Island (quince días). El período de espera es de treinta y seis horas en Vermont y de cuarenta y ocho horas en Connecticut, Florida, Missouri, Nebraska, Nueva México, Texas y Washington. En Massachusetts el tiempo se extiende hasta el cuarto día posterior al nacimiento. En Luisiana (sólo para adopciones privadas) y Dakota del Sur los padres deben esperar cinco días desde que se produjo el nacimiento para prestar su consentimiento. En California la madre no puede consentir que su hijo sea adoptado hasta obtener el alta médica hospitalaria (16). Si se trata de un niño indio, California y Washington imponen un período de espera de diez días desde la fecha del nacimiento, y si la expresión del consentimiento fuera anterior se la considera inválida (17).

INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

(15) Arizona, Illinois, Iowa, Kentucky, Luisiana (sólo para adopciones a través de agencias), Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, Nueva Hampshire, Nueva Jersey, Ohio, Pennsylvania, Tennessee, Virginia, y West Virginia. Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, p. 3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

(16) CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, pp. 2-3. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

(17) CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY (2017), "Consent to adoption", Washington, DC: U.S., Department of Health and Human Services, Children's Bureau, p. 3, nota nro. 20. Disponible en <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/consent/>. Consultado 12/08/18.

En Alabama la decisión de que el hijo sea adoptado puede ser manifestada en cualquier momento y revocada dentro de los cinco días posteriores al nacimiento o al otorgamiento del consentimiento, según lo que ocurra después (18). El consentimiento debe ser formulado por escrito. Si la madre otorga el consentimiento antes del nacimiento debe ser suscripto o confirmado ante el juez -quien explicará los efectos legales de la decisión, los límites temporales y el procedimiento para su revocación y le facilitará el formulario necesario para formalizar la retractación de acuerdo a los requerimientos legales- (19). El consentimiento derivado del abandono es irrevocable. La decisión de que el hijo sea adoptado, una vez suscripta o confirmada, no podrá ser retractada, salvo que el tribunal considerara que la revocación es razonable atendiendo las circunstancias del caso y siempre que resulte consistente con el interés superior del niño. En tal supuesto, la revocación debe producirse dentro de los catorce días posteriores al nacimiento o al otorgamiento del consentimiento, según cuál ocurra después (20).

En Hawái, por su parte, la decisión de que el hijo sea adoptado puede ser manifestada por la madre en cualquier momento a partir del sexto mes de embarazo. Sin embargo, no puede iniciarse proceso judicial alguno sino con posterioridad al nacimiento, debiendo los peticionarios reafirmar por escrito su deseo de renunciar a los derechos parentales (21). El progenitor que desea renunciar a tales derechos para que su hijo sea adoptado puede solicitarlo al tribunal de familia del circuito jurisdiccional en el que reside o en el que corresponda a la residencia del niño (22). El consentimiento es irrevocable una vez otorgada la guarda con fines adoptivos, salvo que el juez considere que la retractación resultaría en el mejor interés del menor (23).

Se ha señalado que en USA la adopción es una alternativa poco común en casos de embarazos no deseados. La recurrencia es menor al 3% para el caso de mujeres solteras blancas y al 2% de afroamericanas. Las estadísticas

(18) Ala. Code § 26-10A-13.

(19) Ala. Code §§ 26-10A-11; 26-10A-12, y §§ 26-10A-13 and 26-10A-14.

(20) Ala. Code §§ 26-10A-9; 26-10A-13; 26-10-14.

(21) Rev. Stat. § 571-61.

(22) Rev. Stat. § 571-61.

(23) Rev. Stat. § 578-2(f).

demuestran una abrumadora tendencia descendente. Tan solo cincuenta años atrás las mujeres solteras blancas que se encontraban en una situación semejante y decidían que su hijo fuera adoptado ascendían al 40% (24).

La adopción de recién nacidos se fue convirtiendo en una rareza, descendiendo casi nueve veces desde inicios de la década del 70. Estimaciones recientes revelan que las adopciones domésticas anuales de infantes oscilan entre 7.000 y 22.000 (25), con un total de residentes estadounidenses adoptados de entre uno y cinco millones (26). En 2009 la cantidad de niños adoptados que no vivían con ninguno de sus progenitores biológicos era de 1.782.000 (27).

Si bien se ha explicado este fenómeno vinculándolo con la legitimación del aborto, también se ha afirmado que la declinación de adopciones inició

(24) MILLER, B.C. y COYL, D.D., "Adolescent pregnancy and childbearing in relation to infant adoption in the United States", *Adoption Quarterly*, 2000; 4, pp. 3-25. Citado en COLEMAN, Priscilla K. y GARRATT, Debbie, "From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding", *Issues in Law & Medicine*, Volume 31, Number 2, 2016, p. 142.

(25) EVAN B. DONALDSON ADOPTION INSTITUTE, "Keeping the promise: The critical need for post-adoption services to enable children and families to succeed", New York: Author, 2010. Citado en COLEMAN, Priscilla K. y GARRATT, Debbie, "From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding", *Issues in Law & Medicine*, Volume 31, Number 2, 2016, p. 142.

(26) CHIPPENDALE-BAKKER, V. y FOSTER, L., "Adoption in the 1990s: Sociodemographic determinants of biological parents choosing adoption" *Child Welfare*, 1996; 75, pp. 337-355. Citado en COLEMAN, Priscilla K. y GARRATT, Debbie, "From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding", *Issues in Law & Medicine*, Volume 31, Number 2, 2016, p. 142.

(27) VANDIVERE, S., MALM, K. y RADEL, L., "Adoption USA: A chartbook based on the 2007 National Survey of Adoptive Parents", 2009. Disponible en <http://aspe.hhs.gov/hsp/09/NSAP/chartbook/chartbook.cfm?id=l>. Citado en COLEMAN, Priscilla K. y GARRATT, Debbie, "From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding", *Issues in Law & Medicine*, Volume 31, Number 2, 2016, p. 142.

con anterioridad a la legalización del aborto, tratándose de dos variables independientes (28). La menor estigmatización asociada a la monoparentalidad, los programas de apoyo para madres de bajos recursos, entre otros factores, parecieran haber confluído para justificar el descenso de las adopciones (29).

II.- ABANDONO DE RECIÉN NACIDOS: DE LOS *FOUNDLING WHEELS* A LOS *BABY HATCHES*

A) ¿En qué consiste el abandono seguro de recién nacidos?

Los *foundling wheels*, sistema de inclusas (30) o *roda do expostos* (31) son una modalidad de abandono de recién nacidos, resurgidos en la actualidad bajo la forma de *baby hatches*, *Babyklappen* (32), *baby boxes*, “ventanas de vida” o “cunas de vida” (33).

(28) MELINA. L. R., *Making sense of adoption*, New York: Harper & Row, 1989. Citado en COLEMAN, Priscilla K. y GARRATT, Debbie, “From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding”, *Issues in Law & Medicine*, Volume 31, Number 2, 2016, p. 142.

(29) COLEMAN, Priscilla K. y GARRATT, Debbie, “From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding”, *Issues in Law & Medicine*, Volume 31, Number 2, 2016, p. 142.

(30) De acuerdo a la primera acepción que el Diccionario de la Real Academia Española indica del término “inclusa” se trata de la “casa en donde se recoge y cría a los niños expósitos” y proviene de Nuestra Señora de la *Inclusa*, imagen de la Virgen traída en el siglo XVI de la isla *L'Écluse*, en Holanda, y colocada en la casa de expósitos de Madrid. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=LFPOCSo|LFSEXTx>. Consultado 18/08/18.

(31) La que fuera instalada en 1825 en el Hospital Santa Casa de Misericordia de San Pablo, Brasil, estuvo activa hasta 1949.

(32) De donde, en Alemania, son recogidos alrededor de cien niños cada año. Cfr. LA VANGUARDIA, “Alemania permite el “parto anónimo” como alternativa a los “buzones de bebés””, 05/07/2013. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20130705/54377269097/alemania-permite-parto-anonimo-alternativa-buzones-bebes.html>. Consultado 08/08/18.

(33) En Italia son conocidas como *culla per la vita*.

El sistema permite que la madre deje anónimamente al bebé, en un lugar seguro y discretamente ubicado, donde será inmediatamente recogido por el personal encargado (34).

B) Origen histórico

La práctica de los *foundling wheels* se remonta al siglo XII. Fue el Papa Inocencio III quien dispuso instalar en hogares para niños expósitos un cilindro de madera en posición vertical en alguna pared exterior donde el bebé pudiera ser colocado por su madre. Ella misma rotaba el cilindro para que el bebé quedara en el interior del edificio y alertaba a las cuidadoras haciendo sonar una campana antes de marcharse sin que su identidad fuera revelada (35).

En Francia del siglo XVII, Vicente de Paul introdujo el uso de expósitos situados en los muros de los orfanatos donde la madre depositaba al niño. Este sistema fue suprimido por una ley del 27 de junio de 1904 que instauró la modalidad de “establecimiento abierto” (es decir, abierto día y noche), permitiendo que las mujeres depositaran al niño de manera secreta, sin revelar su identidad, indicándoles las consecuencias del abandono y ofreciéndoles seguridad.

C) Los sistemas modernos

Los primeros modelos modernos aparecieron en Sudáfrica en 1999 (*hole in the wall*) y Alemania en 2000 (*Babyklappe*), país este último donde ya se han abierto más de doscientos con claro liderazgo a nivel mundial (36).

(34) COCHRANE, Joan y MING, Goh Lee, “Abandoned babies: the Malaysian ‘baby hatch’”, *Infant*, Vol. 9, Issue 4, 2013, pp. 142-144.

(35) FERRARA, P., et al., “Abandoned newborn: neglected phenomenon?”, *Early Human Development* 89S4, 2013, S45-S46.

(36) Cfr. LA VANGUARDIA, “Alemania permite el ‘parto anónimo’ como alternativa a los ‘buzones de bebés’”, 05/07/2013. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20130705/54377269097/alemania-permite-parto-anonimo-alternativa-buzones-bebes.html>. Consultado 08/08/18.

En 2010 se instaló el primer *baby hatch* en Malasia, en una organización no gubernamental situada en Kuala Lumpur (37). En Japón se conoce como “*Stork’s Cradle*” y funciona en el Hospital Jikei en la ciudad de Kumamoto desde 2007. Hungría es otro de los países que ha destinado espacios con la misma función resguardando el anonimato de la madre que deja a su hijo recién nacido en una sala especial no vigilada ubicada en los hospitales (38).

En general, más allá de las diferentes variables (39), consisten en cunas térmicas o incubadoras a las que se accede desde el exterior, ubicadas en un lugar suficientemente resguardado del hospital, para que la madre pueda depositar a su bebé preservando su identidad. Transcurrido un tiempo suficiente para que la madre se aleje en el anonimato, se activa una alarma que alerta al personal del hospital para que se haga cargo del niño hasta su entrega a los servicios sociales.

D) Los *Baby Safe Haven* estadounidenses

En USA, la práctica se inició en el estado de Texas con la sanción de la ley *Baby Safe Haven* en 1999, con la particularidad de que el abandono permitido debe efectivizarse entregando al bebé a alguna de las personas legalmente autorizadas para recibirlo. Desde entonces, los demás estados fueron aprobando leyes de refugio seguro –*Baby Safe Haven* (40)– con la finalidad de descriminalizar el abandono de bebés y proveer un lugar protegido donde las madres pudieran dejar a sus hijos recién nacidos.

(37) HAYWARD, Greta, “Teenage Pregnancy and Its Health Implications”, *International Journal of Public Health Research Special Issues*, 2011, pp. 100-102.

(38) DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, “El anonimato del progenitor”, en Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I, Madrid: 2005, P. 1388.

(39) En Austria, por ejemplo, hay un sobre para la madre y un *kit* para la toma de huellas de ambos, lo que permite a la madre recuperar a su hijo en el supuesto de que cambie de idea durante los meses posteriores.

(40) Mapa donde se puede revisar las leyes de refugio seguro (*Baby Safe Haven*) de todos los Estados de USA. *National Safe Haven Alliance*. Disponible en <http://safehavenalliance.org/find-a-safe-haven/>

La legislación norteamericana permite, entonces, que una persona autorizada reciba a un bebé recién nacido, sin orden judicial, siempre y cuando la entrega sea hecha voluntariamente por alguno de los progenitores y éste no manifieste interés de volver por el menor. La identidad de los padres es resguardada por el anonimato y la garantía de que no dará lugar a acciones legales por negligencia o abandono. Si bien cada estado regula de modo específico el plazo para la entrega del recién nacido y el lugar donde puede ser dejado, todos coinciden en asegurar la protección del bebé y de sus progenitores, liberándolos de la responsabilidad por el abandono.

La ley *Baby Safe Haven* de Texas (41) habilita a una persona autorizada a recibir un bebé que parezca tener hasta sesenta días de vida. Se considera persona autorizada al personal que trabaja en salas de emergencia u hospitales, del servicio de protección del menor o de algún organismo acreditado que cumpla la misma función. La persona autorizada puede detener o perseguir a quien entrega al bebé cuando éste pareciera haber sido víctima de abuso o negligencia, y no tiene la obligación de verificar la identidad del progenitor que puede permanecer anónimo. Para recibir al bebé debe procurar realizar cualquier acto necesario para proteger la integridad física y la seguridad del niño y tiene hasta el día hábil siguiente a que el bebé fue recibido para entregarlo a los organismos de protección de la infancia. Desde entonces, el organismo de protección (42) asume el control, cuidado y custodia del bebé, sin que pueda conducir investigación alguna tendiente a identificar a sus progenitores. La información relativa a la persona que entregó el bebé es absolutamente confidencial y sólo puede ser liberada mediando orden judicial con fundamento en el interés del niño.

(41) *Baby Safe Haven*, Texas. Disponible en http://safehavenalliance.org/wpcontent/uploads/2011/07/Texas_Safe_Haven_Law.pdf

(42) *Department of Protective and Regulatory Services of Texas*.

III.- PARTO ANÓNIMO Y SU VERSIÓN MORIGERADA, EL PARTO CONFIDENCIAL O DISCRETO

A) Concepto y diferencias

Junto a los *baby hatches*, el parto anónimo ha sido otra estrategia implementada legalmente para prevenir abortos, neonaticidios y el abandono inseguro de recién nacidos.

Conviene aclarar que la institución legal del parto anónimo o secreto no es una forma moderna del antiguo sistema de inclusas. Su especificidad está dada porque permite a la embarazada dar a luz en un centro médico sin que pese sobre los profesionales de la salud el deber de notificar la identidad de la madre ni el riesgo de que se le imputen a la progenitora cargos penales cuando, negando su maternidad, decidió que su hijo fuera adoptado.

En el parto confidencial o discreto, en cambio, el anonimato materno es relativo encontrándose sujeto a un plazo de vencimiento. La figura permite a la madre no reconocer al hijo en el momento del parto resguardando su identidad. Pero, salvo circunstancias excepcionales, a partir de determinada edad, el hijo puede acceder a la información identificativa de su progenitora que en ocasión del nacimiento fue documentada –y desde entonces preservada– por el organismo estatal creado a tales efectos.

Ambos dispositivos legales han sido receptados en países donde la práctica de los *baby hatches* está instalada y en los que no la han implementado. En algunos, incluso, las dos modalidades de anonimato materno coexisten facultando a la embarazada a optar por una de ellas.

B) Legislación y jurisprudencia comparadas

1) Francia

El derecho al parto secreto (*accouchement sous X*) fue reconocido legalmente en Francia en 1793 mediante el decreto aprobado por la Convención Nacional el 28 de junio (43). Abolido en 1902, fue reincorporado por el gobierno de Vichy el 02/09/1941 mediante el decreto-ley sobre Protección del Nacimiento, que reguló el parto anónimo y la asistencia gratuita para la mujer embarazada durante los meses anteriores y el mes posterior al parto en todos los establecimientos hospitalarios públicos con servicios de obstetricia.

En 1993 fue incorporado al Código Civil francés (44). Desde entonces se sucedieron diferentes informes oficiales relativos al modo y la manera de

(43) “La Nación hará frente a los gastos de parto de la madre y a todas sus necesidades durante el tiempo de su estancia, que durará hasta que se encuentre totalmente restablecida del parto. Se mantendrá la inviolabilidad del secreto en relación a todo lo que le concierna”.

(44) LEY NRO. 93-22 (08/01/1993), Modifica el Código Civil relativo al estado civil, la familia y los derechos del niño, y se instituye el juez de familia, JORF N° 7, 09/01/1993, p. 495. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000361918&dateTexte=&categorieLien=id>. Consultado 08/08/18.

organizarlo que confluyeron en la aprobación de la Ley 2002-93 (45) que permite revocar el secreto sobre la identidad materna (46).

(45) LEY NRO. 2002-93 (22/01/2002) sobre Acceso a los Orígenes de las personas adoptadas y pupilares del Estado, JORF 23/01/2002, p. 1519. Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=0B5080717CD7EC-BEC0362F891B693D9C.tpdila13v_3?cidTexte=JORFTEXT000000593077&dateTexte=20020123; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000593077&dateTexte=&categorieLien=id> Consultados 08/08/18. Esta ley añadió, además, un inciso al art. 62-1 del Código Civil francés disponiendo que si la transcripción del reconocimiento paternal resultara imposible debido al secreto sobre su identidad mantenido por la madre, el padre podrá informarlo al Fiscal quien se encargará de buscar la fecha y el lugar de establecimiento de la partida de nacimiento del hijo (*“Si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant.”*).

(46) CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES, Article L. 222-6: *“Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. A défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur.*

Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département siège de l'établissement.

Según la legislación vigente, al momento del parto la madre puede solicitar que sea preservado el secreto de su admisión e identidad (47). Cuando expresa su intención, se procede a informarle sobre las consecuencias legales de tal solicitud y la importancia que tiene para toda persona conocer su historia y orígenes. Se la invita a ofrecer, si quiere, detalles sobre la salud del padre, los orígenes del niño y las circunstancias de su nacimiento y, en sobre cerrado, se reserva su identidad. Asimismo, se le hace saber que puede levantar el secreto cuando quiera, que su identidad no será revelada en cumplimiento del artículo L147-6 del Código de la Acción Social y Familias (48) y

Sur leur demande ou avec leur accord, les femmes mentionnées au premier alinéa bénéficient d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance.

Pour l'application des deux premiers alinéas, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.

Les frais d'hébergement et d'accouchement dans un établissement public ou privé conventionné des femmes qui, sans demander le secret de leur identité, confient leur enfant en vue d'adoption sont également pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département, siège de l'établissement." Disponible en http://codes.droit.org/CodV3/action_sociale_familles.pdf. Consultado 08/08/18.

(47) CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, art. 326: “Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé”. Hay que tener en cuenta que el vigente artículo 326 del Código Civil francés se corresponde con el artículo 341-1 del mismo cuerpo legal anterior a la reforma del Código efectuada por la Ordenanza Nro. 2005-759 del 04/07/2005, sobre Reforma de la Filiación ratificada por la Ley Nro. 2009-61 de 16/01/2009.

(48) CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES, Article L. 147-6: “Le conseil communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2, après s'être assuré qu'elles maintiennent leur demande, l'identité de la mère de naissance : -s'il dispose déjà d'une déclaration expresse de levée du secret de son identité ; -s'il n'y a pas eu de manifestation expresse de sa volonté de préserver le secret de son identité, après avoir vérifié sa volonté ; -si l'un de ses membres ou une personne mandatée par lui a pu recueillir son consentement exprès dans le respect de sa vie privée ; -si la mère est décédée, sous réserve qu'elle n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant. Dans ce cas, l'un des membres du conseil ou une personne mandatée par lui prévient la famille de la mère de naissance et lui propose un accompagnement. Si la mère de naissance a expressément consenti à la levée du secret de son identité ou, en cas de décès de celle-ci, si elle ne s'est pas opposée à ce que son identité soit communiquée après sa mort, le conseil communique à l'enfant qui a fait

que, en cualquier momento, puede dejar su identidad en sobre cerrado o complementar los datos aportados en el momento del nacimiento.

Si el padre y la madre del niño, o uno de ellos, no fueran designados al oficial del Registro Civil, no se hará mención alguna en la inscripción del nacimiento.

Los nombres otorgados al niño y, de ser el caso, que han sido puestos por la madre, así como el sexo, la fecha, el lugar y la hora del nacimiento son referidos en el exterior del sobre. El director del establecimiento de salud es responsable de que estos datos sean completados por las personas que menciona el artículo L223-7 del Código de la Acción Social y Familias. Si la mujer que solicita mantener en secreto su identidad en el momento del parto no decidió un nombre para su hijo, el oficial del Registro Civil elegirá tres nombres, el último de los cuales servirá de apellido del niño (49).

une demande d'accès à ses origines personnelles l'identité des personnes visées au 3° de l'article L. 147-2. Le conseil communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2, après s'être assuré qu'elles maintiennent leur demande, l'identité du père de naissance : -s'il dispose déjà d'une déclaration expresse de levée du secret de son identité ; -s'il n'y a pas eu de manifestation expresse de sa volonté de préserver le secret de son identité, après avoir vérifié sa volonté ; -si l'un de ses membres ou une personne mandatée par lui a pu recueillir son consentement exprès dans le respect de sa vie privée ; -si le père est décédé, sous réserve qu'il n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant. Dans ce cas, l'un des membres du conseil ou une personne mandatée par lui prévient la famille du père de naissance et lui propose un accompagnement. Si le père de naissance a expressément consenti à la levée du secret de son identité ou, en cas de décès de celui-ci, s'il ne s'est pas opposé à ce que son identité soit communiquée après sa mort, le conseil communique à l'enfant qui a fait une demande d'accès à ses origines personnelles l'identité des personnes visées au 3° de l'article L. 147-2. Le conseil communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2 les renseignements ne portant pas atteinte à l'identité des père et mère de naissance, transmis par les établissements de santé, les services départementaux et les organismes visés au cinquième alinéa de l'article L. 147-5 ou recueillis auprès des père et mère de naissance, dans le respect de leur vie privée, par un membre du conseil ou une personne mandatée par lui." Disponible en http://codes.droit.org/CodV3/action_sociale_familles.pdf. Consultado 08/08/18.

(49) CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 57: "L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le

Los gastos de alojamiento y parto son costeados por el Servicio de Ayuda Social a la Infancia del departamento que sea sede del establecimiento. A petición suya o con su consentimiento, la mujer recibirá apoyo psicológico y social del Servicio de Ayuda Social a la Infancia. La identificación no es requerida en ningún caso y tampoco se iniciará investigación alguna tendiente a su dilucidación (50).

El sistema se estructura legalmente como una ficción jurídica, según la cual se considera que una mujer no ha dado a luz cuando opta por acogerse al derecho de preservar el secreto de su admisión al parto e identidad.

La Ley 2002-93, por su parte, creó un Consejo Nacional de Acceso a los Orígenes Personales con el propósito de recoger y conservar la información sobre el parto anónimo y reunir a madre e hijo cuando ambos estuvieran de

nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.

Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. La femme qui a demandé le secret de son identité lors de l'accouchement peut faire connaître les prénoms qu'elle souhaite voir attribuer à l'enfant. A défaut ou lorsque les parents de celui-ci ne sont pas connus, l'officier de l'état civil choisit trois prénoms dont le dernier tient lieu de nom de famille à l'enfant. L'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis. Tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel.

Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales.

Si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou méconnaît le droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant."

(50) CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES, Article L222-6. Disponible en http://codes.droit.org/CodV3/action_sociale_familles.pdf.

acuerdo. Si bien la madre tampoco puede ser obligada a revelar su identidad, la normativa incorporó la opción del parto confidencial, en cuyo caso, la información identificativa es documentada por el Consejo Nacional.

La creación del Consejo ha tenido en miras proteger prioritariamente el interés del menor. Sin embargo, el acceso a la información identificativa se halla condicionada al cumplimiento de determinados requisitos que, a fin de cuentas, denotan una clara preferencia por el resguardo del anonimato (51).

El secreto de identidad sólo cede frente a la autorización de la proge-nitora, a menos que existiera alguna indicación explícita para mantenerlo o cuando muriera sin haber expresado su conformidad, en cuyo caso el Consejo Nacional debe notificar a la persona que hizo la solicitud para conocer sus orígenes (52). Si la madre muere habiendo manifestado su deseo de mantener el anonimato post mortem, el Consejo Nacional debe designar un miembro para que le asegure a quien requirió la información sobre sus orígenes el apoyo y acompañamiento necesarios.

La Ley 2007-293 dispone que la información sobre los orígenes puede ser solicitada por el hijo mayor de edad y, si fuera menor, cuando medien razones importantes y se encuentre autorizado por su tutor o representante. También puede ser pedida por los descendientes del hijo cuando éste hubiera muerto; el padre biológico que busca a la madre, y la madre o el padre que buscan al hijo. Los ascendientes, descendientes u otro pariente directo de la madre, del padre o del hijo pueden iniciar el proceso de búsqueda de información (53).

(51) BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR, “¿Y tú de quién eres?: Problemas actuales del Derecho de Familia”, Universidad de Extremadura, 2010 (septiembre).

(52) *CODE DE L’ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES. Article L147-6*. Disponible en: http://codes.droit.org/CodV3/action_sociale_familles.pdf.

(53) *CODE DE L’ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES. Article L147-2: “Le Conseil national pour l’accès aux origines personnelles reçoit : 1° La demande d’accès à la connaissance des origines de l’enfant formulée : - s’il est majeur, par celui-ci ; - s’il est mineur, et qu’il a atteint l’âge de discernement, par celui-ci avec l’accord de ses représentants lé-*

En el año 2012, el Consejo Constitucional francés consideró que los artículos L147-6 y L222-6 del Código de la Acción Social y Familias eran constitucionales (54).

2) España.

El ordenamiento jurídico español permitía que la identidad de la madre tras el parto fuera ocultada en virtud de la interpretación que se le daba a los arts. 47 de la Ley del Registro Civil de 1957 (55) y 167 del Reglamento del Registro Civil de 1958 (56), de donde surgía la posibilidad de que el nacido fuera inscripto sin que constara la identidad materna en el supuesto de filiación extramatrimonial (57).

De la combinación de tales preceptos se derivaba tanto la posibilidad de que la madre ocultara su identidad en el certificado de nacimiento, por su propia voluntad, como que cancelara una inscripción de nacimiento ya producida mediante una declaración de desconocimiento ante el encargado del Registro Civil, dentro de los quince días subsiguientes a que le hubiera

gaux ; - s'il et majeur placé sous tutelle, par son tuteur ; - s'il est décédé, par ses descendants en ligne directe majeurs ; 2° La déclaration de la mère ou, le cas échéant, du père de naissance par laquelle chacun d'entre eux autorise la levée du secret de sa propre identité ; 3° Les déclarations d'identité formulées par leurs ascendants, leurs descendants et leurs collatéraux privilégiés ; 4° La demande du père ou de la mère de naissance s'enquérant de leur recherche éventuelle par l'enfant." Disponible en: http://codes.droit.org/CodV3/action_sociale_familles.pdf.

(54) CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS, Decisión Nro. 2012-248, 16/05/2012.

(55) LEY DEL 08/06/1957, del Registro Civil (vigente hasta el 22/06/2014), art. 47.1: En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria.

(56) DECRETO DEL 14/11/1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, Publicado en BOE Nro. 296 (11/12/1958), art. 167: El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad.

(57) CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, art. 120.4: La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente respecto de la madre cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

sido notificada. La posibilidad de ocultar la identidad de la madre no era posible cuando la filiación era legítima llegando a configurar, en tal caso, una conducta delictiva.

En 1999 el Tribunal Supremo español (58) consideró que estas normas habían sido derogadas por inconstitucionalidad sobreviniente dado que permitían interpretar que la circunstancia registral de la maternidad dependía de la voluntad de la madre (59). Esto, en franca contradicción con los principios de igualdad y de libre investigación de la paternidad consagrados por la Constitución española de 1978, de donde se derivaba la identificación entre filiación legal y biológica, así como el derecho a conocer la ascendencia biológica.

Dado que la regulación normativa registral anterior posibilitaba la ocultación de la madre biológica por su propia decisión, y considerando que la coincidencia entre filiación legal y biológica debían ser totales, el Tribunal Supremo entendió que la normativa reglamentaria del Registro Civil suponía una contradicción con el principio constitucional de igualdad (art. 14 Constitución española) e investigación libre de la paternidad (art. 39.2 Constitución española). Además, estimó que afectaba gravemente la dignidad de la madre y el hijo (art. 10 Constitución española), sus derechos inviolables inherentes a ella y el libre desarrollo de su personalidad, porque posicionaba preferen-

(58) TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (Sala Civil), Sentencia Nro. 5672/1999, 21/09/1999, RJ 1999\6944. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2943269&links=%222854/1994%22&optimize=20031203&publicinterface=true>. Consultado 08/08/18.

(59) TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (Sala Civil), Sentencia Nro. 5672/1999, 21/09/1999, RJ 1999\6944. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2943269&links=%222854/1994%22&optimize=20031203&publicinterface=true>. Consultado 08/08/18.

temente a la madre biológica frente al padre y su propio hijo, ya que al progenitor se le imponía coactivamente la paternidad, en tanto que la madre tenía el camino despejado para eludir sus obligaciones (60).

Paradójicamente, tres meses antes, el Tribunal Constitucional español (61) había confirmado la constitucionalidad del anonimato del donante de gametos (62), explicando que era “perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal”, y añadiendo que “la Constitución ordena al legislador que ‘posibilite’ la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”.

El Tribunal Constitucional entendió que “desde esta perspectiva, la ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad”.

Con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo español, el Ministerio de Justicia (63) dispuso que la referencia al artículo 167 del Reglamento del Registro Civil –que posibilitaba omitir la identidad de la madre, a

(60) TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (Sala Civil), Sentencia Nro. 5672/1999, 21/09/1999, RJ 1999\6944. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2943269&links=%222854/1994%22&optimize=20031203&publicinterface=true>. Consultado 08/08/18.

(61) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Pleno, Sentencia Nro. 116/1999, 17/06/1999. Publicado en BOE Nro. 162, de 08/07/1999, pp. 67-80. Disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-15024. Consultado 08/08/18.

(62) Exigido por el artículo 5 de la Ley 35/1988 que entonces regulaba las Técnicas de Reproducción Asistida, derogada luego por la actualmente vigente Ley 14/2006 (26/05/2006) sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Publicado en BOE Nro. 126 de 27/05/2006. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I14-2006.html#cpa10. Consultado 08/08/18.

(63) MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL, Orden Ministerial del 10/11/99.

instancia de ésta— fuera eliminada del modelo de cuestionario usado para la declaración del nacimiento en el Registro Civil (64).

3) Alemania

En Alemania, tanto los *Babyklappen* como el parto anónimo fueron prácticas toleradas (65) que se desarrollaron en tensión con la propia Ley Fundamental que resguarda el derecho a conocer los orígenes.

Desde 1992, en el marco de la Ley para los Embarazos en Conflicto, los progenitores pueden acceder a una serie de servicios, entre los que se cuenta la asistencia psicológica y legal, el hospedaje para la mujer embarazada o su pareja y la tramitación del proceso de adopción.

La legislación permitía la adopción de incógnito manteniendo en reserva la información de los progenitores, durante y después del proceso de adopción. Si el hijo deseaba tener contacto con sus padres biológicos o éstos con aquél, la otra parte debía ser consultada (si el hijo aún era menor de edad intervenían los padres adoptivos) y prestar su conformidad para que la información personal fuera entregada al interesado.

(64) ORDÁS ALONSO, Marta, "El parto anónimo a debate", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

(65) En el año 2012 se estimaba que había en Alemania cerca de 200 refugios donde una madre podía dejar a su bebé y 130 hospitales donde era posible acogerse al parto anónimo. Cfr. LA VANGUARDIA, "Alemania permite el "parto anónimo" como alternativa a los "buzones de bebés"", 05/07/2013. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20130705/54377269097/alemania-permite-parto-anonimo-alternativa-buzones-bebes.html>. Consultado 08/08/18.

El marco legal alemán fue modificado en 2014 (66), a partir de las observaciones que el Consejo de Ética (67) planteara al sistema regulatorio hasta entonces vigente.

En la actualidad, la legislación (68) le reconoce a la mujer el derecho a un parto confidencial protegiendo, a la vez, el derecho del hijo a conocer su origen ya que podrá solicitar información sobre su madre desde los dieciséis años. Hasta entonces, los datos se habrán guardado codificados (69).

La mujer que opta por el parto confidencial tiene derecho a recibir asesoramiento sobre los procedimientos y efectos jurídicos de su decisión, todo lo cual debe quedar documentado. El Estado se hace cargo del costo del parto. La mujer elige un seudónimo para identificarse y determina uno o más nombres para el bebé. El nacimiento del niño se registra con el nombre escogido por la madre y su seudónimo.

El Centro de Atención a la Mujer y el Hombre en Conflicto con el Embarazo es responsable de recabar y registrar la información de la madre (nombre, apellido, fecha de nacimiento, dirección) que debe estar respaldada por documentación oficial y colocarse en un sobre sellado que queda al cuidado de la Oficina Federal de Familia y Asuntos Sociales sin que pueda ser abierto, ni divulgada la información en él contenida.

A los dieciséis años, el niño tiene el derecho de conocer la verdadera identidad de su madre y puede solicitar, entonces, una copia de la documentación guardada por la Oficina Federal. Antes de remitirle la documentación, la madre debe ser avisada del requerimiento para que pueda manifestar su

(66) LEY ALEMANA del 01/05/2014 que amplía la asistencia para las mujeres embarazadas y regula la natalidad confidencial.

(67) CONSEJO DE ÉTICA ALEMÁN, "Anonymous relinquishment of infants: tackling the problem", 2009. Disponible en: http://www.ethikrat.org/files/der_opinion_anonymous-relinquishment-of-infants.pdf. Consultado 08/08/18.

(68) LEY DE EMBARAZO CONFLICTIVO ALEMANA, art. 1, 4to. párr.

(69) LA VANGUARDIA, "Alemania permite el "parto anónimo" como alternativa a los "buzones de bebés"", 05/07/2013. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20130705/54377269097/alemania-permite-parto-anonimo-alternativa-buzones-bebes.html>. Consultado 08/08/18.

oposición exponiendo sus razones (peligro para su vida, salud, libertad personal). En este caso, el niño puede hacer valer su derecho por vía judicial en un proceso de familia.

4) Italia

La ley italiana faculta a la madre a no reconocer al hijo y dejarlo en el hospital donde nació para asegurarle asistencia y protección legal garantizando el parto en total anonimato (70). El nombre de la progenitora permanece secreto, y en el certificado de nacimiento del niño se consigna "nacido de una mujer que no consiente ser nombrada".

Aun cuando la madre decida dar a luz preservando su identidad, el certificado de nacimiento expedido en el hospital puede ser relacionado con la información provista al personal sanitario en ocasión del parto y registrada en la historia clínica. De tal forma, la identificación de la madre es técnicamente posible (71).

El Código Civil italiano protege el derecho de los progenitores de no reconocer al hijo. En el momento del parto, la madre puede solicitar en el

(70) DECRETO DEL PRESIDENTE DE LA REPUBBLICA ITALIANA Nro. 396/2000, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127. (GU Serie Generale n.303 del 30-12-2000 - Suppl. Ordinario n. 223), art. 30: "Dichiarazione di nascita. 1. La dichiarazione di nascita e' resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volonta' della madre di non essere nominata. 2. Ai fini della formazione dell'atto di nascita, la dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile e' corredata da una attestazione di avvenuta nascita contenente le generalita' della puerpera nonche' le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altro luogo ove e' avvenuta la nascita, del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino. (...)"*

(71) DECRETO MINISTERIAL NRO. 349/2001, 16/07/2001, Regolamento recante: *"Modificazioni al certificato di assistenza al parto, per la rilevazione dei dati di sanita' pubblica e statistici di base relativi agli eventi di nascita, alla nati-mortalita' ed ai nati affetti da malformazioni"*. (GU Serie Generale n.218 del 19-09-2001). Disponible en http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2001/09/19/001G0405/sg;jsessionid=8Gi0a7nDu2vYhACdu2XNyg__.ntc-as1-guri2b.

hospital que su identidad sea mantenida en secreto, en cuyo caso, se elabora un archivo conteniendo la información médica de la madre y del hijo al que sólo podrá acceder el médico del niño con autorización de su cuidador (72).

El ordenamiento jurídico italiano asegura que la madre dé a luz en un hospital sin que su identidad se incluya en la declaración de nacimiento del niño. El anonimato se extiende por cien años, pasados los cuales se habilita el acceso al certificado de nacimiento (73).

Desde que los niños adoptados cumplen veinticinco años pueden acceder a la información sobre su origen y la identidad de sus progenitores, salvo que la madre no haya reconocido al hijo en el nacimiento, uno de los progenitores haya declarado su deseo de no ser nombrado en el certificado de nacimiento o haya consentido para que su hijo fuera adoptado permaneciendo en el anonimato.

El derecho de la madre a no ser referida en el certificado de nacimiento, cualquiera fuera su estado marital, fue reconocido por la Corte Constitucional italiana por primera vez en 1994 (74).

Esa Corte volvió a expedirse sobre la materia en 2005, ahondando respecto de la limitación que la opción materna por un parto secreto suponía al derecho del adoptado a conocer sus orígenes (75). El Tribunal italiano se pronunció a favor de la constitucionalidad del parto anónimo porque perseguía asegurar que el alumbramiento tuviera lugar en condiciones óptimas cuando la mujer había decidido no quedarse con el niño, al tiempo que buscaba persuadirla de adoptar decisiones irreparables con peores consecuencias para el hijo (aborto e infanticidio). Siguiendo este razonamiento, sostuvo que el anonimato no debía ser sometido a limitación alguna, ni siquiera temporal, ya que la decisión de la madre que la ley pretendía favorecer para evitar males mayores, sería muy difícil de lograr si en el futuro y por pedido del hijo,

(72) CÓDIGO CIVIL ITALIANO, art. 250.

(73) LEY 184/1983 (04/05/1983), Sección 28(7).

(74) CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA, 05/05/1994, Sentencia Nro. 171: Toda mujer embarazada, aún casada, puede elegir permanecer anónima en el certificado de nacimiento de su hijo.

(75) CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA, 16/11/2005, Sentencia Nro. 425.

podiera resultar interpelada por la autoridad judicial para confirmar o revocar aquella declaración de voluntad que le había permitido permanecer en el anonimato.

Lo cierto es que la Corte Constitucional, lejos de profundizar el análisis del derecho a conocer sus orígenes, se focalizó exclusivamente en el derecho de la madre a permanecer en el anonimato interpretando que favorecía el interés público comprometido en resguardar la salud del niño y la madre. En el balance de ambos derechos fundamentales, el Tribunal optó por dar prevalencia a la decisión de la madre de mantenerse en el anonimato, fundado en la necesidad de garantizar la vida del niño, la posibilidad de su adopción y asegurar que no fuera abandonado en un lugar inseguro que arriesgara su vida.

En 2013, la Corte Constitucional italiana nuevamente se expidió sobre el tema (76). En esa oportunidad, admitió que el derecho del niño a conocer sus orígenes era un elemento importante en el sistema constitucional de protección de la persona, y afirmó que la preservación de la vida y la salud eran bienes prioritarios que la legislación italiana intentaba proteger. Consecuentemente, la Corte declaró la inconstitucionalidad del carácter irreversible del anonimato materno. Sostuvo, en este sentido, que el legislador debía establecer nuevas disposiciones específicas que garantizaran la protección del derecho al anonimato y, al mismo tiempo, permitieran corroborar en el futuro si la decisión de la madre biológica de no ser identificada era mantenida.

5) Austria

El parto anónimo fue introducido en la legislación austríaca en 2001. La norma prevé que luego del nacimiento el bebé sea puesto inmediata-

(76) CORTE COSTITUCIONAL ITALIANA, 18/11/2013, Sentencia Nro. 278.

mente al cuidado del organismo de bienestar infantil para que, una vez transcurridas las semanas durante las cuales la madre puede reclamar la custodia de su hijo, sea dado en adopción (77).

La legislación permite a la madre dar a luz en un hospital sin costo alguno y preservando su identidad, regula los *baby hatches* y alienta a la mujer para que reciba atención médica prenatal anónimamente. El recién nacido queda al cuidado de las autoridades del servicio de bienestar infantil y permanece en el hospital hasta que es entregado a la familia adoptiva (78).

C) Tres países con propuestas legislativas que no prosperaron

1) Suiza

En Suiza, el Comité de Asuntos Jurídicos del Consejo Nacional, habiendo reconocido que la situación jurídica resultaba insatisfactoria, rechazó en 2009 (79) dos iniciativas que pretendían, respectivamente, legalizar el parto anónimo (80) y el parto discreto (81).

La oposición se fundamentó, prioritariamente, en la consideración de que ambos dispositivos violaban la Constitución suiza y la Convención sobre los Derechos del Niño en la medida en que garantizan el derecho a conocer los orígenes (82).

(77) KLIER, C. M. et al, "Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study", *BJOG*, 2013, 120, pp. 428-434.

(78) GRYLLI, Chryssa et al, "Anonymous birth law saves babies—optimization, sustainability and public awareness", *Arch Womens Ment Health*, 2016, 19, pp. 291–297.

(79) COMITÉ DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL CONSEJO NACIONAL SUIZO, 04/05/2009.

(80) Iniciativa presentada el 29 de septiembre de 2008 por Reto Wehrli (08.454).

(81) Iniciativa presentada el 3 de octubre de 2008 por Andy Tschümperlin (08.493)

(82) ORDÁS ALONSO, Marta, "El parto anónimo a debate", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

2) Bélgica

En la última década, Bélgica ha sido escenario de numerosos proyectos de ley que buscaron legalizar el parto anónimo o, al menos, el parto confidencial o discreto (83).

(83) Entre ellas, se destacó la *Proposition de loi relative à l'accouchement discret* (21/01/09) que mantenía la obligación de declarar el nacimiento, pero el responsable del hospital no suministraría esa información al oficial del estado civil, sino a un registro central de partos discretos. Éste se encargaría de comunicar el nacimiento al oficial del estado civil sin suministrar los datos relativos a la filiación. Durante los dos meses siguientes la madre podía renunciar al parto discreto. Si, transcurrido dicho plazo, el nombre de la madre no se hacía constar en el acta de nacimiento se presumía que consentía la adopción. Ahora bien, el hombre que reclamara la paternidad podía oponerse a la solicitud de parto discreto ante la autoridad judicial. La proposición diferenciaba el régimen jurídico de la información general de la madre (como características físicas y datos genéticos) no identificable, y de lo que denominaba datos identificables de la madre. No había problemas para el acceso a la primera lista en las condiciones de edad que la propia proposición establecía. En cuanto a la identificación de la madre, la persona adoptada debía dirigir un escrito a la Comisión designada al efecto. Si la madre había autorizado en forma previa el levantamiento del secreto, la Comisión le notificaría la identidad de la madre. Caso contrario, la madre debería ser informada de la demanda de acceso a sus datos identificativos. Si la madre se oponía al levantamiento del secreto de su identidad, la autoridad central federal designaba a un mediador que se pondría en contacto con la madre biológica para delinear todos los elementos de la situación y que ésta adoptara una decisión definitiva con pleno conocimiento de los hechos. Si la madre había muerto, la solicitud de acceso a su identidad se declararía inadmisibles a menos que la madre hubiere hecho previamente una declaración expresa de autorizar el levantamiento del secreto de su propia identidad. El Informe del Consejo de Estado (21/04/2009) rechazó numerosos aspectos de la propuesta, entre ellos, el hecho de que, una vez fallecida la madre, fuera imposible acceder a los datos de manera indefinida salvo que hubiera efectuado declaración expresa de levantar el secreto pues, en todo caso, la opción debería haber sido la contraria, considerando la posibilidad de acceder libremente a los datos identificativos de la madre, salvo que ésta se hubiera manifestado en contra. Cfr. ORDÁS ALONSO, Marta, "El parto anónimo a debate", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

Una de las últimas fue la *Proposition de Loi relative à l'accouchement dans la discrétion*. Presentada en 2014 (84), preveía que a los doce años el niño pudiera solicitar a la autoridad central en materia de adopción el acceso a sus datos biológicos. Comunicado el pedido a los progenitores, disponían de un mes para oponerse a la divulgación de la información relativa a su identidad ante un tribunal de primera instancia que sería el que en definitiva resolvería si, teniendo en cuenta los diferentes intereses en juego, aquellos datos debían o no ser comunicados al niño. Transcurrido el plazo, la autoridad central en materia de adopción podría comunicar al niño la información requerida (85).

3) Brasil

En Latinoamérica, la constatación de un creciente número de niños abandonados en Brasil motivó que en 2008 también se presentaran proyectos de ley, proponiendo que las madres pudieran dar a luz sin identificarse para entregar al hijo en adopción, garantizándoles el acceso gratuito a los cuidados médicos prenatales que brinda el sistema de salud (86).

(84) Firmada por Vanessa Matz y Francis Delpérée. Cfr. ORDÁS ALONSO, Marta, "El parto anónimo a debate", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

(85) ORDÁS ALONSO, Marta, "El parto anónimo a debate", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

(86) PROYECTO DE LEY 2.747/08 (Eduardo Valverde), Proyecto de Ley 2.834/08 (Carlos Bezerra) y PROYECTO DE LEY 3.220 (Sergio Barnadas). Fueron tramitados juntos y rechazados por la Comisión de Constitución y Justicia (25/05/11) por considerar que el parto anónimo era inconstitucional. Cfr. ORDÁS ALONSO, Marta, "El parto anónimo a debate", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

D) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Tanto la legislación francesa como la italiana fueron denunciadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) expidiéndose sobre la materia en los casos *Odièvre v. Francia* (87) y *Godelli v. Italia* (88), en 2003 y 2012, respectivamente.

1) Caso *Odièvre v. Francia* (2003)

En el caso *Odièvre v. Francia* (89) la demandante denunció que el secreto de su nacimiento y, como resultado de ello, la imposibilidad de conocer

(87) TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003. El asunto tiene su origen en una demanda (Nro. 42326/1998) dirigida contra Francia que una ciudadana francesa, la señora Pascale Odièvre presentó en virtud del antiguo artículo 25 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales el 12 de marzo de 1998.

(88) TEDH, Sección 2da., *Godelli v. Italia*, Sentencia del 25/09/2012. Anita Godelli había nacido el 28 de marzo de 1943 en Trieste y fue abandonada por su madre biológica, quien no quiso identificarse. La niña fue primero enviada a un orfanato y posteriormente confiada a la familia Godelli, quienes la adoptaron en 1949. A los diez años, tras conocer que no eran sus padres biológicos les pidió conocer sus orígenes. No obtuvo respuesta alguna. En una fecha sin precisar, descubrió que una niña que vivía en su pueblo, nacida el mismo día que ella, había sido abandonada y posteriormente adoptada por otra familia. La demandante sospechaba que se trataba de su hermana gemela. Los padres adoptivos de las dos niñas impidieron el contacto entre ellas. En 2006, solicitó al Registro Civil del Ayuntamiento de Trieste información sobre sus orígenes. El Registro Civil le entregó su partida de nacimiento en la que no aparecía el nombre de la madre biológica puesto que ella no había autorizado la divulgación de su identidad. En este escenario, demandó judicialmente el conocimiento de sus orígenes.

(89) TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003. El asunto tiene su origen en una demanda (Nro. 42326/1998) dirigida contra Francia que una ciudadana francesa, la señora Pascale Odièvre presentó en virtud del antiguo artículo 25 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales el 12 de marzo de 1998.

sus orígenes, constituía una violación de los derechos garantizados por el artículo 8 (90) y una discriminación basada en el nacimiento incompatible con el artículo 14 (91) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Pascale Odièvre había nacido el 23 de marzo de 1965 en París, oportunidad en la que su madre solicitó el secreto del parto suscribiendo un acta de abandono de su hija ante los servicios sociales (92).

La Sra. Odièvre alegó que su solicitud de obtención de información sobre aspectos eminentemente personales de su historia e infancia se hallaba dentro del campo de aplicación del artículo 8 del CEDH. Expuso que la búsqueda de su identidad fundamental formaba parte íntegra de su “vida privada” así como de su “vida familiar”, la de su familia biológica con la que podría establecer vínculos afectivos si la Ley francesa no se lo impediera (93).

(90) CEDH, art. 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

(91) CEDH, art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el [...] Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

(92) El 27 de enero de 1998 presentó una demanda ante el Tribunal de Gran instancia de París con el fin de solicitar el “levantamiento del secreto de su nacimiento autorizando a que se le comunicaran todos los documentos, documentos de estado civil, actas civiles y partidas íntegras de nacimiento completos”. Señalaba que se había enterado de que sus padres habían tenido un hijo en 1963 y posteriormente otros dos hijos después de 1965, que se había enfrentado a la negativa de las autoridades francesas de facilitarle informaciones sobre el estado civil de sus parientes debido a que dicha comunicación vulneraría el secreto de nacimiento y que, habiéndose enterado de la existencia de sus hermanos, tenía fundamentos para solicitar que se levantara tal secreto. Cfr. TEDH, Gran Sala, Sentencia del 13/02/2003, apartado 13.

(93) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 25.

Reprochó a Francia por no haber asegurado el respeto a su vida privada mediante un sistema jurídico que obstaculizaba absolutamente la acción de búsqueda de la madre cuando ésta había solicitado el secreto y que, sobre todo, no permitía la comunicación de datos identificativos de la progenitora, ni siquiera a través de los servicios de asistencia social a la infancia, ni de ningún otro organismo (94). Agregó, además, que el secreto, tal y como estaba instituido en Francia, constituía una discriminación basada en el nacimiento, incompatible con el artículo 14 del CEDH.

La Gran Sala del TEDH declaró por diez votos contra siete que no había habido violación del art. 8 ni del 14 en relación con el 8 del CEDH.

Para así decidir consideró que la cuestión del acceso a sus orígenes y del conocimiento de la identidad de sus padres biológicos no era de igual naturaleza que la del acceso al expediente personal de un niño acogido (95) o la de la búsqueda de pruebas de una paternidad solicitada (96).

El Tribunal circunscribió el caso al de una persona dotada de una filiación adoptiva que buscaba a otra persona, su madre biológica, que la había abandonado al nacer y que había solicitado expresamente el secreto de dicho nacimiento (97). Afirmó que la expresión “toda persona” del artículo 8 del CEDH se aplicaba tanto al niño como a la madre, especificando que, por un lado, estaba el derecho al conocimiento de sus orígenes, fundado en la interpretación amplia de la noción de vida privada pero que, por el otro, no se podía negar el interés de una mujer en conservar el anonimato para proteger su salud dando a luz en condiciones médicas adecuadas. Reconoció que se encontraba en presencia de dos intereses privados, difícilmente conciliables, que afectaban no a un adulto y a un niño sino a dos adultos, cada uno de los cuales gozaba de autonomía de voluntad. Señaló, además, que la

(94) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 41.

(95) En referencia al Caso *Gaskin v. Reino Unido*, Sentencia del TEDH del 07/07/1989, (JUR 2001, 598), serie A Nro. 160.

(96) En relación al Caso *Mikulic v. Croacia*, Sentencia del 07/02/2002, (JUR 2002, 78016), Nro. 53176/1999.

(97) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 43.

demandante tenía cerca de treinta y ocho años de edad y había sido adoptada a los cuatro, y que el levantamiento no consensuado del secreto de su nacimiento podría acarrear riesgos, no solamente para su propia madre, sino también para la familia adoptiva que la había criado, para su padre y hermanos biológicos, quienes tenían todos, igualmente, derecho al respeto de su vida privada y familiar (98).

El Tribunal destacó que el interés general tampoco estaba ausente en la medida en que la Ley francesa se inscribía, desde hacía tiempo, en el deseo de proteger la salud de la madre y del hijo durante el embarazo y el parto, y de evitar los abortos clandestinos o los abandonos “salvajes”. Sobre esta base, estimó que el derecho al respeto a la vida, valor superior garantizado por el CEDH, no era ajeno a los fines perseguidos por el sistema francés (99). Dedujo que frente a la diversidad de sistemas y tradiciones jurídicas en los demás países, así como de las prácticas de abandono bajo distintas formas, los Estados debían gozar de cierto margen de apreciación para adoptar las medidas adecuadas que aseguraran el reconocimiento de los derechos garantizados por el CEDH a cualquier persona dependiente de su jurisdicción (100).

La Gran Sala valoró que el sistema francés (Ley 2002-93) conservaba el principio de la admisión del parto anónimo a la vez que reforzaba la posibilidad de levantar el secreto de la identidad facilitando la búsqueda de los orígenes biológicos gracias al establecimiento de un Consejo Nacional de Acceso a los Orígenes Personales que permitiría a la demandante solicitar la reversibilidad del secreto de la identidad de su madre, siempre con el consentimiento de ésta, de forma que asegurara equitativamente la conciliación de los intereses involucrados (101).

(98) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 44.

(99) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 45.

(100) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 47.

(101) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 49.

Por otra parte, el Tribunal recordó que en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH, el artículo 14 prohibía tratar de manera distinta, salvo justificación objetiva y razonable, a las personas que se encontraban en situaciones comparables (102). Finalmente, entendió que en la esencia de la queja enunciada en el marco del artículo 14 del CEDH, se encontraba la imposibilidad de conocer sus orígenes y no el establecimiento de una filiación que le permitiera aspirar a una herencia, considerando que la queja relativa a la discriminación que habría sufrido la demandante debido al anonimato de su madre, coincidía con la examinada sobre la base del artículo 8 del CEDH (103).

2) Caso Godelli v. Italia (2012)

El ordenamiento jurídico italiano fue sometido a juicio del TEDH en el caso *Godelli v. Italia* (104). La demandante reclamó por la imposibilidad de obtener información no identificativa de su familia biológica asegurando que había sufrido daño severo a causa de no poder acceder a su historia personal. Asimismo, argumentó que frente al conflicto de intereses la legislación italiana daba preferencia sólo al de la madre sin posibilidad alguna de acceso a

(102) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 55.

(103) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, apartado 56.

(104) TEDH, Sección 2da., *Godelli v. Italia*, Sentencia del 25/09/2012. Anita Godelli había nacido el 28 de marzo de 1943 en Trieste y fue abandonada por su madre biológica, quien no quiso identificarse. La niña fue primero enviada a un orfanato y posteriormente confiada a la familia Godelli, quienes la adoptaron en 1949. A los diez años, tras conocer que no eran sus padres biológicos les pidió conocer sus orígenes. No obtuvo respuesta alguna. En una fecha sin precisar, descubrió que una niña que vivía en su pueblo, nacida el mismo día que ella, había sido abandonada y posteriormente adoptada por otra familia. La demandante sospechaba que se trataba de su hermana gemela. Los padres adoptivos de las dos niñas impidieron el contacto entre ellas. En 2006, solicitó al Registro Civil del Ayuntamiento de Trieste información sobre sus orígenes. El Registro Civil le entregó su partida de nacimiento en la que no aparecía el nombre de la madre biológica puesto que ella no había autorizado la divulgación de su identidad. En este escenario, demandó judicialmente el conocimiento de sus orígenes.

la información, aún consensuando con la madre la renuncia al secreto sobre su identidad, e invocó violación al art. 8 de la CEDH (105).

El Tribunal declaró por seis votos contra uno que se había violado el art. 8 de la CEDH. Observó que, a diferencia de la legislación francesa, la italiana no había permitido a la demandante —de sesenta y nueve años—, acceso a información alguna sobre su madre y familia biológicas protegiendo exclusivamente el interés de la madre.

Al respecto, evaluó que la solicitud de la Sra. Godelli había sido total y absolutamente rechazada sin que mediara ponderación alguna sobre los intereses en conflicto o se contemplara alguna perspectiva de solución (106). Notó que, si la madre había decidido permanecer en el anonimato, la legislación italiana no le permitía al hijo que no había sido formalmente reconocido en el nacimiento, y posteriormente adoptado, requerir el acceso a información no identificativa concerniente a sus orígenes o que la identidad de la madre fuera revelada.

Por todo ello, el Tribunal entendió que las autoridades italianas no lograron balancear proporcionalmente los intereses en juego, sobrepasando el margen de apreciación nacional (107).

Más adelante, Anita Godelli presentó una nueva solicitud de acceso a sus datos biológicos ante el Tribunal de Menores de Trieste que —constatado el fallecimiento de la madre— consideró que ya no existían dos intereses contrapuestos que hubiera que ponderar en busca de un equilibrio, y acogió favorablemente la petición de la demandante (108).

(105) TEDH, Sección 2da., *Godelli v. Italia*, Sentencia del 25/09/2012, apartado 33.

(106) TEDH, Sección 2da., *Godelli v. Italia*, Sentencia del 25/09/2012, apartado 55.

(107) TEDH, Sección 2da., *Godelli v. Italia*, Sentencia del 25/09/2012, apartado 58.

(108) Tribunal de Menores de Trieste, Ordenanza del 08/05/2015. Cfr. ORDÁS ALONSO, Marta, “El parto anónimo a debate”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

IV. ANÁLISIS VALORATIVO

A) Condiciones para la implementación de la adopción prenatal

La adopción prenatal no tiene antecedentes en el ordenamiento jurídico positivo argentino. Podría resultar una estrategia válida para acompañar a las mujeres que se encuentran en conflicto con su embarazo resguardando, al mismo tiempo, la vida del niño en gestación, siempre y cuando se cumplan ciertos recaudos.

La selección judicial de los pretendidos adoptantes debe surgir de las listas proporcionadas por el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUA), y la decisión de la madre debe ser revocable –o confirmada- hasta los cuarenta y cinco días posteriores al nacimiento del hijo.

En este sentido, para evitar el riesgo de que la embarazada se halle presionada a decidir la adopción de su hijo por nacer, se ha considerado esencial que la mujer únicamente pueda otorgar su consentimiento después del nacimiento del niño (109). La finalidad de esta exigencia se cumple si, manifestada su voluntad antes del parto, se le concede a la mujer un plazo posterior al alumbramiento para confirmar o revocar su decisión.

(109) Al respecto, el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (29/05/1993) establece: "Artículo 4: Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: ... c) se han asegurado de que ... 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y ...". El Convenio de La Haya sobre Adopción protege a los niños y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas a través de un sistema de Autoridades Centrales, reforzando la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21) con el objetivo de garantizar que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del niño y con respeto a sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>. Consultado 18/08/18. Si bien la Argentina no se cuenta entre las Partes Contratantes, a la fecha 99 Estados ostentan tal calidad. Disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69>. Consultado 18/08/18.

Si la madre estuviera casada es ineludible contar con el consentimiento de su esposo. Si fuera soltera, se requerirá el asentimiento del pretenso padre. El Ministerio Público, de ser necesario, deberá procurar su identificación instando a la madre para que bajo juramento suministre su nombre y toda otra información que contribuya a su individualización (110).

En todos los casos debe mediar emplazamiento filial con ambos progenitores biológicos, en cuanto sea posible, y se debe resguardar y preservar toda la información relativa a los orígenes del niño de modo que resulte accesible en oportunidad de requerir su conocimiento.

B) Razones que se oponen a los *baby hatches*

Los *baby hatches* han sido organizados para prevenir, entre otras cosas, el abandono de bebés en circunstancias de riesgo, presentándose como un último recurso para proteger la vida del niño cuando las mujeres han dado a luz fuera del sistema sanitario y rechazan la maternidad. Sin embargo, este sistema no ha estado exento de críticas.

En el año 2009 el Consejo de Ética alemán objetó la práctica ya instaurada en ese país reclamando al gobierno la búsqueda de soluciones alternativas para mujeres embarazadas en situación de emergencia (111).

Por un lado, sin olvidar los reparos, se los considera necesarios. Del otro, se cuestiona su aceptación, pero se los asume como inevitables frente a la realidad de niños abandonados en lugares inseguros (112).

La controversia generada en torno a los *baby hatches* es abultada. Por lo pronto, se ha sugerido que no hay evidencia científica que compruebe la reducción de los abandonos de bebés, ni se han corroborado modificaciones

(110) Sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de que el juez autorice a prescindir del consentimiento del padre cuando ello resulte conveniente al interés superior del hijo.

(111) Cfr. CONSEJO DE ÉTICA ALEMÁN, Información disponible en <http://www.ethikrat.org/about-us/our-mandate>. Consultado 08/08/18.

(112) ASAI, A. e ISHIMOTO, H., "Should we maintain baby hatches in our society?", *BMC Medical Ethics*, 2013, 14, p. 9. DOI: 10.1186/1472-6939-14-9.

en torno a las razones que pueden llevar al abandono. Se ha objetado que su disponibilidad induce al abandono y se ha cuestionado su uso abusivo por razones meramente egoístas. Se ha señalado, asimismo, que no se ha podido constatar una disminución de neonaticidios relacionada con su implementación, que los derechos de un progenitor pueden resultar ignorados si el otro abandona al hijo sin su consentimiento, que puede ponerse al bebé en peligro médico y que las necesidades de la madre vulnerable no son atendidas (113). También se ha destacado que promueve la irresponsabilidad parental, vulnera el derecho del niño a la identidad privilegiando el anonimato del progenitor y propicia en éstos una actitud negligente en el cumplimiento de la obligación básica de cuidado y crianza de sus hijos (114).

De otra parte, se ha afirmado que se trata de una estrategia que debe continuar implementándose como último recurso que permita resguardar el anonimato de la madre que desea abandonar a su hijo recién nacido, siempre y cuando se extremen esfuerzos tendientes a proteger el interés, los derechos y la seguridad del niño y no medie evidencia alguna de daño (115). Se ha justificado este sistema aduciendo que, de no existir, la madre optaría por el aborto, el infanticidio o el abandono inseguro. Así, la objeción en torno a que el *baby hatch* vulnera el derecho del niño a conocer a sus padres y sus orígenes se halla subordinada a que primeramente se resguarde su vida, argumentando que para los recién nacidos es más importante sobrevivir que el derecho a conocer a sus progenitores y ser criados por ellos (116).

(113) ASAI, A. e ISHIMOTO, H., "Should we maintain baby hatches in our society?", *BMC Medical Ethics*, 2013, 14, p. 9. DOI: 10.1186/1472-6939-14-9.

(114) El primer ministro japonés expresó en 2007 con preocupación: "Si tienes un hijo es crucial que asumas la responsabilidad parental ... considero inaceptable que los padres abandonen anónimamente a sus hijos". Cfr. ASAI, A. e ISHIMOTO, H., "Should we maintain baby hatches in our society?", *BMC Medical Ethics*, 2013, 14, p. 9. DOI: 10.1186/1472-6939-14-9.

(115) ASAI, A. e ISHIMOTO, H., "Should we maintain baby hatches in our society?", *BMC Medical Ethics*, 2013, 14, p. 9. DOI:10.1186/1472-6939-14-9.

(116) SAKAMOTO, K., "Baby post in Japan and Related Issues", *Journal Philos. Ethics in Health Care Med.*, 2010, 4, pp. 55-68.

Más allá de las consideraciones de uno y otro lado, no puede desconocerse que su implementación es pasible de serios cuestionamientos. En lo atinente al cuidado de la salud de la madre y del niño, la mayor de las veces se trata de bebés nacidos fuera del sistema sanitario y madres que han atravesado tanto el embarazo como el parto sin la mínima atención médica. Al mismo tiempo, el derecho del hijo a conocer sus orígenes choca con un valladar impermeable que liquida cualquier posibilidad futura de acceder a tal información, además de frustrarse su derecho a ser cuidado por sus propios padres (117).

Desde otra óptica, atendiendo al aspecto teleológico de la ley -propiar el abandono de un hijo asegurando el anonimato de los padres- pareciera un atajo inaceptable. Supone aceptar, o al menos tolerar, socialmente la irresponsabilidad parental desvirtuando el contenido mínimo de moralidad que debe delinear el ordenamiento jurídico. En este punto, no puede soslayarse la causalidad ejemplar de la norma, en tanto modelo de la conducta justa.

C) El derecho a la identidad del hijo en el parto anónimo y en el parto confidencial o discreto

En cuanto a la eficacia del parto anónimo y el parto confidencial o discreto, al momento no se cuenta con datos suficientes para demostrar con certeza que se justifican en una cuantificable disminución de las tasas de abandono de bebés, neonaticidios y abortos (118).

Apenas hemos podido conocer la investigación desarrollada en Austria, con el objetivo de evaluar la eficacia de la ley de parto anónimo. Se analizaron los reportes policiales de neonaticidios antes y después de la aprobación de la ley (en la segunda mitad de 2001), y se compararon tales tasas con las observadas en el mismo período en Suiza y Finlandia -países que también tipifican penalmente el neonaticidio pero no han implementado el parto se-

(117) CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, art. 7.1.

(118) GRYLLI, Chryssa et al, "Anonymous birth law saves babies-optimization, sustainability and public awareness", *Arch Womens Ment Health*, 2016, 19, pp. 291-297.

creto ni los *baby hatches*. El estudio da cuenta de una significativa disminución del número de neonaticidios reportados luego de la implementación de la ley de parto anónimo, lo que sugiere una posible conexión entre ambos eventos, aunque advirtiendo que es demasiado pronto para sacar conclusiones definitivas sobre la eficacia de esta estrategia (119).

A pesar de los reparos, se ha calificado a los neonaticidios como una “enorme tragedia prevenible” sobre la base de evidencia que demostraría que el modelo implementado en Austria de prevención y legalización del parto anónimo está asociado a la disminución del número de reportes policiales de neonaticidios y a una menor cantidad de bebés abandonados en los *baby hatches*, reconociendo, sin embargo, que la implementación de esta alternativa preventiva depende en gran medida del sistema de salud, su provisión presupuestaria y el contexto sociocultural (120).

Hemos visto cómo la afectación del derecho a la identidad (121) del hijo se encuentra graduada en mayor o menor medida en los diversos ordenamientos jurídicos referenciados. El *quid* de la cuestión se centra en determinar si la restricción de este derecho es justificada. Esto es, si la ponderación de los diferentes intereses en conflicto amerita la limitación del acceso al conocimiento de la propia información identificativa (122).

(119) KLIER, C. M. et al, “Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study”, *BJOG*, 2013, 120, pp. 428-434. El estudio analiza comparativamente las tasas de neonaticidios en el período 1991-2001 (pre legal) con las observadas en el tramo 2002-2009 (post legal).

(120) GRYLLI, Chryssa et al, “Anonymous birth law saves babies—optimization, sustainability and public awareness”, *Arch Womens Ment Health*, 2016, 19, pp. 291–297.

(121) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, art. 8.1: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

(122) El derecho a conocer los orígenes biológicos o genéticos está comprendido en el derecho a la identidad por resultar capital para la configuración de la propia identidad resultando en su desmedro un significativo sufrimiento moral en el niño que afectaría la conformación de su identidad personal.

Se ha sostenido que en esta colisión de intereses, el derecho a la identidad del hijo se enfrentaría al derecho a la intimidad de la madre que decide dar a luz en el anonimato (123) o abandonar a su hijo en un lugar seguro sin ser identificada.

Al respecto, compartimos las atinadas reflexiones de CORRAL TALCIANI en el sentido que “las relaciones familiares y el estado civil son materias de interés público (...) que no pueden quedar en la reserva de la intimidad” lo que, precisamente, justifica su registración pública (124). Si el derecho a la intimidad personal o familiar habilitara el ocultamiento de la maternidad, entonces, cualquier demandado en juicio de reclamación de paternidad podría oponerse invocando igual derecho, más allá de las sustanciales diferencias existentes –que reconocemos– entre una acción tendiente al conocimiento de los orígenes biológicos y otra que persigue un emplazamiento filial (125). El principio de libre investigación de la paternidad (126), como regla general, es una clara prueba de que en la confrontación de derechos la intimidad de los progenitores se encuentra subsumida por el derecho del hijo a conocer sus orígenes. Y si la cuestión aún resultara dudosa, el *favor filii* (127) refuerza la prevalencia del derecho a la identidad del hijo (128).

El derecho de la madre al parto secreto presenta, además, otro desafío problemático frente al derecho del padre biológico, que aparecería excluido

(123) ORDÁS ALONSO, Marta, “El parto anónimo a debate”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

(124) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Ius et Praxis*, n.º 2, 2010, versión on-line, p. 12,

(125) En posición contraria ver PUENTE SEGURA, Leopoldo, “Filiación materna extramatrimonial. Imposibilidad de ocultar la identidad de la madre”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nro. 413, 1999, p. 3.

(126) CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, art. 583.

(127) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, art. 3.

(128) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Ius et Praxis*, Nro. 2, 2010, versión on-line, p. 13.

sin posibilidad alguna de establecimiento del vínculo paterno-filial como consecuencia de la decisión unilateral de la mujer (129).

Otro sería el análisis si se considerara que permitirle a la mujer que da a luz preservar su identidad se encuentra en consonancia con el interés del menor. Ciertamente, si la madre no pudiera ocultar el parto o abandonar a su hijo en un lugar seguro sin ser identificada, la vida del niño peligraría (130). En estos términos el conflicto se suscita entre dos derechos del hijo, a nacer sin peligro para su vida y a conocer sus orígenes. Se configuraría así una especie de intercambio forzado de “la identidad por la vida” (131). Desde este enfoque, la primacía del derecho a la vida se impone. Claro está que la posibilidad de acceder al conocimiento de sus orígenes sólo existe para quien ha nacido (132).

Los países que legislaron el parto anónimo lo pensaron como una medida estratégica que contribuyera a disuadir a la mujer que se encontrara en conflicto con su embarazo de recurrir al aborto, al neonaticidio o al abandono del bebé y, al mismo tiempo, le ofreciera un parto seguro, con asistencia médica adecuada. Con estos fines en miras, se lo ha valorado como un “mecanismo jurídico alternativo”, superador de los *baby hatches* y “un recurso plausible entre los peores males posibles que atentan contra la vida

(129) COLCELLI, V., “Anonymous Birth, Birth Registration and the Child’s Right to Know Their Origins in the Italian Legal System: a Short Comment”, *J Civil Legal Sci*, 2012, 1, p. 101. DOI: 10.4172/jcls.1000101.

(130) DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, España, Resolución del 11/04/1997.

(131) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Ius et Praxis*, Nro. 2, 2010, versión on-line, p. 14.

(132) ORDÁS ALONSO, Marta, “El parto anónimo a debate”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VI, Nro. 11, 2015 (enero-junio), pp. 97 a 144.

del *nasciturus* y contra la estabilidad de la madre pues busca ser un instrumento de rescate que piensa en el bienestar de la madre y del hijo” (133).

La legalización del parto secreto supone consagrar el pretendido derecho de la mujer a negar su maternidad. Aun así, más allá de todos los reproches que es dable proferirle, puede considerársele un mal menor, apenas se vislumbran otras alternativas como el aborto que también campea, incluso en algunos países, navegando en las aguas de la legalidad.

Sobre todo es importante considerar que, cuando la mujer opta por el parto anónimo, su decisión conlleva la indeterminación de la maternidad, desencadenando el cercenamiento de los derechos del padre y demás familiares (hermanos, abuelos, tíos) que también verán afectado su derecho a la vida familiar (134).

No puede negarse a estas alturas que el principio *mater semper certa est* ya había sido puesto en jaque. De un lado, por los ordenamientos jurídicos que estructuran un especial vínculo filial anclado en la voluntad procreacional (135) cuando el deseo de tener un hijo se realiza mediante procedimientos de reproducción asistida heterólogos, resignando la verdad biológica en pos de garantizar el anonimato del donante de gametos (136) o

(133) PALACIOS, Cristian, “Parto Anónimo y Aborto”, Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico, 16/06/2015. Disponible en <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/3096>. Consultado 08/08/18.

(134) Cfr. TEDH, Gran Sala, *Odièvre v. Francia*, Sentencia del 13/02/2003, Opinión disidente común de Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Pellonpää y Tulkens.

(135) CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, art. 562.

(136) La exigencia del anonimato del donante de gametos en los procedimientos de reproducción asistida heteróloga ha desaparecido de una considerable cantidad de legislaciones por considerarse incompatible con el derecho del hijo a conocer sus orígenes. En este sentido, la Ley sueca Nro. 1140 (20/12/1984) reconoce al nacido de fecundación asistida heteróloga el derecho a consultar el registro de donación del hospital; la Constitución de la Confederación Helvética, tras la reforma de 1992, en su artículo 119, inc. g) garantiza el acceso de todas las personas a los datos relativos a su ascendencia, previsión desarrollada por los arts. 24 y ss. de la Ley federal suiza sobre Procreación Medicamente Asistida que ordena al médico encargado de la fecundación asistida que transmita los datos del donante al Registro Civil tan pronto como tenga noticia de que

cuanto menos liberarlo del emplazamiento filial y la consecuente responsabilidad parental. Del otro, por aquellos que regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo asegurando igualdad de efectos y que, a modo de presunción legal de filiación matrimonial por naturaleza –instituyendo, en realidad, una ficción legal–, habilitan la determinación del segundo vínculo filial a favor de la cónyuge de la mujer que dio a luz (137), circunstancia que, en

ha tenido lugar el nacimiento o, en defecto de tal conocimiento, cuando haya transcurrido el plazo del período normal del embarazo (el nacido de procedimiento heterólogo puede obtener los datos relativos a la identidad del donante una vez alcanzada la mayoría de edad); la Ley federal austríaca de Reproducción (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) del 1/07/1992 permite a los hijos obtener los datos identificativos del donante del esperma y no autoriza la donación de ovocitos (cuestión que fue denunciada ante el TEDH en el caso *S. H. y otros c. Austria*, Sentencia del 1/04/2010, contraria a Austria); desde 1996 la legislación islandesa incluye el sistema de “doble ventana” que prevé a la par de la donación anónima de gametos, la de donantes que consienten que su identificación sea comunicada al hijo; Noruega sólo autoriza la donación de esperma y en 2003 permitió el corrimiento del anonimato; en Países Bajos las donaciones de gametos dejaron de ser anónimas en 2004; en el mismo año también fue suprimido el anonimato de los donantes de gametos en Nueva Zelanda creándose un registro para el establecimiento voluntario de contactos entre donantes, receptores e hijos nacidos por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA); en Reino Unido, a partir de la aprobación de la Ley del 01/04/2005 (cuyos efectos serán perceptibles recién a partir de 2023 dado que no se aplica retroactivamente) los nacidos por TRHA heterólogas tienen derecho a conocer la identidad del donante al cumplir 18 años; Finlandia permite desde 2006 conocer la identidad del donante una vez alcanzada la mayoría de edad; la Ley belga del 15/03/2007 estableció el sistema de “doble ventana” permitiendo optar por la donación de gametos anónima o no; en Alemania, hasta 2015 los niños nacidos de un donante de esperma sólo podían acceder a la información identificativa a partir de los 16 años, entonces, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania, Bundesgerichtshof, BGH, Sala XII en lo Civil (Sentencia del 28/01/2015), sustituyó esta limitación temporal por la prueba de que la iniciativa del requerimiento proviene del niño. Cfr. BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR, “¿Y tú de quién eres?: Problemas actuales del Derecho de Familia”, Universidad de Extremadura, 2010 (septiembre). Disponible en http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado 08/08/18.

(137) CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, art. 566. Ver también Ley 14/2006 española, art. 7, apartado 3º introducido por la Ley 3/2007.

virtud de la regla del doble vínculo filial (138), obstaculiza el camino legal hacia la libre investigación de la paternidad (139).

Entre los nuevos desafíos que deberá afrontar el derecho de familia se vislumbra la potencial generalización de la filiación electiva, fundada en el deseo de acoger a los hijos de otros (adopción) y de abandonar los propios que hoy sólo es posible en algunos países, en principio, para las mujeres (parto anónimo). Ya hay quienes han mostrado su opinión favorable a que el vínculo filial se establezca exclusivamente a partir de una “declaración formal de reconocimiento de la paternidad”, colocando “la voluntad en el centro del dispositivo parental” (140).

La figura del progenitor anónimo, que en clave materna queda al descubierto con la regulación del parto secreto o los *baby hatches*, desempeña un rol esencial en todos los sistemas regulatorios que habilitan los procedimientos heterólogos de reproducción asistida y sobre la base de ellos se estructuran una buena parte de las relaciones filiales y de parentesco.

Entre los peligros, se divisa el riesgo de que el parto secreto favorezca el tráfico de niños y la trata de mujeres mediante la comercialización de la maternidad subrogada (141). La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa llamó la atención sobre la existencia de un creciente mercado en torno

(138) CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, arts. 558 y 578.

(139) CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, art. 583.

(140) BORRILLO, Daniel, *La Contractualización de los Vínculos Familiares: Parejas sin Género y Filiación Unisexuada*. Nuevos desafíos del derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 19.

(141) La Corte de Casación francesa tuvo ocasión de manifestarse sobre el particular en Sentencia del 13/12/1989. Se trataba de la actividad desarrollada por la Asociación *Alma Mater* y *EuroMater* que consistía en pagarle a madres embarazadas, que controlaba y cuidaba durante todo el embarazo, para que luego dieran a luz solicitando el parto anónimo. El niño se inscribía como hijo del padre aportante del material genético que lo reconocía en el mismo acto. La Corte entendió que “es ilícito el objeto de la Asociación que tiende a favorecer la conclusión y ejecución de convenciones que contravienen el principio de orden público de la indisponibilidad del estado de las personas a través de la renuncia y cesión, ambas prohibidas, de los derechos de la futura madre. La actividad de esta Asociación, conlleva el alejamiento del espíritu del instituto de la adop-

a las adopciones vinculado al tráfico de niños y el abandono luego del nacimiento poniendo en riesgo el derecho de las madres y los derechos del niño y el padre, especialmente el derecho del niño a vivir con su propia familia y a conocer sus orígenes (142).

Creemos que la viabilidad de estos dispositivos se halla condicionada a que se permita al hijo el acceso a sus orígenes biológicos y se preserven los derechos del padre. Hemos visto que la tendencia legislativa -marcada por las decisiones del TEDH antes analizadas- que se viene trazando en los países que han admitido el parto secreto es contraria a la rigidez del anonimato absoluto con notable propensión hacia el parto confidencial o discreto.

ANEXO

PROYECTO DE LEY S-1825/18: Presentado por el Senador Nacional Federico Pinedo. Crea el Programa “El Estado se Hace Cargo y te Acompaña” (art. 1); garantiza confidencialidad a las mujeres que se acojan al programa de modo que su identidad sólo será accesible para personas con derecho y previa autorización judicial (art. 3); habilita la decisión de dar en adopción al hijo por nacer e indicar preferencias sobre los aspirantes inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (art. 4); establece que la mujer no está obligada a identificar al padre del niño pero determina que el reconocimiento del hijo por nacer desplaza la decisión de adopción anticipada en cuyo caso el niño se inscribirá sin consignarse el nombre de la madre (art. 5); amplía la excepción de entrega directa del art. 611 del Código Civil y Comercial argentino incluyendo la existencia de un vínculo afectivo con el adoptante que debe comprobarse en proceso sumario que no podrá

ción, en tanto crea una situación de abandono. El derecho a casarse y a fundar una familia, no implica el derecho a concluir con un tercero convenciones que versen sobre la suerte del niño que va a nacer (...).”

(142) CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA, Resolution 1624, 27/06/2008, “Preventing the first form of violence against children: abandonment at birth”, arts. 4 y 5.

superar los 10 días hábiles (art. 7); dispone que los niños nacidos que no hubiesen sido adoptados serán recibidos en hogares de acogimiento u otros de gestión pública y privada (art. 8); prevé la implementación de una campaña nacional permanente de promoción del embarazo responsable, de los derechos del niño por nacer y de los procesos de toda forma de acogimiento familiar (art. 9), y la creación de un sistema de protección integral a la mujer embarazada en el ámbito de cada hospital público con servicios de ginecología y obstetricia tendiente a brindar asistencia psicológica a la mujer que curse un embarazo conflictivo o se halle en situación de riesgo psicofísico, social o económico (art. 10).

PROYECTO DE LEY S-2001/18: Presentado por el Senador Nacional Guillermo J. Pereyra. Bajo el título “Protección de la Mujer con Embarazo no Deseado” incorpora el capítulo 7 al Título VI del Libro Segundo del Código Civil y Comercial argentino reconociendo que toda mujer que cursa un embarazo no deseado tiene derecho a decidir de forma libre e informada dar a su hijo por nacer en adopción luego del nacimiento, mediante un proceso sumarísimo que puede tramitar a partir de que la mujer toma conocimiento de su embarazo (arts. 2 y 3); si la mujer es casada se requiere el consentimiento del marido y si el niño nace con vida la adopción de la persona por nacer es irrevocable (art. 3); los profesionales de la salud tienen el deber de informar sobre la opción de dar en adopción (art. 4); se circunscribe la posibilidad de decidir anticipadamente dar en adopción a las mujeres embarazadas fruto de una violación, a las menores hasta los 16 años y a las mujeres con embarazos no deseados (art. 5); cuando la mujer toma la decisión de dar a su hijo en adopción debe comunicarlo al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y al juez de su domicilio (art. 6); la mujer puede arrepentirse de su decisión hasta el momento del nacimiento (art. 7); dispone que la adopción del niño por nacer será plena (art. 8); en los casos de embarazos fruto de una violación o menores de hasta 16 años embarazadas, la madre puede optar por el anonimato y, en caso contrario, por mantener contacto con los adoptantes con posterioridad a la adopción (art. 9); se crea en el ámbito del Poder Ejecutivo un Programa Nacional de Asistencia Médica y Psicológica para mujeres con embarazos no deseados (arts. 10 y 11); se

prevé la implementación anual de una campaña de difusión sobre este programa (art. 13) y el otorgamiento de una ayuda económica a la madre embarazada fruto de una violación o menor hasta los 16 años que está a cargo del Poder Ejecutivo (art. 15).

PROYECTO DE LEY 2555-D-2018: Presentado por el Diputado Nacional Juan Fernando Brügge. Titulado “Adopción de Personas por Nacer” incorpora al art. 597 del Código Civil y Comercial argentino el inc. c) de modo que puede ser adoptada la persona por nacer o en el vientre (art. 2); modifica el art. 607 del mismo cuerpo legal incorporando el supuesto de que la madre haya tomado la decisión libre e informada para que su hijo por nacer sea adoptado al momento del nacimiento como presupuesto para la declaración judicial de adoptabilidad, aclarando que no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño ofrece asumir su guarda o tutela y ello resulta adecuado al interés del menor, imponiendo al juez el deber de decidir dentro de los 30 días desde la declaración de la madre sobre su intención de dar a su hijo por nacer en adopción y estableciendo que queda sujeta a la confirmación de la madre luego de producido el nacimiento (art. 3); agrega al art. 619 la adopción de personas por nacer en el vientre materno como un nuevo tipo adoptivo (art. 4); modifica el art. 620 reconociendo a la adopción en el vientre los efectos de la plena (art. 5).

PROYECTO DE LEY 2757-D-2018: Presentado por los Diputados Nacionales Estela Mercedes Regidor Belledone, Julián Dindart, Karina Alejandra Molina y Horacio Goicoechea. Se titula “Contención Integral del Embarazo y Preservación de la Vida de la Persona por Nacer” y persigue preservar la vida de la persona por nacer procurando evitar la interrupción del embarazo y proveer de alternativas a la madre gestante al tiempo que se le brinde un adecuado cuidado de su salud (art. 1); cuando la mujer embarazada concurra a algún centro de salud pública y manifieste que se encuentra transitando un embarazo no deseado deberá recibir una especial contención psicológica tendiente a asegurar el nacimiento con vida del niño (art. 3), previéndose la capacitación específica del personal de los centros de salud sobre el abordaje

persuasivo orientado a contener a la mujer embarazada y ofrecer la alternativa de la adopción (art. 4); la Dirección Nacional del Registro único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos debe articular los medios necesarios para tomar conocimiento inmediato de los casos de pacientes que cursan embarazos no deseados y/o intenten interrumpir el embarazo (art. 6); el sistema se estructura sobre la base de una concertación articulada de acciones nacionales, provinciales y municipales (art. 8); declara de orden público los derechos y las garantías que la ley reconoce a las mujeres embarazadas y a los niños por nacer (art. 10); establece el financiamiento federal (art. 13).



Repensando el interés superior del niño y los modos de intervenir sobre las infancias *

María de los Ángeles Pesado Riccardi **

Resumen:

El artículo parte del análisis del interés superior del niño como principio esencial del enfoque de los derechos de la infancia (1). Se van considerando algunas tensiones e interrogantes que surgen cuando se quiere adaptar los modos de intervenir sobre la niñez y la adolescencia al enfoque de derechos. La forma en la infancia es nombrada en las políticas, normas, jurisprudencia presupone modos específicos de concebirla y de pensar su intervención social.

Palabras claves: *infancias, derechos, políticas públicas, protección y corresponsabilidad.*

* Este artículo es producto del registro y sistematización del trabajo de articulación institucional que vengo desarrollando desde el año 2014, en el marco de la promoción y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en la Secretaría de Relaciones Interinstitucionales de la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

** Secretaria de Relaciones Interinstitucionales de la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina. Abogada de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Maestría en Educación Universidad del Salvador, Diplomada en Derechos de las Mujeres y Género de la Escuela de Abogados del Estado y estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales de FLACSO-Argentina.

(1) Se va a utilizar el término infancia como sinónimo de niñez y adolescencia.

Introducción

Comienzo el análisis con el planteo de la infancia como construcción social e histórica. En segundo término, enuncio los principales supuestos del enfoque de derechos y la protección integral. En tercer lugar, describo la normativa y la institucionalidad del sistema de promoción y protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en Argentina focalizando en la Provincia de Buenos Aires. En el cuarto punto, expongo dos casos trabajados desde la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora (2), en los que, desde la corresponsabilidad y articulación institucional quiero visibilizar, cómo a través del trabajo conjunto con el fuero de responsabilidad penal juvenil sobre el caso A.J.E., y de la participación en el Consejo Local de Protección y Promoción de los Derechos de la Niñez en la campaña sobre la Trata, se juega el interés superior del niño con la trama de concepciones, intervenciones e instituciones. Se explora el significado, alcance y ejercicio del derecho del niño a ser oído/escuchado y su participación efectiva en los procesos judiciales y/o administrativos que lo afectan y en los espacios intersectoriales comunitarios que los convocan.

1. Haciendo foco sobre los modos de comprender la infancia

En su obra póstuma *¿Qué es la política?* H. Arendt expone que “cierta sordera a los significados lingüísticos ha tenido como consecuencia un tipo de ceguera ante las realidades a las que corresponden” (Arendt, 1997, p. 12). Sostiene que para averiguar el sentido original de los conceptos hay que rastrearlos, analizarlos, enmarcarlos, porque el “acto de teorizar tiene algo que ver con reencontrar, recuperar y destilar un sentido que se ha evaporado” (Arendt, 1997, p. 13). De allí, su invitación a rastrear las huellas de los conceptos, hasta llegar a las experiencias concretas y en general también políticas que les dieron vida. Los conceptos como los discursos son construcciones sociales, contextualizadas, atravesadas por las luchas de poder, por lo tanto, no son ni abstractos, ni neutros, ni a históricos.

(2) La Defensoría depende del Ministerio Público del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

En Argentina, el estudio sobre la infancia desde una perspectiva social e histórica, lleva más de treinta años y surgió en el marco de un debate interdisciplinario y en la conformación de un campo específico de estudios. Estas inquietudes teóricas se potenciaron y vieron legitimadas a partir de la sanción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN).

La niñez y la adolescencia han sido tradicionalmente pensadas a partir de representaciones universalistas: “El concepto infancia operó durante mucho tiempo como una narrativa que alude a un tiempo común y lineal transitado por todos los niños y niñas sin distinciones sociales. Casi como “un estado de gracia especial, que oculta las desgracias particulares (Carli, 1994, p. 3).

Niños, adolescentes y jóvenes, han sido naturalizados a partir de una concepción evolucionista y unilateral del desarrollo y la socialización. (...) A pesar del peso que tiene en su configuración, el tema del tiempo y su correlato en las edades, estamos hablando propiamente de una temporalidad, de un tiempo socialmente configurado. Es decir, de un tiempo significado por los sujetos y las imágenes culturales con las cuales coexisten, y de un tiempo ritualizado y objetivado en las prácticas sociales que giran en torno a los sujetos y las instituciones (Vergara del Solar, 2007, p. 21).

Como se deduce de lo expuesto, la infancia es un constructo social, dinámico y variable culturalmente. Ahora bien, la constitución de la niñez como sujeto sólo se puede analizar en la tensión producida entre la intervención adulta y la experiencia del niño, entre la construcción social de la infancia y la historia irrepetible de cada niño, entre la imagen que se da de sí mismo y que una sociedad construye para la generación infantil en una época y las trayectorias individuales. Entonces, son las infancias porque refieren a trayectorias múltiples, diferentes y cada vez más afectadas por la desigualdad. Creo que en esto reside la importancia de analizar la niñez, la adolescencia, las infancias como actores sociales activos y con capacidad de agencia.

Los distintos dispositivos jurídico-administrativos que se han diseñado para intervenir sobre un sector determinado de la infancia, la pasible de ser tutelada, judicializada, adoptada, tienen el objetivo explícito de proteger o restituir los derechos de una población considerada vulnerable. Entonces,

abandono, maltrato, negligencia o riesgo, son las categorías que habilitan la actuación de distintos agentes y organismos que obtienen su legitimidad del compromiso moral de proteger a quienes no pueden hacerlo por sí solos (Villalta, 2010).

Varias investigaciones sobre la infancia (Alvarado-Patiño, 2013; Llobet, 2011) plantean la necesidad de desentrañar y contextualizar los discursos de los derechos de la niñez; desnaturalizar las prácticas y dispositivos jurídicos administrativos de su protección; indagar los sentidos que profesionales y expertos atribuyen a la infancia y su protección, porque las formas de intervención social y los modos legitimados para hablar de la infancia y su protección son productos provisionales de procesos histórico-políticos en donde distintos actores reclaman para sí la legitimidad de la intervención e intentan imponer sus posturas con relación a lo que entienden es lo mejor para un niño (Llobet, 2011).

En Argentina, como en Latinoamérica y el Caribe a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se institucionaliza el enfoque de derechos sobre la infancia como discurso privilegiado para interpretar las necesidades de la niñez y protegerla; sin embargo, los contextos de desigualdad social en los que se encuentra gran parte de la infancia son un fuerte condicionamiento a la efectiva protección, interpelan y posicionan a los operadores del sistema en la encrucijada entre los postulados derivados del enfoque de derechos del niño y la realidad signada por la pobreza, la exclusión, la discriminación que los instala como vulnerables (Barna, 2014).

2. El enfoque de derechos y la protección de la infancia

El sistema de protección integral se instituye desde el enfoque de derechos, por el cual se reconoce al niño como sujeto de derechos y no como objeto de intervención tutelar del Estado. La niñez y la adolescencia gozan de una protección complementaria de sus derechos dado que se agregan nuevas garantías –además de las que corresponden a todas las personas– propias de su condición de personas en desarrollo. Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de hacer efectiva su satisfacción.

Este reconocimiento socio-jurídico posiciona a la niñez y la adolescencia en otro lugar y redefine sus relaciones respecto al Estado, la familia y la sociedad donde el respeto al ejercicio de sus derechos es el eje central.

Hay dos implicancias fundamentales que tiene la protección integral de la infancia pensada desde un enfoque de derechos:

– Se identifica con la protección de los derechos de los individuos, vinculada al principio de legalidad, por el cual la intervención estatal sólo se justifica en supuestos legalmente previstos, dados por aquellas situaciones que amenacen o vulneren los derechos de los niños. Por lo tanto, se deslegitima cualquier otra intervención que no se fundamente y oriente en este principio.

– En aquellas situaciones que atraviesa el individuo y que requieren de protección, dejan de ser identificadas y descritas en términos de necesidades humanas, para definirse en términos de derechos y de obligaciones de responder para que se efectivicen.

Cabe destacar que, esta diferencia entre necesidades y derechos repercute en la práctica dado que los derechos generan deberes y responsabilidades basados en estándares objetivos, mientras que las necesidades no. Satisfacer necesidades puede implicar una cuestión moral, caritativa o asistencial, en la que los destinatarios-beneficiarios dependen de la compasión o buena voluntad, no de un reclamo exigible y por tanto ejecutable legalmente. Comprender esta mirada cambia esencialmente el sentido y orientación de las intervenciones.

El principio del interés superior del niño es el eje vertebrador del enfoque de derecho de la protección integral, no obstante, varios autores han señalado que en la jurisprudencia, se apela a este principio como una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, constituyendo una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos, en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico (Cillero Bruñol, 1998). En su redacción aparece como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

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 la que se atenderá será el interés superior del niño (Artículo 3.1 CIDN).

El interés superior del niño como principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentren limitadas por esos derechos; en este sentido se busca superar el paternalismo-autoritarismo que tradicionalmente regulaba los temas relativos a la infancia, dado que se le recuerda al juez o a la autoridad competente, que las decisiones y resoluciones jurídicas deben producirse en estricta sujeción a los derechos de la niñez. La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible de la intervención penal sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar.

Este principio funciona también como pauta hermenéutica, frente a situaciones de incompatibles en el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño; permite arbitrar conflictos jurídicos de derecho, haciendo prevalecer un derecho sobre otro. El ejemplo más característico está dado por el Artículo 9° de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos.

Otra de sus funciones es la de ser garantía de prioridad, dado que cuando en un sistema social compiten diversos grupos por los recursos, que siempre son escasos, el principio del interés superior del niño exige considerar en forma prioritaria a la infancia, en el diseño de las políticas, en su ejecución, en la asignación de recursos, en el acceso a los servicios y a la atención de los organismos públicos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño:

- Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;
- Es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; permite llenar vacíos o lagunas normativas;

– Es un criterio político para la formulación de políticas públicas, permitiendo considerar prioritariamente a la infancia en su diseño, ejecución y asignación de recursos.

3. El sistema argentino de protección integral de la infancia

En 1990 Argentina ratifica su adscripción a la Convención y en el año 1994, con la reforma de la Constitución, le da jerarquía constitucional de acuerdo a lo establecido en el Artículo 75 Inciso 22 de la Carta Magna. A pesar de estos avances significativos, el país tardó once años en realizar su proceso de reforma legislativa y producir la adecuación normativa interna a nivel nacional y provincial en materia de protección de los derechos de la infancia. Recién en septiembre de 2005 fue sancionada la Ley Nacional 26.061 que establece la derogación de la Ley de Patronato de Menores, vigente desde 1919 (que recogía el viejo modelo de la situación irregular).

La nueva legislación permite:

– Incorporar la perspectiva de derechos en la atención y asistencia de los niños y sus familias.

– Desjudicializar los problemas sociales que pasan a ser abordados en forma prioritaria por las políticas públicas, evitando la estigmatización y exclusión de los grupos sociales vulnerables.

– Profundizar el diseño, la planificación y la ejecución de políticas públicas para la infancia en clave de derechos humanos, promoviendo la construcción de ciudadanía y la inclusión social para los niños y familias argentinos.

– Otorgar sustentabilidad al proceso de descentralización de programas y recursos para la atención de los niños, la adolescencia y la familia.

– Promover la gestión asociada y corresponsable entre los Estados Nacional, Provincial y Municipal, en sus diferentes áreas y las organizaciones de la sociedad civil (ONG, comisiones barriales).

Esta conceptualización tiene consecuencias en el rol que debe asumir el Estado en la gestión de la protección de la infancia. Surge una nueva institucionalidad que exige, por un lado, repensar la función y rol del Estado en

la corresponsabilidad que le incumbe –junto con la familia y la comunidad– en la efectiva protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia. Por otro lado, esta nueva institucionalidad da cuenta de una nueva vinculación estatal que coloca a cada Poder del Estado en su esfera de actuación propiamente dicha, reconociendo un amplio margen de participación de la comunidad a través de las organizaciones civiles.

La ley crea el Sistema de Protección Integral de los derechos de niños y adolescentes, conformado por todos los 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, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos son: a) las políticas, planes y programas; b) los organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; c) los recursos económicos; d) los procedimientos; e) las medidas de protección de derechos y; f) las medidas de protección excepcional de derechos.

– El Sistema de Protección Integral a nivel provincial: el caso de la Provincia de Buenos Aires.

Argentina tiene un sistema de gobierno federal, por el cual cada provincia tiene la potestad de legislar en lo que respecta a su organización institucional, su administración de justicia, sus normas de procedimiento y su régimen municipal. Estas cuestiones están directamente vinculadas al diseño de la nueva institucionalidad del modelo de protección integral de la infancia.

En este sentido, la ley nacional opera como marco, para que luego cada provincia, delimite sus estrategias de intervención a través de su propia legislación. Los avances normativos en las provincias han sido dispares. Algunas no han sancionado leyes de protección integral propias y otras ni siquiera han adherido a la Ley Nacional 26.061.

La Provincia de Buenos Aires, luego de un arduo y disputado proceso legislativo, que insumió más de seis años, en el año 2007 consagra la doctrina de la protección integral a través del nuevo sistema normativo bonaerense,

integrado básicamente por las Leyes 13.298 y 13.634, y sus decretos reglamentarios.

La Ley 13.298 deroga el Patronato de Menores y crea el Sistema de Promoción y Protección integral de los Derechos del Niño en la Provincia de Buenos Aires, fijando como objetivo principal de la política de y para la niñez, su contención en el núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social (3). Se dispone la implementación del sistema de protección a nivel municipal, con financiamiento provincial. La adscripción de los Municipios a esta ley es optativa y se consagra mediante la realización de un convenio entre los gobiernos locales y el área de niñez provincial. La nueva institucionalidad del sistema de protección a nivel local está conformada por los siguientes organismos:

– Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos (Artículo 18, Inciso 4 del Decreto Reglamentario) cuyas funciones son: unificar el mecanismo de articulación y seguimiento de la aplicación de la Ley tanto con los gobiernos municipales como con los Servicios Locales. Se erige como instancia de revisión respecto de los acuerdos celebrados entre el niño y sus representantes legales en el ámbito del Servicio Local.

– Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos (Artículo 18-21 de la Ley, Artículos 18, 20 y 21 del Decreto Reglamentario) sus atribuciones: facilitar el acceso de niños y adolescentes con sus derechos amenazados y/o vulnerados a programas disponibles en su comunidad. Formular propuestas de resolución alternativa ante conflictos familiares.

– Consejos Locales de Promoción y Protección de Derechos (Artículo 15 del Decreto Reglamentario) destinados a: elaborar un plan de acción te-

(3) En el marco de la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino, considerando principios interpretativos del sistema: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD).

territorial para la protección y promoción de los derechos de niños y adolescentes que refleje la concertación de acciones y la optimización de recursos lograda en el nivel central por parte de la comisión interministerial. Cabe mencionar que en aquellos casos en que el Municipio no manifieste expresamente su voluntad de constituir y participar del Consejo Local, este podrá constituirse exclusivamente con instituciones sociales de la comunidad y representantes de la Comisión Interministerial, como mínimo aquellos de salud y educación, y todos los que contaren con efectores en esas localidades.

Como señala Villalta (2010) la característica más innovadora de la norma ha sido, sustraer de la esfera judicial la facultad de adoptar medidas de protección de derechos y encomendar esta tarea a organismos administrativos, promoviendo así la denominada *desjudicialización de la pobreza*, y crear un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes compuesto por todos los organismos que diseñen e implementen políticas para la niñez. Así se otorga centralidad a la transversalidad, integralidad y corresponsabilidad en las políticas públicas específicas de y para la infancia.

La Ley 13.634 disuelve los Tribunales de Menores en la Provincia de Buenos Aires (4), crea el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil (5), un proceso penal específico aplicable a todo niño punible (6), imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia de Buenos Aires. También define al Ministerio de Desarrollo Social como la contraparte del Poder Ejecutivo encargada de formular, coordinar y ejecutar políticas, programas y medidas destinadas a prevenir el delito juvenil, asegurando los derechos y garantías de los jóvenes infractores a la ley penal, además de generar ámbitos para la ejecución de medidas socioeducativas que, centradas en la responsabilidad del joven infractor, posibiliten su real inserción en su comunidad de origen.

(4) En Argentina, la Provincia de Buenos Aires fue pionera en esta materia: en 1938 se crearon dos Tribunales de Menores.

(5) La Observación General Nº 13 del Comité de Derechos Humanos (órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) sobre el Artículo 14 del Pacto, en el párrafo 16, señala que. “Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el Artículo 14”.

(6) Artículo 1º de la Ley 22.278 (modificada por la Ley 22.803): “No es punible el menor que no haya cumplido 16 años”.

La norma crea el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil compuesto por Fiscales y Defensores Oficiales que intervienen en todas las etapas del proceso, instaura los Juzgados de Garantías del Joven, para que lleven adelante el control de la investigación preliminar y sea responsable de las medidas que se tomen con respecto al joven durante el proceso; el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, como órgano de juzgamiento que resuelve la aplicación de medidas, salvo delitos graves en que toma intervención el Tribunal de Responsabilidad Penal.

El Poder Ejecutivo Provincial, a través del Ministerio de Desarrollo Social, crea mediante Resolución 127/07 los nuevos dispositivos institucionales del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Los destinatarios de estos dispositivos son jóvenes menores de 18 años en conflicto con la ley penal. Los dispositivos son los siguientes:

– Centros de Recepción y evaluación. Son establecimientos de régimen cerrado para el cumplimiento de la detención y de medidas preventivas de privación de libertad ordenadas por los Tribunales en el marco de un proceso penal. Recepcionan en primera instancia a los jóvenes aprehendidos (imputables e inimputables) por disposición judicial comunicada por oficio. Su función es la evaluación de los jóvenes a quienes se haya impuesto una medida judicial cautelar y/o sancionatoria, restrictiva o privativa de la libertad ambulatoria o de seguridad (para inimputables). El equipo técnico evaluará a los jóvenes para determinar la institución más adecuada para el cumplimiento de la medida impuesta por la autoridad judicial.

– Centros Cerrados. Creados para el cumplimiento de medidas privativas de la libertad ordenadas por la Justicia, en el marco de un proceso penal.

– Centros de Contención. Establecimientos de régimen abierto, o régimen de semi-libertad (Artículo 80 Ley 13.634) para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias restrictivas de la libertad ambulatoria, ordenadas por la autoridad judicial competente.

– Centros de Referencia. Establecimientos en cada departamento judicial, de atención ambulatoria, para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias alternativas a la restricción o privación de la libertad ambulatoria, ordenadas por los juzgados o tribunales competentes en el marco de

un proceso penal seguido a personas menores de edad. Con funciones de evaluación, atención y/o derivación de los jóvenes a programas descentralizados en municipios u organizaciones de la comunidad.

En este marco político, normativo e institucional se propone y obliga a superar miradas e intervenciones sectoriales, aisladas, para avanzar hacia un escenario de co-responsabilidad, identificando los distintos actores vinculados en el trabajo con niños y adolescentes, y donde los mismos sean partícipes, sean escuchados y formen parte del diseño de las estrategias de trabajo.

Para el abordaje territorial de las problemáticas la metodología clave del sistema de protección, es la del trabajo en red. En varios de los documentos intersectoriales de capacitación de los agentes que intervienen en el sistema se alude a la red, a una red que precede a la llegada del operador, una red inserta en la vida cotidiana, en los vínculos, en el centro de vida de los niños, en su comunidad. Por eso se promueve visibilizar esas redes, entendiendo que para hacer efectivos los derechos, sólo es posible cuando se trabaja en los entornos próximos de los niños y adolescentes, desde una inserción sostenida y comprometida que permita escuchar, reconocer, ponerles territorialidad, nombres, encuentros, dolores y esperanzas a las distintas intervenciones.

Este trabajo de generar y promover lazos, alianzas, diagnósticos y estrategias conjuntas y cogestionadas entre los operadores institucionales que desde la corresponsabilidad persiguen la defensa y efectivización de los derechos de la infancia es complejo y paradójico. Como sostiene Barna (2014) es necesario repensar cómo se reconfiguran las prácticas de intervención social sobre las infancias y sus familias en los contextos actuales, en los cuales los agentes estatales operan en una encrucijada entre los encumbrados tópicos morales del enfoque de derechos y las contradicciones cotidianas del mundo social.

4. El interés superior y los modos de intervenir sobre la infancia

La Secretaria de Articulación Interinstitucional de la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, tienen como objetivo fortalecer la corresponsabilidad en el acceso y administración de justicia a

través de la articulación y coordinación con las políticas públicas intersectoriales locales, las organizaciones no gubernamentales, las universidades y las redes comunitarias territoriales. En este marco se participó en dos experiencias muy distintas, la primera, acompañando la intervención de la Defensoría Oficial de Responsabilidad Penal Juvenil y del Equipo Técnico Psicosocial sobre un joven en conflicto con la ley; la segunda, participando de la Campaña de Trata realizada por la Comisión de Niños del Consejo Local de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez. Estos casos ponen de manifiesto cómo se configura el interés superior del niño en la compleja trama de concepciones, estrategias, actores e instituciones que operan en los modos de intervenir la protección de las infancias.

– El primer caso se trata de Juan un adolescente de 16 años que ingresó al Centro de Recepción, Evaluación y Ubicación de Menores –CREU– (institución de encierro) por robo calificado.

De los distintos informes que conforman su expediente se pudo analizar la siguiente información respecto a su historia de vida y las distintas intervenciones institucionales:

El grupo familiar de Juan está compuesto por su mamá de 33 años, el padre de 41 años quien realiza changas de jardinería y albañilería y siete hermanos más chicos de 15, 12, 11, 10, 8, 5 y 4 años. Sociabilidad: marginal. Escolaridad: analfabeto abandonó la escuela en 3er grado. Juan consume paco (7) y debido a su incremento se solicitó judicialmente su internación. Su hermana de 15 también consume paco y concurrió un breve tiempo al Centro Provincial de Adicciones –CPA–.

El perito médico del fuero de responsabilidad penal juvenil dice que el menor se presenta con mínimo cuidado personal, pensamiento enlentecido, ubicado parcialmente en tiempo y espacio, analfabeto con impresión de deterioro neurológico (disártrico, lenguaje pueril) Hipofrontalizado clínicamente. El menor admite ser consumidor de sustancias tóxicas desde los 10 años (pegamento, nafta, marihuana, cocaína nasal, pasta base, alcohol).

(7) La pasta base de coca es una droga de bajo costo elaborada con residuos de cocaína y procesada con ácido sulfúrico y queroseno.

Intervención del Servicio Zonal frente al pedido de los padres de internar al joven y a su hermana por consumo de paco, se les solicita que persuadan a sus hijos para concurrir al CPA para diagnóstico y evaluación para su internación en Comunidad Terapéutica.

El CPA informa que Juan estuvo en una Granja de rehabilitación por voluntad propia llevado por los padres. Se fuga de la Granja por violencia con sus pares. Estuvo varios meses en situación de calle. Tiene varios cortes en su brazo y pierna. *Estructura familiar no contenedora*. Se sugiere internación especializada en adicciones.

La asistente social del juzgado evaluando medida impuesta informa: el analfabetismo de los progenitores funciona como un *grave elemento obturador* del desarrollo psico-afectivo de los niños que componen el grupo familiar. El joven ha repetido varias veces 3er grado abandonando definitivamente la escuela. La totalidad de los hijos no han sido reconocidos por el progenitor por carecer éste de DNI. La situación laboral familiar se sostiene desde la pensión no contributiva de la madre y las changas del padre. Juan tiene mala predisposición a la entrevista, reclama su libertad en forma constante sin haber logrado implicarse en la responsabilidad que sus actos conllevan. En cuanto a los aspectos psico-sociales evaluados en el mes no se observa capacidad reflexiva alguna sosteniendo su postura desafiante y negadora, conducta nociva para dar curso a la implementación de medidas alternativas de libertad. Se requiere traslado del joven a una institución adecuada a su problemática de múltiple adicción, siendo una Comunidad Terapéutica de régimen cerrado la modalidad que permitiría un abordaje interdisciplinario individual e intrafamiliar indispensable para el trazado de un proyecto de vida a futuro con capacidad de sostén temporal.

Desde la Defensoría se interpone acción de habeas corpus correctivo. Se solicita que se ordene alojamiento al joven en una institución acorde a su problemática adictiva, que se disponga tratamiento psicológico, psiquiátrico (que en los 6 meses de encierro no tuvo), se realicen los estudios indicados por el perito médico hace 6 meses y se lo incluya en el ciclo educativo. No se dio a lugar a lo peticionado por la defensa.

El Centro de Recepción, Evaluación y Ubicación (CREU) informa que hace más de un mes que se gestionó la solicitud de traslado a una Comunidad Terapéutica Cerrada, sin contar con respuesta favorable por el órgano administrativo de intervención provincial. La Comunidad Terapéutica Casa del Sur es el único recurso convenido con la Subsecretaría de Desarrollo Social de la Provincia y no cuenta con cupo, el joven tiene el puesto número quince en el listado de espera de vacantes.

Juan nunca accedió a la vacante y siguió privado de su libertad en el CREU.

El caso de Juan es la traducción de la judicialización de la asistencia. Es la crónica de una muerte anunciada, en el sentido de la falta de respuesta del Estado ante la situación de asistencial y de consumo de Juan. El Estado es responsable por las acciones y las omisiones. La falta de instituciones que atiendan las adicciones, en una provincia con el alto índice de consumo que tiene, es un incumplimiento a la responsabilidad que el Estado tiene en pos de garantizar el sistema de protección integral y su efectivización. Por otro lado, las concepciones que se juegan en los profesionales, marcan como señalan Cillero y Guemureman:

“Las leyes de menores, a diferencia de lo que aparentan, no se estructuran a partir de la legítima diferenciación jurídica entre adultos y no-adultos, sino en una radical separación de dos tipos de infancia: la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar, y aquella que no los tiene” Cillero Bruñol (2001).

“La utilización del aparato de la administración de justicia en forma sistemática para este estrato poblacional ha estado desde siempre directamente vinculada a la ausencia de políticas públicas de promoción y desarrollo. La presencia activa del Estado en la promoción de derechos, podría haber contribuido a desvincular a estos sujetos de la estigmatización que conlleva su nominación como menores en situación de riesgo” o “en peligro moral y material” (8).

(8) Guemureman, Silvia, y Daroqui, Alcira, *La niñez ajusticiada*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 37-38.

Si bien no hay recetas para la intervención, el caso de Juan nos muestra la vulneración constante de sus derechos que termina en la situación de conflicto ante la ley. Uno de los mayores desafíos para que un enfoque de derechos posibilite cambiar no sólo los circuitos de la protección, sino fundamentalmente el sentido asociado a ella consiste, en repensar y desarmar la trama a partir de la cual las familias de esos niños han sido etiquetadas y culpabilizadas en distintas y sucesivas intervenciones profesionales, aun en aquellas destinadas a proteger los derechos que esos niños tienen vulnerados. Por otro lado, esas interpretaciones se contextualizan en escenarios en los que la seguridad es instalada como problema y a partir de ahí, no sólo los adolescentes pobres son clasificados como sujetos potencialmente peligrosos, sino también lo son aquellos niños que tienen problemas de conducta, no concurren a la escuela o son descuidados por sus familias (Villalta, 2010). Por otro lado, un sistema de protección requiere inversión, un presupuesto que garantice el funcionamiento de los dispositivos necesarios para hacer frente a las situaciones de desigualdad y exclusión en las que se encuentra atrapada cierta infancia, la vulnerada.

– El segundo caso: la participación protagónica y capacidad de agencia de la infancia en el marco de la Comisión de niñas, niños y adolescentes del Consejo Local de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez de Lomas de Zamora.

El consejo local (9) es un espacio intersectorial con participación de las áreas de educación, desarrollo social, salud, seguridad, defensoría oficial y organizaciones comunitarias dedicadas a la infancia en el territorio. Desde su constitución por Ordenanza municipal del año 2010, se conformó la Comisión de Niños. Este espacio es repensado de forma constante, para que la mirada adulto-céntrica no lo invada, para que los chicos se apropien de él y

(9) La Ley Provincial 13.298 prevé la creación de Consejos Locales como “órganos esenciales del Sistema de Promoción y Protección de Derechos”. Entre sus funciones se destacan la de elaborar un diagnóstico sobre la situación de la infancia y adolescencia a nivel local, diseñar un Plan de Acción Territorial que el Estado debe efectivizar con la participación de actores públicos y privados, y realizar un seguimiento de las políticas públicas con impacto en la situación de niños y jóvenes.

puedan plantear sus inquietudes, promocionar sus ideas, compartir y resignificar experiencias para que puedan pensar su hogar, su barrio, su escuela, su plaza y todo ámbito y relación que los y las atraviesa desde lo que significa ser sujetos de derecho.

Durante el año 2016 y 2017 se realizaron varios encuentros de niños y adolescentes. Durante el primer año fueron promocionados por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) en el marco de líneas de acción para promocionar y fortalecer la participación de la infancia a nivel nacional y provincial; en el segundo año desde el Consejo Local fueron convocados a participar todos los chicos que estaban en distintos programas sociales (10) y a los que venían participando de la comisión de niños, el lema de invitación a los encuentros decía: “Encuentro de niñas, niños y adolescentes: escuchados, respetados y organizados”.

En los trabajos realizados en estos espacios de participación, específicamente en los destinados a realizar un diagnóstico, desde sus miradas y voces, sobre cómo veían sus barrios, qué cuestiones les preocupaban, entre las problemáticas que señalaron se destaca la preocupación por la desaparición en la zona de algunas chicas y la camioneta blanca a la que se vinculaba esta situación.

Vecinos e instituciones –Profesorado de Formación Docente, organizaciones sociales, unidades sanitarias, entre otras– de los barrios de Budge, Villa Centenario, Fiorito y Albertina denunciaban que varias chicas habían sido secuestradas por un grupo organizado que se movilizaba en una camioneta Trafic blanca. Durante varias semanas -en el año 2016– se realizaron protestas, corte de calles pidiendo explicaciones y la aparición de esas mujeres. En los titulares de los periódicos locales aparecía: “Terror en Lomas de Zamora: Vecinos denuncian que una camioneta secuestró a varias mujeres”. La policía afirmaba que todo era una “psicosis” generalizada.

(10) Envi3n, es un programa de Responsabilidad Social Compartida, est1 destinado a chicos entre 12 y 21 a1os que se encuentran en situaci3n de vulnerabilidad social. El objetivo esencial es la inclusi3n, la contenci3n, el acompa1amiento y el dise1o de estrategias que fortalezcan su estima, reparen y brinden igualdad de oportunidades.

A partir de esta situación, que los chicos habían identificado se comienza a trabajar, sus voces fueron oídas, respetadas y acompañadas. Por otro lado, las organizaciones de la comunidad presentaron denuncias e información a la fiscalía departamental. Se inicia una investigación judicial que llevo casi dos años y concluyó con el desarme de una red de trata de personas, el descubrimiento de un presunto sistema de recaudación ilegal utilizado por personal de la policía bonaerense, que extorsionaba a comerciantes y daba protección a la banda que explotaba sexualmente a mujeres. El juez federal N° 2 de Lomas de Zamora, ordena la detención del comisario inspector, que se desempeñaba como jefe distrital de Lomas Norte, de la que dependen las comisarías de Villa Fiorito, Ingeniero Budge, Villa Centenario y Parque Barón.

En uno de los últimos encuentros de la Comisión los chicos propusieron hacer una campaña sobre la Trata de personas, plantearon que querían informar de qué se trataba y a dónde se podía recurrir. Los adultos que desde el Consejo acompañamos, enseguida pensamos en una campaña tradicional, afiches, dibujos; ante esto nos manifestaron que querían llegar a todas partes, querían viralizar la información a través de las redes sociales, para que todos estuvieran atentos y se cuidaran. Desde el Consejo se contactó a una organización Chicos .net que los ayudó a plasmar sus ideas y dibujos en GIF y videos cortos para subir a las redes. Toda la etapa de planificación – producción estuvo guiada por los chicos, inclusive ellos pensaron cómo y dónde tenía que ser la presentación de la campaña. Como adultos no nos sorprendimos de sus capacidades, ideas y compromiso, sí nos dimos cuenta que nosotros habíamos dado un gran salto, habíamos aprendido a generar un espacio de participación protagónica de niños y adolescentes.

La campaña se presentó en el salón principal del Municipio, en el Consejo Deliberante que lo declaró de interés municipal y próximamente se presenta en el Poder Judicial.

Hacer efectivo el interés superior del niño, el ser escuchado y respetado, implica repensar la relación niño-adulto, la configuración de las identidades infantiles. La historiadora S. Carli (2006) planteaba el derecho al crecimiento, que es condición de lo que denomina la confianza, a la que se suman el derecho a la inclusión y el derecho a la participación. La tarea del sistema

de promoción y protección es socio educativa, y educar en la sociedad contemporánea requiere volver a considerar al niño como un sujeto en crecimiento, como un sujeto que se está constituyendo, que vive, juega, sufre y ama en condiciones más complejas, diversas y desiguales. Si bien el mercado u otros fenómenos modifican las identidades de niños y de adultos, no eliminan las posiciones diferenciales que unos y otros ocupan en todo proceso de transmisión. La infancia, requiere pensar un tipo de vínculo entre adultos y niños en el que la erosión de las diferencias y de las distancias no devenga obstáculo epistemológico o material para la configuración de una nueva mirada que permita la construcción de otra posición del adulto. Si bien la desigualdad y la exclusión se encuentran presentes como una realidad tangible, al menos existe cierto grado de acuerdo en torno a que únicamente pueden ser superadas mediante políticas públicas integrales e inclusivas que transfieran poder a las comunidades y fomenten la participación ciudadana, entendida como la intervención en la toma de decisiones. La Comisión de niñas, niños y adolescentes del Consejo Local de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez de Lomas de Zamora es un claro ejemplo de esto.

5. Conclusión o más interrogantes

La finalidad del trabajo como se expuso a un comienzo fue desnaturalizar concepciones, visibilizar la retórica de los derechos como un logro plausible que, no obstante, requiere analizarla desde los contextos de desigualdad y exclusión que signan nuestro tiempo. ¿Cómo implementar sistemas de protección efectivos? ¿Cómo desinstalar concepciones, que aún en nombre de los derechos humanos son estigmatizantes de familias y niños? ¿Cómo generar intervenciones promotoras del agenciamiento de familias y niños? ¿Cómo cuidar a los operadores del sistema que viven la encrucijada cotidiana del enfoque de derechos y las contradicciones de realidad social? ¿Cómo cambiamos las prácticas y damos nuevos sentidos en pos del interés superior del niño?

Reflexionar sobre el interés superior del niño, las infancias, las familias, las intervenciones desde el Estado y la comunidad, es preguntarse por el valor que se le confiere a la vida, es explorar las condiciones contextuales que

rodean su cotidianidad, calidad de vida, derechos, potencialidades, la situación de familias y la realidad de las políticas que atraviesan a niñas, niños y adolescentes.

La sistematización y producción de conocimiento resultante de la observación, la reflexión, la indagación, la participación y la discusión son caminos de búsqueda de nuevas interpretaciones y explicaciones, que, a su vez, contiene una trayectoria de tensiones, luchas, ocultamientos y confrontaciones. La investigación y su socialización son una vía que permite resignificar el enfoque de derechos y de la protección integral para repensar prácticas e intervenciones que contribuyan a que niñas, niños y adolescentes vivan dignamente y sean felices.

Bibliografía

Abramovich, V. y Pautassi, L. (2006). Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos. Ponencia presentada al Seminario los Derechos humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza. Buenos Aires: UNESCO.

Alvarado S. y Patiño J. (2013). Jóvenes investigadores en infancia y juventud, desde una perspectiva crítica latinoamericana: aprendizajes y resultados. Editoras Académicas - Centro Editorial CINDE - Childwatch - Universidad de Manizales.

Arendt, H. (1997). ¿Qué es la política?. Traducido por Rosa Sala Carbó. Ediciones Paidós, Barcelona. Título original: ¿Was ist Politik? Ausdem Nachla R. Piper GMBH & Co KG, Munich. 1995.

Barna, A. (2014). Clasificaciones y estimaciones en la gestión de la infancia "con derechos vulnerados. Prácticas cotidianas de intervención en un dispositivo estatal del conurbano bonaerense". Revista Antropolítica, N° 36, pp. 113-148, Niterói.

Beloff, M. (2001). Algunas conclusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos" en García Méndez, E. (Comp.) "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Buenos Aires: Editorial Ad HOC.

Carli, S. (1994). "Historia de la infancia. Una mirada a la relación entre cultura, educación, sociedad y política en Argentina". En Revista del IICE N° 4. Facultad de Filosofía y Letras. UBA. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.

Carli, S. (2006). Notas para pensar la infancia en la Argentina (1983-2001). En La cuestión de la infancia. Entre la escuela, la calle y el shopping. (Sandra Carli Comp.) Buenos Aires: Paidós.

Cillero Bruñol, M. (2001). Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva, Revista Justicia y derechos del niño N° 3. UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Buenos Aires.

García Méndez, E. (1991). Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina. En Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los derechos. Editorial Galerna. Unicri.

Guemureman, S. y Daroqui, A. (2001). La niñez ajusticiada. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Iglesias, S., y otros (1992). Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño. En Derecho a Tener Derecho. Tomo I. Unicef., Instituto Interamericano del Niño.

Lerner, G. (2006). La redefinición de las funciones de los órganos administrativos y judiciales en la protección de los derechos de los niños en la Ley 26.061. En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 35. Lexis Nexis.

López, O. (2016). Las políticas públicas en la Ley 26.061: de la focalización a la universalidad en García Méndez, E. (Comp.). Protección Integral de Derechos de Niñas y Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061. Cap. VIII. Editores del Puerto.

Vergara del Solar, A. (2007). La intervención social como conflicto. El caso de la infancia y juventud en Chile. En Revista Praxis. Año 9. N° 1. Santiago.

Villalta, C. (2010). La administración de la infancia en debate. Entre tensiones y reconfiguraciones institucionales. *Estudios en Antropología Social*, Vol. 1 (2).



Impacto del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en la órbita de la salud de niños, adolescentes y jóvenes: la atención al superior interés de la niñez y la adolescencia

Lujan Liliana Rocca *

Resumen

Desde el año 2015, la República Argentina cuenta con un nuevo instrumento legal: el Código Civil y Comercial de la Nación. El mismo ha sumado herramientas en el panorama jurídico argentino para efectivizar los derechos de los niños, adolescentes y jóvenes. El nuevo código es parte de un sistema jurídico respetuoso de principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía: la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que el país sea parte. Ha incorporado una serie de consideraciones que, al momento de resolver cuestiones vinculadas con el derecho personalísimo a la salud en niñez y adolescencia, marcan un cambio de rumbo. Entre ellas destaca la atención del superior interés del niño como criterio rector

* Magister en Derecho de Familia y Derecho de la niñez - Universidad de Barcelona; Abogada egresada de la Universidad de Rosario; Prof. Universitaria en Ciencias Jurídicas egresada de UCEL, Rosario, Especialista en Educación y TIC egresada del Instituto Nacional de Formación Docente de República Argentina; Profesora Adscripta de la Residencia de Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes de la Facultad de Derecho de la UNR, Profesora Adscripta de la Cátedra de Insolvencia de la Facultad de Derecho de la UNR; Profesora Asociada de la Cátedra de Concursos y Quiebras, Universidad de Ciencias Empresariales de UCEL; autora de numerosos artículos y ponencias, disertante en eventos nacionales e internacionales.

que orienta la actuación en salud, por el impacto que tiene dicha consideración en las acciones, medidas, prácticas y decisiones que involucren a la niñez y la adolescencia o ante la necesidad de resolver un conflicto con otros intereses igualmente legítimos.

Palabras claves: *interés superior del niño, Código Civil Nación argentino, salud, derechos personalísimos, Artículo 26 CCCN.*

Introducción

El presente tiene como objetivo conocer y analizar el impacto jurídico de uno de los ejes trascendentes del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante el CCCN) en materia de salud y niñez. Este es el que obliga a la atención del superior interés de la niñez y la adolescencia en cuestiones que los involucran y particularmente, cuando se trate del ejercicio de su derecho personalísimo atinente al cuidado de la salud y el propio cuerpo.

Para ello se recurrió a la metodología del estudio descriptivo, cualitativo de la nueva normativa civil argentina (comprensiva de los microsistemas de salud y niñez), de pautas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de Observaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Es posible adelantar que como resultado se evidencian algunas cuestiones trascendentes:

– El nuevo código es parte de un sistema jurídico respetuoso de principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía: Constitución Nacional y tratados de derechos humanos en los que el país sea parte (Art. 1º CCCN).

– Se introduce la consideración del niño y adolescente como sujeto de derecho.

– Se adoptan el principio de la autonomía progresiva y la atención del superior interés del niño como criterio rector que orienta la actuación en niñez y adolescencia.

– Se conjuga el texto del Código Civil y Comercial con la legislación previa que regula los microsistemas de Salud y Niñez, constituyéndose la regulación del código en el núcleo duro de los sistemas de salud y niñez, que quedan diseñados con sus reglas generales en el centro y alrededor la legislación pre existente que no se deroga.

Las prácticas de salud en niñez y adolescencia. Situación a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial argentino

El CCCN fue aprobado en fecha 1/10/2014 por Ley 26.994 del Honorable Congreso de la Nación Argentina, sancionada el 1/10/2014 y promulgada el 7/10/2014, publicada en el Suplemento del Boletín Oficial en fecha 8/10/2014, conforme al texto según Ley 27.077, publicada en el Boletín Oficial el 19/12/2014 Fe de erratas: BO 10/10/2014, página 10. Siendo la fecha de entrada en vigor fijada para el 1/8/2015.

Este instrumento jurídico ha impactado en la órbita de la Salud a través de la consideración del derecho a la salud como un derecho constitucional supremo, del respeto del principio de la autonomía progresiva de los niños y jóvenes, la atención del superior interés del niño en la toma de decisiones que los involucran, la recepción de la teoría del consentimiento informado y la consideración de los derechos del paciente como eje en la prestación médica.

Puede inferirse que, en cuestiones de salud de niñez y juventud, el tratamiento jurídico se ha visto mejorado con el dictado del Código porque se ha introducido un enfoque de la cuestión desde la perspectiva de derechos. Es necesario ahora que se traslade este avance a la efectivización de estos derechos reconocidos en la norma, evitándose así la vulneración de los mismos en la materia que tratamos.

La norma en estudio recepcionó y reguló la salud desde el posicionamiento jurídico, social y médico que sostiene que las enfermedades son biopsicosociales. Esto no es nuevo, ya que *la Organización Mundial de la Salud* había adoptado esta definición hace tiempo, sosteniendo que “*La salud*

es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (1).

De este modo en nuestro país se ha pasado de regular las cuestiones atinentes a la salud en base a un paradigma liberal igualitario –contenido en el anterior Código de Vélez Sarsfield– a una regulación cimentada en el paradigma autonómico –que plantea el nuevo código– y el principio igualitario. Este cambio implica que se reconoce la existencia de grupos vulnerables a los cuales se les debe brindar un tratamiento jurídico diferenciado y obliga a una nueva mirada del tema de salud y en especial de la salud de la niñez y adolescencia. Particularmente –en primer lugar– porque la entrada en vigencia del CCCN “ilumina” al microsistema de la salud en general. Y –en segundo lugar– al estar los niños, niñas, adolescentes y jóvenes entre la protección y la desprotección, es necesario informar y capacitar preventivamente sobre la temática a todos los operadores y profesionales de la salud y a los mismos jóvenes, en competencias y habilidades personales. De este modo en materia de niñez y adolescencia la nueva normativa se adecua a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN) que desde 1994 tiene rango constitucional, en armonización también con las normativas de protección integral provinciales y nacionales preexistentes.

El Microsistema de la salud previo al dictado del CCCN

En materia de salud existían, previamente al dictado del código, una serie de normas que de manera dispersa regulaban diferentes aspectos del derecho a la salud. Entre ellas, la Ley Nacional 26.529 de los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud, la Ley Nacional 26.682, de marco regulatorio de medicina prepaga, Ley Nacional 26.742, que modifica a Ley de los derechos del paciente en su relación con

(1) La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

los profesionales y las instituciones de salud, en aspectos como consentimiento informado, directivas anticipadas entre otros, la Ley Nacional 26.657 de derecho a la protección de la Salud Mental que equipara las afecciones de adicciones a las problemáticas de salud mental, entre varias normas dispersas en los ordenamientos nacionales y provinciales. Por tanto, existía una normativa sanitaria que regulaba la temática, pero la mirada desde una perspectiva de derechos para la niñez y la adolescencia se trataba sesgadamente.

El sistema jurídico de la salud en la actualidad

Los codificadores decidieron consignar en el código las reglas generales para el sistema, que han pasado a ser un imperativo jurídico; estas reglas generales “iluminan” los microsistemas, no los derogan. Por ello la doctrina nacional sostiene que, en la norma en estudio, existe un “diálogo de fuentes” en alusión al CCCN como factor de integración de los microsistemas –las leyes especiales– que no configuran universos aislados, sino que son parte de un sistema normativo. Así el código tiene por tanto una función de “cohesión”, que se evidencia en la incorporación de principios constitucionales y los tratados de derechos humanos de manera expresa; a nosotros nos interesa particularmente la situación que se genera en vinculación con la CIDN. Esto requerirá, por tanto, una “nueva exegesis”, con el auxilio de la opinión de los jueces motivando sus resoluciones, más un papel protagónico de la doctrina nacional como instrumento facilitador de este diálogo de fuentes.

De acuerdo a lo antes expuesto –en función de la configuración del plexo normativo descripto– la situación de salud en niñez y adolescencia queda diseñada de la siguiente manera.

El Código denomina persona menor de edad a la persona humana que no cumplió 18 años, momento en el que se adquiere de manera definitiva la capacidad de ejercicio de los derechos. Mientras que incorpora la categoría de adolescente, entendiendo por tal a la persona humana menor de edad que cumplió 13 años. Los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo, los niños, adolescentes y jóvenes pueden ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, cuando cuentan con edad y grado de madurez suficiente y solicitar asistencia

letrada. Por otro lado, tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial y participar en las decisiones sobre su persona (Art. 26 CCCN).

Respecto de los derechos relacionados con el cuidado del propio cuerpo y la salud, el código estructura el ejercicio, en el Art. 26, en base a presunciones y a la consideración de la complejidad y/o efectos eventuales del acto médico. Fija un piso etario para el ejercicio de estos derechos en forma personal y directa (13 años) y un tope (16 años); a partir de este momento las reglas propias del sistema de los menores de edad no son aplicables en base a la presunción que la norma establece a su favor es mayor de edad para la toma de decisiones vinculadas con el cuidado de su propio cuerpo y su salud. Finalmente –opinión que no es pacíficamente aceptada en doctrina– se diferencia el otorgamiento de un contrato médico (acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad) de la competencia o aptitud del adolescente para tomar decisiones frente a actos y/o tratamientos médicos (ejercicio de un derecho personalísimo).

Así respecto de los adolescentes entre 13 y 16 y en materia de salud, se presume su aptitud para decidir por sí en materia de tratamientos no invasivos, que no comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. En cambio, deben prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores en materia de tratamientos invasivos, que comprometen su estado de salud o que ponen en juego su vida o integridad física. En caso de CONFLICTO se dirime acudiendo a su superior interés, con base en la opinión médica referida a las consecuencias de realizar o no el acto médico, opinión que debe ser respetuosa del interés superior del niño, adolescente o joven. Una consecuencia práctica de esta regulación se ve cuando llega al servicio un adolescente con 16 años cumplidos. Debe ser considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo y su salud. Por ejemplo un adolescente que presenta un caso de adicciones o consumos problemáticos deberá ser tratado conforme las pautas que establece la Ley de Salud Mental considerando también la normativa de protección integral de derechos cohesionadas por estas previsiones del CCCN; de esa forma la internación (voluntaria o involuntaria) es un recurso terapéutico excepcional que debe concretarse en un hospital general, solo cuando no es posible un abordaje ambulatorio y cuando a criterio del equipo

de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Y en esos casos no deben prosperar las internaciones ordenadas judicialmente “para protección de persona” a pedido de familiares o para solucionar problemas sociales o de vivienda.

Se ha receptado la tendencia del derecho comparado conocida como “doctrina de la capacidad natural”, que sostiene que el ejercicio de derechos fundamentales de los niños, adolescentes y jóvenes depende de las efectivas condiciones de madurez. Estas últimas se van adquiriendo progresivamente hasta llegar a una total plenitud. Y en materia de actos médicos se incorpora el parámetro de “mayoría anticipada”. Este principio no nos era ajeno, puesto que varias normas ya reconocían esta capacidad natural, entre ellas la Ley 26.529, Ley de Derechos del paciente que incorporó por conducto de su reglamentación –Decreto 1.089/2012–, el Art. 2º inc. e), “[...] *Los niños y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud [...]*”.

TODAS LAS DECISIONES EN LAS QUE SE ENCUENTRAN INVOLUCRADOS UN NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE O JOVEN DEBE RESPETAR EL SUPERIOR INTERÉS DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE O JOVEN.

Hasta aquí el panorama general en materia de salud en niñez y adolescencia, en el cual destacan los ejes mencionados de concepción de la salud como un derecho constitucional supremo, respeto del principio de la autonomía progresiva de los niños y jóvenes, atención del superior interés del niño en la toma de decisiones que los involucran, recepción de la teoría del consentimiento informado y consideración de los derechos del paciente como eje en la prestación medical.

Nos centraremos entonces en la trascendencia de la recepción del superior interés del niño por el derecho privado nacional y el impacto en cuestiones del derecho personalísimo al cuidado del propio cuerpo y la salud.

La normativa argentina adhiere al modelo –en materia de atención de niños, adolescentes y jóvenes– que busca la descentralización y el acercamiento de la protección directa a la comunidad de pertenencia del niño o joven, extendiendo los beneficios de la aplicación del criterio del superior

interés del niño y jóvenes para resolver cuestiones vinculadas con los sujetos hasta los 18 años.

Nuestro ordenamiento jurídico ha roto con la lectura sesgada de los derechos de la niñez en pro de una visión más amplia, obligando a los operadores de la salud, el derecho, sociales y de la justicia a trabajar interdisciplinariamente.

En virtud del diálogo de fuentes ya mencionado, la CIDN, no puede ser dejada de lado al momento de actuar en salud. Este instrumento internacional aporta cuatro principios rectores cuya consideración ordena la lectura e interpretación de los derechos de la infancia y la adolescencia reconocidos en su texto: el de no discriminación (Artículo 2º de la CIDN), el del interés superior del niño (Artículo 3º de la CIDN), el del derecho intrínseco a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (Artículo 6º CIDN) y el del ser oído activamente conforme su edad y grado de madurez (artículo 12 de la CIDN).

De esta forma el principio del interés superior del niño asume el rol de un principio rector en la toma de decisiones que involucran a la niñez y a la adolescencia, ahora también en cuestiones que hacen al derecho personalísimo del cuidado de la salud y de su propio cuerpo.

¿Cuándo se satisface este interés? La respuesta no es unánime. Para una parte de la doctrina este principio, formulado como concepto jurídico indeterminado, ha sido esencial en el derecho de familia del mundo occidental, particularmente en el derecho de familia del continente europeo. Por ende, esta cláusula abstracta del interés superior del niño comienza como norma doméstica y luego se internacionaliza. El peligro de esta postura es usar las previsiones limitadas, incluidas en los derechos domésticos, para interpretar el Artículo 3º de la CIDN (2). Para otro sector doctrinario, la comunidad internacional reconocía principios y normas fundamentales antes de la aprobación del CIDN, confirmando la aceptación de esta norma la característica de derecho consuetudinario que tienen sus previsiones. El generalizado reconocimiento y la aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las

(2) Ravetllat Balleste, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto, op. cit., pp. 906 y ss.; se hace un interesante estudio de la situación en Francia, Italia y Reino Unido.

normas sobre derechos humanos de los niños y adolescentes contenidos en la Convención, podría indicar el carácter consuetudinario de las normas sobre sus derechos que la Convención contiene, concluyendo que el principio del interés superior del niño existiría con anterioridad a la entrada en vigencia de la CIDN, por su carácter de norma consuetudinaria aceptada por toda la comunidad internacional. En conclusión, el Interés Superior del Niño sería, para este segundo grupo, una norma consuetudinaria de derecho internacional positivizada por la Declaración de los derechos del niño y la CIDN.

Esto no aporta demasiada luz a la necesidad de precisar el contenido y alcance de este principio. Pero cualquiera sea la postura que adoptemos, lo cierto es que esta cláusula irrumpe de manera definitiva en el derecho de niñez y lo hace como clausula abstracta, como principio jurídico indeterminado.

Resulta de interés ahondar en las decisiones del legislador argentino respecto de la recepción de este principio jurídico indeterminado en el microsistema argentino de la protección integral para luego evaluar la recepción del mismo en el sistema de salud.

Microsistema de la Protección Integral de los derechos de niños, adolescentes y jóvenes.

La protección integral diseñada por el sistema jurídico de la niñez y adolescencia en Argentina, está estructurada en base a las previsiones de la CIDN y la Constitución Nacional, La Ley Nacional de Protección integral y Leyes provinciales de Protección Integral –mencionadas en orden de jerarquía, no de aparición cronológica–, desde 2015 las reglas generales del Código Civil y Comercial de la Nación, que cumplen la función de “núcleo duro” del sistema de la niñez, como antes se relató en las cuestiones de salud, a efectos de dar cohesión al sistema jurídico y decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de niñez y adolescencia.

La Ley Nacional de Protección integral y leyes provinciales de Protección Integral integran lo que denominamos “microsistema de la protección integral de la niñez y la adolescencia”, existían antes del dictado del CCCN, no han sido derogadas, sino que lo complementan. El legislador argentino –

entonces— había tomado algunas decisiones en función de objetivar el criterio indeterminado del Superior Interés del Niño y aportar luz a la respuesta de la pregunta cuándo se satisface dicho interés. La necesaria adecuación de las diferentes normativas internas a la CIDN culmina con la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral, quince años después de que el tratado fuera aprobado. Pero a partir de 1994, en Argentina, se había sumado al reconocimiento de los derechos del niño y adolescentes efectuado por la CIDN y la recepción del principio del Superior interés del Niño como criterio indeterminado, el reconocimiento y protección en el ordenamiento legal nacional a través de la incorporación de la CIDN a la Constitución Nacional, en el Art. 75, inc. 22, junto con otros tratados de derechos humanos expresamente mencionados por el constituyente.

El principio del Superior Interés del Niño, está contenido en el Art. 3.1 de la CIDN cuando afirma que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Convención también alude al Interés Superior del Niño a lo largo del articulado. Así podemos verlo en el Artículos 9º, 18, 20, 21 (obliga a los Estados que reconocen o admiten la adopción a velar para que en la materia el interés superior del niño sea la consideración primordial), 37, 40 CIDN.

Efectuando una consideración jurídica del texto del Art. 3º de la CIDN, observamos que el principio debe tomarse en consideración tanto cuando se hace referencia al niño o adolescente individualmente como cuando se alude al colectivo de la infancia y la adolescencia. Los destinatarios obligados a respetarlo son los tres poderes, instituciones públicas o privadas, sujetos particulares como los progenitores, tutores, representantes, etc. Asimismo, se fija en abstracto el alcance de este principio, el que debe ser una consideración primordial a tener en cuenta por los destinatarios, si bien no la única, aunque con preeminencia respecto de otras pretensiones que lo contraríen.

La CIDN en el Artículo 3º no dota de un contenido efectivo a este concepto jurídico indeterminado: no define, no brinda indicadores, resultando así que la interpretación queda librada al juicio y al hacer de la persona, institución u organización que lo debe aplicar, más aún cuando de instituciones

de salud se trata, tanto en la órbita pública como privada y en la relación de la institución con el niño o adolescente y con su propia familia. Se podría hablar *–prima facie–* de subjetividad de la cláusula en cuanto a su interpretación y aplicación.

Adelantando la opinión final, la formulación jurídica de este principio, en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, supone una constatación de un principio general del derecho que se ha convertido en una realidad *–contemplada de modo expreso en nuestro ordenamiento jurídico–* con base en el rango constitucional que ostenta. Tiene una función garantista porque implica un deber del Estado en pos de efectivizar los derechos subjetivos. Necesariamente debe ser considerado en tres vertientes: integración, interpretación /procedimental y derecho. Por un lado, cumpliendo una función de integración, porque es una norma orientadora que obliga a los poderes e instituciones. Por otro lado, debe ser vista su función de norma de interpretación y procedimental que debe aplicarse para toda resolución de conflictos vinculada con la niñez. Finalmente, su vertiente sustantiva le asigna una función de garantía para la niñez porque toda decisión que los involucre debe fundadamente cimentarse en sus derechos. Es entonces necesario contemplar las tres dimensiones del concepto del interés superior del niño y los adolescentes: como derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento.

Tiene también un carácter relacional, porque se entiende que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, debe priorizarse el interés superior del niño o adolescente, sobre cualquier otro que pueda afectar sus derechos, y debe primar por sobre el interés de sus progenitores, representantes, profesionales e instituciones de salud, de la sociedad y del Estado mismo.

Cuando hablamos del interés superior del niño, estamos refiriéndonos a un interés primordial, vinculado con los derechos humanos de la niñez. Por esta razón y porque las facultades de protección de niños, adolescentes y jóvenes constituyen un poder no delegado al gobierno federal por las provincias *–conforme al Art. 121 de la CN–* las provincias argentinas regularon antes que la Nación la materia de la protección integral. En virtud del mencionado Art. 121 de la CN, las provincias conservan todo el poder no dele-

gado por la constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación; las cuestiones sobre protección integral en niñez y adolescencia se encuadran en esas facultades.

Las legislaciones provinciales fueron recepcionando algunos principios de la CIDN, antes de hacerlo el derecho federal; cronológicamente fueron primero y principalmente las provincias argentinas las que dieron cumplimiento al mandato que exige que los estados adecuen sus legislaciones para garantizar los derechos incluidos en el tratado (Art. 4º CIDN). Más de la mitad de las provincias argentinas fueron aprobando leyes con diferentes grados de desarrollo de los derechos contenidos en la CIDN, diversos mecanismos institucionales y variados mecanismos de exigibilidad. De este modo en Argentina, al derecho público local le ha resultado más fácil renovarse a partir de la CIDN que al derecho federal. En la órbita federal la norma legal expresa que recepcionó los derechos del niño y adolescente como objeto de reconocimiento en la Carta Magna, fue la Ley 26.061 –sancionada el 28/09/05, promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005– denominada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” que asegura la protección a este grupo etario. En consecuencia, esta norma establece la vigencia del principio del interés superior del niño en todo el territorio de la República Argentina.

Por lo expuesto la normativa de protección integral argentina, tanto a nivel provincial como federal, se movió –aunque de manera lenta e inorgánica– en consonancia con el compromiso asumido por el Estado al ratificar la CIDN y reconocerle a este instrumento rango constitucional. Así se fueron incorporando en las legislaciones, doctrina y jurisprudencia nociones que reconocieron al niño y adolescente como sujeto de derechos, su competencia para ejercer sus derechos de manera gradual en función de su madurez y desarrollo, el derecho a ser escuchado de manera activa y protagónica en cuestiones que los involucran y fundamentalmente la aplicación del Interés Superior del Niño en las actuaciones administrativas, judiciales y familiares. Esto debía llevar a obtener la solución más adecuada y beneficiosa, para lo cual no hay certezas absolutas.

La concepción clásica del Interés Superior del Niño, identificaba la atención de este interés con el logro de la estabilidad emocional e integración social, es decir cuando se toma la decisión que a juicio del intérprete es la mejor para el niño. Esta mirada debe necesariamente ser abandonada para plantear la cuestión desde la perspectiva de derechos. Esto significa adoptar el posicionamiento que se centra en la defensa de los derechos de niños y adolescentes, tratando de conciliarlos con otros si hay conflicto entre ellos, haciendo prevalecer lo derechos de la niñez si no es posible la conciliación, sobre cualquier otro derecho o interés legítimo.

Resulta de notorio interés y consideración la Observación N° 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, del 29 de mayo de 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial, porque parte de un enfoque desde la perspectiva de derechos y puede ser considerada una fuente de la cual se inspira el legislador argentino al momento de diseñar la legislación sobre protección integral. El Comité identifica tres dimensiones del Interés Superior del Niño como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y norma de procedimiento. Establece un ámbito de aplicación y control de carácter universal de este principio, en el sentido de que debe ser una consideración que obligadamente deben priorizar los gobiernos, las autoridades administrativas y judiciales y entidades públicas a través de sus agentes en sus decisiones individuales, la sociedad civil y el sector privado cuando deciden en relación con la niñez, y las personas que se relacionan con niños (padres y cuidadores) en las directrices adoptadas. Esta observación tiene en cuenta especialmente el procedimiento a seguir al momento de tomar decisiones concernientes a niños y adolescentes, diferenciando dos etapas a observarse: primero la evaluación del Interés Superior del Niño que llevará a valorar las circunstancias personales y del caso concreto y segundo la determinación del interés del niño, aludiendo a la dimensión del Interés Superior del Niño como norma de procedimiento, lo que implica –en el caso particular– la observancia de pautas que el Comité señala como formalidades básicas: derecho del niño a expresar su opinión, respeto del factor tiempo, representación letrada, participación de profesionales cualificados, decisión motivada y mecanismos de revisión para la decisión tomada.

Volviendo a la Ley Nacional de protección Integral, esta norma en su Artículo 3º hace un esfuerzo por objetivar el concepto del Superior Interés del Niño al consignar expresamente qué es lo que la ley entiende por superior interés del niño o adolescente. Adoptando la mirada de la perspectiva de derechos, afirma que debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que la ley reconoce. A continuación detalla algunas pautas que deben obligatoriamente respetarse y sumarse a esa satisfacción: su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, la 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 y el centro de vida.

La norma determina un ámbito de aplicación, de manera que este principio rige en cualquier materia y en cualquier ámbito cuando de un niño, adolescente o joven se trata, lo que obviamente incluye el ámbito de la salud. Fija también una función relacional de este criterio para el caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, determinando expresamente que siempre prevalecerán los primeros.

En nuestro país, uno de los efectos jurídicos importantes de la constitucionalización de los derechos de niños y adolescentes –como ya se dijo por la incorporación de la CIDN al Art. 75 inc. 22 CN– fue el reconocimiento de la obligatoriedad de la aplicación de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de niñez y adolescencia. El constitucionalista argentino Néstor Sagües, ha sostenido que para un caso concreto tratado por la Comisión o la Corte IDH, el Estado (y sus tribunales) deben hacer el mejor esfuerzo para cumplir y atender a las recomendaciones de la Comisión IDH, pero estas no tienen vigor de cosa juzgada y pueden no ser compartidas por la Corte IDH. Para casos distintos de los tratados por la Comisión IDH y la Corte IDH el criterio sostenido en consultas, sentencias o recomendaciones es relevante y debe seguirse, pudiendo los tribunales locales apartarse en caso de una circunstancia “rara, muy especial, grave y extraordinaria” que justifique tal apartamiento.

En concordancia con ese posicionamiento, el Estado debe hacer el mejor esfuerzo para cumplir y atender a las recomendaciones de la Comisión IDH, lo que impacta sin duda en la órbita de la salud, considerada como derecho humano y los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Es por ello, que debe sumarse a las determinaciones analizadas en las leyes provinciales y la ley nacional de protección integral sobre el superior interés del niño, lo que la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 17/2002, del 28/08/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido al respecto. En dicha opinión consultiva se ha caracterizado al superior interés del niño como un *“principio regulador”* de la normativa de los derechos de niños y adolescentes y definido como un *“punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”*. Y ha dicho que *“En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”*.

Esta opinión consultiva está muy ligada a la OG 12 del 2009 del Comité sobre los derechos del niño que vincula el interés Superior del Niño con el derecho constitucional de niños y adolescentes a la escucha. Si bien la opinión del niño no es determinante, pesa especialmente al momento de construir dicho interés, puesto que, en caso de apartarse de esa opinión, esa decisión debe reunir argumentaciones de peso suficiente que justifiquen contradecirla. La OG 12/2009 claramente expresa que el Art. 3.1 de la CIDN (Interés Superior del Niño) no puede aplicarse si no se cumplen correctamente los requisitos del Art. 12 CIDN (derecho a la escucha).

El Art. 3º CIDN refuerza la funcionalidad del Art. 12 CIDN porque facilita el papel esencial de los niños y adolescentes en *“todas las decisiones que afecten su vida”*. El Interés Superior del niño debe entonces, objetivarse también, escuchando al niño o adolescente en el caso concreto, escuchando al colectivo en cuestiones atinentes al cuidado de la salud y del propio cuerpo, resolviendo los conflictos con otros intereses legítimos a partir de la escucha

que no podrá prescindir de las pautas legales antes analizadas y contenidas en la legislación de protección nacional de nuestro país que extiende el beneficio de la consideración del principio del Interés Superior del Niño a todo el territorio nacional.

La satisfacción del interés Superior del niño y adolescente en cuestiones de salud.

Para cerrar este análisis que intenta precisar los alcances del principio del Interés Superior del Niño, el que se introduce en nuestro sistema jurídico como principio jurídico indeterminado formulado en la CIDN, retomamos entonces lo dicho respecto a las decisiones tomadas por los redactores del Código Civil y Comercial de la Nación, ante el panorama del microsistema de la niñez existente al momento de dictar el código, integrado por la normativa Constitucional y los Tratados de Derechos Humanos, las leyes de protección integral a nivel provincial y nacional y las opiniones consultivas de la Comisión IDH; resultan también orientadoras las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.

El código, según lo previsto en el Art. 1º CCCN, es parte de un sistema jurídico respetuoso de principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, como lo son Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que el país sea parte. Los codificadores decidieron entonces consignar en materia de salud las reglas generales para el sistema. Pero estas reglas han pasado a ser un imperativo jurídico desde su incorporación en el cuerpo normativo. Deben ser vistas como reglas generales que “iluminan” los microsistemas de salud y niñez, no los derogan. Existe así un “diálogo de fuentes”, por ser el CCCN un factor de integración de los microsistemas, de las leyes especiales que son parte de un sistema normativo. El código tiene por tanto una función de “cohesión”.

La incorporación de principios constitucionales y los tratados de derechos humanos de manera expresa, favorece la efectivización de derechos de niños, adolescentes y jóvenes en la materia que estamos trabajando. Esto obliga a actuar en un determinado sentido al momento de tomarse cualquier

decisión vinculada con el cuidado de la salud y del propio cuerpo o generarse un conflicto entre la decisión personal del niño, adolescente o joven y la decisión de sus padres, tutores legales y/o profesionales sanitarios actuantes.

En primer lugar, se hará necesario entonces identificar en cada situación de conflicto en la que se invoca el Interés Superior del Niño como preferente, cuál es el derecho que le asiste al niño o adolescente en ese caso, cuya defensa está encomendada a la familia, autoridad administrativa, sanitaria o judicial. En segundo lugar, habrá que garantizar el ejercicio de ese derecho identificado, ya que en eso radica su interés. En tercer lugar, deberá ponderarse que esto no implique una vulneración de otro derecho que le incumbe al niño o adolescente, pues en este caso y solo en este supuesto podría limitarse o excluirse el ejercicio de ese derecho, precisamente atendiendo a su interés. En cuarto lugar, el Interés del niño o adolescente así identificado siempre prevalece sobre derechos e intereses de terceros. Así los profesionales y operadores de la salud, para determinar la prevalencia del Interés Superior del Niño, deberán analizar los derechos en juegos, ponderar las circunstancias del caso concreto y atender un deber: el de priorizar la medida que mejor garantice el ejercicio de esos derechos, tanto el que directamente le concierne al niño o adolescente como a los otros que pudieran verse afectados. La decisión médica debe respetar todos los derechos reconocidos, si ello no fuera así, deben fundamentarse los abordajes de las prácticas y decisiones que se tomen en consecuencia, con fundamento en dos ejes: el interés superior del niño, adolescente o joven y la opinión médica respecto de la realización del acto, que no puede prescindir de este principio rector.

Lo mismo ocurre para el caso de intereses que se presenten –igualmente legítimos– junto al Interés Superior del Niño: en primer lugar, buscarán conciliar esos intereses, pero de no ser posible prevalece el interés del niño. Una decisión tomada por lo que el profesional, institución o familia decidan o crean de manera unilateral que es lo mejor para ese niño o adolescente no es una decisión fundamentada en la consideración del superior interés de ese sujeto de derecho. Verdaderamente será satisfecho dicho interés cuando la actuación en concreto atienda a los criterios legales: la máxima

satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que la ley reconoce a ese niño o adolescente, con el plus de tener en consideración que es un sujeto de derecho, que tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta (para lo cual no debería dejárselo fuera del acto de consentimiento informado), que la medida respete necesariamente el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, que tenga en cuenta la edad, el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y las condiciones personales, y se logre —con la toma de esa decisión— el equilibrio entre los derechos y garantías de ese niño o adolescente y las exigencias del bien común y el centro de vida.

La decisión también debe asegurar la efectiva realización de los derechos contemplados en los instrumentos jurídicos de protección integral a fin de permitir al niño o adolescente un más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, siempre atendiendo a las particularidades caso.

Esto ha impactado en las prácticas de salud que se dan cotidianamente. Vaya como ejemplo algunas situaciones que deberían resolverse en base a la consideración de este superior interés. Si es menor de 13 años deberá requerirse el consentimiento informado de sus progenitores y/o tutores. Si es un adolescente deberá atenderse también a las tres situaciones contempladas por el CCCN:

a. Pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud ni provocan riesgo en su integridad física y síquica: la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para ese acto.

b. Si se trata de un procedimiento invasivo que sí compromete la salud o la vida requiriendo la asistencia de los representantes y/o tutores y el consentimiento informado del adolescente. Frente a un conflicto entre la opinión del adolescente y sus progenitores y/o representantes se acude a la resolución judicial respetuosa del Interés Superior del Adolescente y la opinión médica respecto de efectuar tal procedimiento, respetuosa de dicho interés.

c. Tratándose de un adolescente con 16 años cumplidos es considerado un sujeto de derecho mayor de edad a los efectos de la toma de decisiones vinculadas con el cuidado de la salud y del cuerpo.

Entre otros ejemplos deberían resolverse con esas pautas las solicitudes formuladas por los sujetos de derecho sobre tratamientos en casos de usos y consumos problemáticos de tecnologías y sustancias; solicitudes sobre salud sexual reproductiva; solicitudes vinculadas con el derecho a la interrupción del embarazo; solicitudes vinculadas con tatuajes y piercings; solicitudes vinculadas con directivas anticipadas formuladas en debida forma, políticas de salud preventivas y de capacitación en materia de salud dirigidas al colectivo de la infancia y la adolescencia, etc.

Se pueden citar en apoyo de esta opinión, algunos precedentes que reconocieron el ejercicio de derechos personalísimos por los menores de edad como la autorización para cirugía de readecuación sexual y registral peticionada por un adolescente, la admisión del ejercicio de derechos sexuales independientemente de la autoridad de sus padres, la continuación del embarazo adolescente, entre otros.

Conclusión

Conforme el análisis encarado del sistema jurídico argentino, las cuestiones de salud en niñez y adolescencia, hasta los 18 años, han sido fuertemente impactadas por el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación, que incorpora al derecho privado argentino la consideración del interés superior del niño, adolescente y joven. Por ello las acciones, medidas, prácticas y decisiones que involucren a la niñez y la adolescencia o deban resolver un conflicto con otros intereses igualmente legítimos deben encararse desde una perspectiva de derechos y conforme al modelo que busca:

- La descentralización de la atención,
- El acercamiento de la protección directa a la comunidad de pertenencia del niño, adolescente o joven,
- Aplicar la presunción de capacidad de todos los sujetos, como regla, lo que implica la recepción del principio de “capacidad progresiva”. El niño, adolescente o joven tiene competencia para decidir sobre cuestiones vinculadas con su derecho personalísimo al cuidado de su salud y su cuerpo. Esto no implica desautorización de los padres, sino respeto al derecho del niño, adolescente o joven a expresar su opinión y a que se lo escuche de manera

“activa y concreta” en asuntos de su interés por el peso especial que tiene su opinión para la construcción de su Interés Superior en el caso concreto.

– Que los sujetos menores de edad, de entre 13 y 16 años (categoría “adolescente” que incorpora el nuevo código) puedan petitionar por sí mismos, directamente, actos médicos que no requieran procedimientos invasivos ni comprometan su salud y no provoquen riesgo en su integridad física o síquica.

– Que en caso de que el acto petitionado enfrente al niño o adolescente a un tratamiento invasivo o que comprometa de alguna manera su integridad física o síquica, su salud o su vida se haga necesaria la “asistencia” de sus representantes y el “consentimiento” del mismo, entendida tal asistencia no como sustitución o representación, sino como apoyo al niño o adolescente que presta su consentimiento. Debiendo acudir en caso de conflicto a la solución judicial fundamentada en dos ejes: el superior interés del niño o adolescente y la opinión médica, científica, objetiva respetuosa de ese interés.

– Que desde los 16 años el sujeto sea considerado como un mayor de edad al efecto de la práctica médica petitionada, para tomar decisiones vinculadas con su derecho personalísimo al cuidado de la salud y su cuerpo.

– Que se aplique el principio del Superior Interés del niño o adolescente necesariamente como un criterio rector, partiendo de un enfoque de derechos, considerando su triple función de derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento y reconociendo su carácter de norma relacional para dirimir conflictos.

– Que el interés Superior del niño, adolescente o joven sea necesariamente una consideración al momento de tomar decisiones vinculadas con peticiones respecto de derechos personalísimos al cuidado de la salud y el cuerpo.

– Que el Superior Interés del Niño o Adolescente sea necesariamente un criterio rector de interpretación al momento de resolver un conflicto de salud fundado en el respeto de intereses igualmente legítimos, pero contrapuestos a la opinión del niño o adolescente.

– Que el Superior Interés del Niño o Adolescente, sea una consideración necesariamente aplicable a todo el colectivo de la niñez y la adolescencia, cuando el Estado diseña e implementa políticas públicas de salud (tanto en orden a la prevención, como a las políticas sanitarias en sí mismas consideradas), políticas sociales y políticas educativas.

Bibliografía

Aguilar Cavallo, G. *“El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, Estudios Constitucionales, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 223-247 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>, consultado el 23/04/2018.

Belof, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina*. Material proporcionado en Curso de Actualización en Derechos y Políticas Juveniles, Centro de Capacitación Judicial de la CSJ, Pcia. de Santa Fe y Asociación Tribunales, Rosario, 15 al 22/04/08.

CIDH Opinión Consultiva OC-17/2002, 28/08/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párrafos 56-61.

Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, Directores Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Título Preliminar y Libro Primero, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, disponible en infojus.gob.ar, consultado 25/06/2015.

Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Fama, M. V. y Herrera, M., *“Crónica de una ley anunciada”*, Revista La Ley, ADLA 2005, volumen 2005, pp. 5.809-5.814.

García Méndez, E. (compilador), Mizrahi, M. Capítulo V. “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26.061”, “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes-Análisis de la Ley 26.061”, Fundación Sur Argentina, editores del Puerto-2006.

García Méndez, Emilio, “Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral”, Ediciones Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 21.

Ley de protección integral nacional N° 26.061, disponible en servicios.infoleg.gob.ar, consultada el 14/07/2018.

Ley de protección integral provincial, provincia de Santa Fe, N° 12967 disponible en servicios.infoleg.gob.ar, consultada el 14/07/2018.

Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2012-C, p. 581.

Mosset Iturraspe, Jorge, “*Derecho Civil Constitucional*”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores 2011.

Observación General N° 14, Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, disponible en www.unicef.org, consultada el 14 de julio de 2018.

Observación General N° 15, Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, disponible en www.unicef.org, consultada el 14 de julio de 2018.

Ravetllat Balleste, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto, “Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Col 42, N° 3, pp. 903-934 [2015].

Sánchez Valverde Visus, Carlos “El interés superior del niño y de la niña. El debate ideológico a través de las denominaciones: ¿niño, niña? o ¿menor?”, *IPSE-ds* de 2016, vol. 9, ISSN 2013-2352, pp. 55-68.



El principio del interés superior del niño, en fallos de la corte constitucional colombiana, aplicado para solucionar conflictos judiciales

Vilma Lucía Riaño González *
Laura Vanessa Pérez Valle **

Resumen

La niñez en Colombia, antes y después del Acuerdo de Paz del 2016, vive una situación conflictiva permanente por lograr que sus derechos constitucionales sean respetados y garantizados.

Por ello la Corte Constitucional como guardiana de la actual Constitución Política, ha venido estudiando el Principio del Interés Superior, como horizonte para aplicarlo prevalentemente en la actuación judicial y administrativa de los múltiples casos que normalmente conocen las autoridades estatales.

En el orden político, presentamos un estudio a nivel doctoral que visibiliza la prevalencia del Interés Superior del Niño en la búsqueda de garantizar social y jurídicamente los derechos del niño, consagrados constitucionalmente desde 1991.

Palabras claves: *niño, interés superior, constitución política, corte constitucional, derechos de los niños, criterios jurisprudenciales.*

* Abogada y docente. Doctorante den Derecho. Universidad Libre.

** Abogada. Maestrante Derecho Privado. Universidad Libre.

El Interés Superior del Niño

Antes de 1924, los niños y niñas no eran considerados sujetos de derecho, no eran escuchados ni tenidos en cuenta. Sin embargo, luego de la Declaración de Ginebra, ideada por Eglantyne Jebb durante la Primera Guerra Mundial, saltaron a la luz la preocupación por visibilizar a los niños y niñas víctimas de la Guerra, quienes quedaron con secuelas difíciles de borrar.

Treinta y cinco años después, con la Declaración sobre los Derechos del Niño (1959), surge la preocupación de sacar al mundo que los intereses de los niños y niñas poseen un carácter superior y, por lo tanto, prevalecen frente a los intereses de los adultos. Asimismo, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), la preocupación fue más allá, había que darle voz al niño, quien necesitaba ser escuchado, en cada uno de los procesos donde se viera involucrado.

A partir de 1991, en Colombia, con la creación de la Corte Constitucional, como resultado de una nueva Constitución Política se han planteado a jueces, educadores, a la familia y a la sociedad en general, una serie de criterios para interpretar y aplicar los derechos de los niños y niñas cuando estos resulten amenazados y vulnerados por diferentes agentes y circunstancias fácticas.

Es por ello que, consideramos conveniente, revisar la situación actual de los niños y adolescentes a través de las estadísticas oficiales que son el resultado de los conflictos judiciales que se conocen a lo largo del país en un desafortunado aumento continuo.

Tomando como fuente datos de investigaciones de organismos estatales, como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se reseñan, en cifras, casos de violencia intrafamiliar, maltratos en hogares, muertes de niños y niñas por homicidios, por explotación, abusos sexuales y desplazamiento forzado por la violencia.

Por ser una institución reconocida a nivel nacional la encargada de elaborar el informe y considerando su contenido lo acogemos en la investigación, para retratar con él la situación real de la niñez, originaria de los con-

flictos sociales y judiciales que se reflejan en los fallos de los jueces constitucionales que han provocado los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, objeto de estudio de la presente investigación.

Las cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

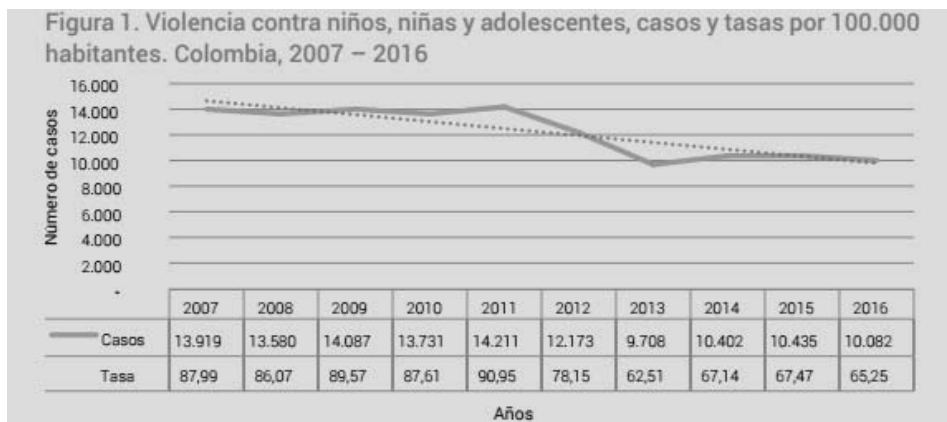
En el año 2016, se conocieron 26.473 casos de violencia al interior de la familia, donde sus resultados muestran que el 38,08 % de las víctimas fueron niños y adolescentes; esto por fuera de la violencia de pareja, la cual alcanzó un total de 77.182 casos. En cuanto al sexo de los niños y adolescentes víctimas, el mayor grado se dio para el sexo femenino, siendo insignificante la diferencia con el sexo masculino y las edades predominantes van de 10 a 14 años de edad.

En cuanto al agresor, resultaron ser los hombres los que predominan como maltratadores en esta clase de violencia infantil y en el ámbito familiar son los padres y madres, los primeros agresores.

Concluye el Instituto Nacional de Medicina Legal que la violencia en la convivencia hacia la infancia es muy antigua y que ha tenido diferentes denominaciones, tales como violencia intrafamiliar, violencia ascendiente o ascendente, maltrato filiar, abuso de padres y filio parental.

En Colombia en la década 2007-2016, la reciente edición de la revista Forensis (2017), reporta:

Durante el decenio 2007-2016 se conocieron 122.328 casos de violencias contra niños y adolescentes (NNA) ocurridos en Colombia, lo que significa aproximadamente 12.233 casos por año, 840 por mes y 28 por día. Las tasas más elevadas del periodo se presentaron durante 2011 y 2009 y, por el contrario, la menor tasa se registró en el año 2013. En el último año la cifra ascendió a 10.082 casos, 353 menos que en 2015, que significó una tasa de 65,25 por 100.000 habitantes. Pese a que la cifra es escandalosa, los casos de conocimiento del sistema forense presentan una tendencia a la disminución, como se aprecia en la Figura 1.



Fuente: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses/Grupo Centro de Referencia Nacional Sobre Violencia/Sistema de Información de Clínica y Odontología Forense/Tasas calculadas con base en las proyecciones de población DANE 1985-2020.

Aunque en el gráfico anterior se muestra una leve disminución, en las estadísticas año por año, permite observar la continuidad en este problema de tan alto impacto familiar y social, para el presente y futuro de la sociedad colombiana. De igual manera en cuanto a la violencia de los niños en la franja de la primera infancia, presenta un bajo número estadístico, lo que se explica muy seguramente dada la intimidad de la ocurrencia de los hechos y además de la necesidad de la exigencia de una denuncia por parte de los mismos padres agresores.

Según las características de los agresores son los padres y madres, entre el 28 y 29%, los primeros agresores de los niños y adolescentes, justificado por formas de corrección parental y muestra de autoridad, lo que es contrario a la creencia culturalmente arraigada de que los padres y madres proporcionan a sus hijos solo amor, cuidado y protección.

Los casos reportados en la estadística forense muestran que el 70% fueron maltratados con objetos contundentes y las agresiones se presentaron con mayor frecuencia en el tórax. Por otra parte, fue entre agosto y septiembre los meses que más se produjeron violencia contra niños y adolescentes, siendo los tres primeros días de la semana los de más alta manifestación de violencia.

La evidencia de las cifras que, históricamente, muestran las estadísticas oficiales, del Instituto Nacional de Medicina Legal, en un considerable periodo de tiempo posterior a la consagración constitucional de los llamados derechos fundamentales de los niños en Colombia, sobre el cimiento filosófico del Principio del Interés Superior, son la realidad que refleja la situación social de una población desprotegida, que sigue siendo víctima de la violencia, no solo intrafamiliar, sino social y política.

Realidad que no cambia, muy a pesar de los avances que la Jurisprudencia nacional ha desarrollado, en estas últimas décadas, sobre los alcances interpretativos con relación a los derechos de los niños, en la búsqueda de soluciones judiciales, a casos puntuales, que contribuyan a mejorar la percepción social sobre la urgente necesidad de garantizar la efectividad de tales derechos, que en la letra constitucional son fundamentales, prevalentes y están presididos por el Principio del Interés Superior.

Para la presente investigación, se analizaron 198 sentencias expedidas por la Corte Constitucional en las cuales se le dio aplicación al interés superior del niño, en relación con la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; todo esto durante el periodo comprendido entre los años 1992 y 2017; definiendo la alta corporación de cinco criterios para la mejor aplicación del principio del interés superior del niño, criterios que se analizan a continuación; utilizando los casos reales definidos en un grupo de sentencias seleccionadas.

A continuación, se explica la metodología empleada para la caracterización de las sentencias.

Metodología del análisis

Luego de haber realizado un recorrido por la historia, la filosofía, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional referente a las diversas situaciones en las que se ven afectados los niños y las niñas, se ha realizado un ejercicio matemático y estadístico, donde se tuvieron como muestra 198 sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana desde el año 1992 hasta 2017, objeto de estudio en esta investigación.

Para la realización de dicho ejercicio se utilizó el software SPAD.N (Système Protable pur l'Analyses de Données), el cual: "Es un paquete estadístico

general que implementa métodos descriptivos y multidimensionales aplicables a grandes matrices de datos cuantitativos, cualitativos o textuales” (Millet, s.f.).

El programa incluye utilidades propias de un sistema de software general tales como: selección de variables y casos, recodificación de datos, utilización de ficheros de trabajo y auxiliares, uso de etiquetas para la identificación de las variables, tabulación y representaciones gráficas de los resultados.

De forma general los métodos se pueden catalogar en los siguientes grandes grupos:

- Métodos estadísticos descriptivos básicos.
- Métodos factoriales.
- Análisis de correspondencias simples y múltiples.
- Análisis en componentes principales.
- Análisis lineal discriminante.
- Métodos de clasificación (p. 133).

El objetivo de este trabajo estadístico fue establecer grupos homogéneos para determinar las tipologías de las sentencias, su comportamiento, su dinámica dentro de la estructura que ha sido construida desde 1991 por la Corte Constitucional colombiana en relación con los casos que vinculan a niños y adolescentes.

El ejercicio permitió visualizar patrones a través de la escogencia de nueve variables correspondientes a:

- 1) Año de la sentencia.
- 2) Custodia.
- 3) Daño causado al niño.
- 4) Departamento del país.
- 5) Edad.

- 6) Sexo.
- 7) Derecho más vulnerado.
- 8) Criterio empleado por la Corte.
- 9) Persona o entidad demandada.

De esta manera se realizaron nueve grupos conformados por sentencias que coincidían en los aspectos establecidos en cada variable, y así se pudieron obtener cifras que explican la dinámica de las sentencias en su dimensión.

Para lo anterior, se utilizó la metodología del análisis de conglomerados y la estadística descriptiva, que se explica a continuación.

Análisis de conglomerados

Conglomerado es un conjunto de objetos (en nuestro caso sentencias de la Corte Constitucional) que poseen características similares. La palabra conglomerado es la traducción más cercana al término “cluster”, otros sinónimos son clases o grupos; pero es muy frecuente el empleo directo de la palabra cluster.

El análisis de conglomerados busca particionar un conjunto de objetos en grupos, de tal forma que los objetos de un mismo grupo sean similares y los objetos de grupos diferentes sean disímiles. Así, el análisis de conglomerados tiene como objetivo principal definir la estructura de los datos colocando las observaciones más parecidas en grupos.

Los propósitos más frecuentes para la construcción y análisis de conglomerados son los siguientes:

- La identificación de una estructura natural en los objetos; es decir, el desarrollo de una tipología o clasificación de los objetos.
- La búsqueda de esquemas conceptuales útiles que expliquen el agrupamiento de algunos objetos.
- La formulación de hipótesis mediante la descripción y exploración de los grupos conformados.

Varios son los algoritmos propuestos para la conformación de conglomerados, se desarrollan, de una manera muy esquemática los métodos jerárquicos, los métodos de partición o división, nubes dinámicas, clasificación difusa y algunas herramientas gráficas.

Para la situación que se analiza se ha considerado utilizar el método jerárquico, el cual sigue el siguiente algoritmo:

- Empieza con el cálculo de la matriz de distancias entre los objetos (sentencias). Se forman grupos de manera aglomerativa o por un proceso de división.
- Cada uno de los objetos empieza formando un conglomerado (grupos unitarios). Grupos cercanos se mezclan sucesivamente hasta que todos los objetos quedan dentro de un mismo conglomerado. Los métodos de división inician con todos los objetos dentro de un mismo conglomerado, éste es dividido luego en dos grupos, éstos en otros dos hasta que cada objeto llega a ser un conglomerado.

La Estadística Descriptiva para el análisis de datos cuantitativos

Consiste en resumir éstos, con uno o dos elementos de información (medidas descriptivas) que caracterizan la totalidad de los mismos.

La Estadística Descriptiva recolecta, describe, analiza, interpreta y presenta los datos de una población en forma de tablas y gráficas. Consiste sobre todo en la presentación de datos en forma de tablas y gráficas; así que se emplea simplemente para resumir de forma numérica o gráfica un conjunto de datos. Esta comprende cualquier actividad relacionada con los datos y está diseñada para resumir o describir los mismos sin factores pertinentes adicionales; esto es, sin intentar inferir nada que vaya más allá de los datos, como tales.

La Estadística Descriptiva es el método de obtener de un conjunto de datos conclusiones sobre sí mismos y no sobrepasan el conocimiento proporcionado por éstos. Puede utilizarse para resumir o describir cualquier conjunto ya sea se trate de una población o de una muestra, cuando en la etapa preliminar de la Inferencia Estadística se conocen los elementos de una muestra.

De esta manera se presentan las gráficas que reflejan los resultados de las tipologías de las sentencias, así como el análisis estadístico descriptivo de cada una de las variables propuestas.

Lectura de los resultados del análisis estadístico descriptivo univariado-sentencias

Se analizaron 198 sentencias proferidas por la Corte Constitucional de Colombia desde el año 1992 hasta el 2017. Como se puede observar en la Tabla N° 1, el año 2009 fue el periodo con mayor número de sentencias proferidas, 19 en total, que representan el 10% del total analizado. El menor número de sentencias proferidas por período fue 2, en los años 1992, 1995, 1996, 2001 y 2002, respectivamente.

Tabla N° 1. Frecuencias para la Variable 1: Año de sentencia

Año de sentencia	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
1992	2	0,01	2	0,01
1994	5	0,03	7	0,04
1995	2	0,01	9	0,05
1996	2	0,01	11	0,06
1998	4	0,02	15	0,08
1999	6	0,03	21	0,11
2000	7	0,04	28	0,14
2001	2	0,01	30	0,15
2002	2	0,01	32	0,16
2003	10	0,05	42	0,21
2004	14	0,07	56	0,28
2005	8	0,04	64	0,32
2006	10	0,05	74	0,37
2007	4	0,02	78	0,39
2008	8	0,04	86	0,43
2009	19	0,10	105	0,53
2010	8	0,04	113	0,57

Año de sentencia	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
2011	15	0,08	128	0,65
2012	11	0,06	139	0,70
2013	16	0,08	155	0,78
2014	9	0,05	164	0,83
2015	12	0,06	176	0,89
2016	14	0,07	190	0,96
2017	8	0,04	198	1,00

Fuente: Elaborado por las autoras.

Tabla Nº 2. Frecuencias para la Variable 2: Custodia del menor

Custodia del/la Niño/a	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Madre	90	0,45	90	0,45
Otro	71	0,36	161	0,81
Padre	36	0,18	197	1,00

Fuente: Elaborado por las autoras.

En las sentencias revisadas se observa que, en los casos de custodia, quien la ostenta es la madre, en el 45% de los casos equivalente a 90 sentencias de la Corte Constitucional estudiadas para esta investigación.

Vale la pena resaltar en esta variable, que en el 36% de los casos, los segundos cuidadores de los niños y adolescentes resultó ser otro familiar: abuelos, hermanos mayores, tíos o un tercero. Dejando ver que la presencia del padre es mínima, llevándonos a un país sin paternidad, ya que están ausentes en la vida de sus hijos, y cuando hacen presencia en ellas, vulneran sus derechos, resultando ser el protagonista de la situación de desconocimiento de la garantía de derechos.

Esta realidad contrasta con lo dicho por el filósofo francés André Comte-Sponville (2007) en su libro *La vida humana*:

“Entre los humanos (la madre), ella deberá proteger a su pequeño – incluso, a veces, contra el padre– durante años, acunarlo, consolarlo, lavarlo, amarlo, hablarle, escucharle, educarlo... La humanidad es una invención de las mujeres, incluso en las sociedades modernas, la madre, casi siempre, permanece como el primer amor, y el último también a veces. Es que ella fue la primera en amar” (p. 32).

En los casos estudiados, la reflexión de Comte es una constante en la vida de los niños de nuestro país. Al respecto, el filósofo sentencia:

“El padre es biológicamente necesario, pero humanamente superfluo. Es la sociedad, mucho más que la naturaleza, la que le dará ese lugar exorbitante que es lo suyo, el del poder, del tener, del nombre patronímico (cuando hablamos de lengua materna, no hay nada más que decir la madre enseña a hablar, el padre transmite su nombre...)” (p. 32).

Tabla N° 3. Frecuencias para la Variable 3: Daño al/la Niño/a

Daño al/la Niño/a	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Maltrato	92	0.46	92	0,46
Abandono	63	0.32	155	0,78
Abuso sexual	38	0.19	193	0,97

Fuente: Elaborado por las autoras.

En la variable N° 3, correspondiente a Daño al/la Niño/a, se observa que el daño más causado está relacionado con el maltrato 46%, para un total de 92 sentencias de las estudiadas en esta investigación. Situación que coincide con los altos índices de maltrato y violencia contra los niños y las niñas reflejados en las estadísticas presentadas en la más reciente edición de la *Revista Forensis*, mencionada anteriormente.

Tabla N° 4. Frecuencias para la Variable 4: Departamento del país

Departamento del país	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Otro	146	0,74	146	0,74
Cundinamarca	29	0,15	175	0,89
Antioquia	22	0,11	197	1,00

Fuente: Elaborado por las autoras.

Con respecto a la variable N° 4 referente al lugar donde se generó la situación de vulneración de derechos contra un menor de edad, se encontró que fue el Departamento de Cundinamarca, aunque la problemática que viven los niños y adolescentes, es generalizada en todo el país.

Tabla N° 5. Frecuencias para la Variable 5: Edad del niño

Edad del/la Niño/a	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
De 0 a 6 años	146	0,74	146	0,74
De 7 a 11 años	29	0,15	175	0,89
Mayor de 12 años	22	0,11	197	1,00

Fuente: Elaborado por las autoras.

En la tabla N° 5, correspondiente a la variable edad del niño, 146 sentencias corresponden a casos de niños y niñas en primera infancia, las cuales representan el 74% del total de sentencias.

Sin duda alguna, la primera infancia es la etapa más importante del desarrollo humano, como así también la más vulnerable. En esta etapa el niño se encuentra en una situación de indefensión mayor que en cualquier

otra etapa de su crecimiento. Y es precisamente a causa de ese desamparo, esa vulnerabilidad, que el niño requiere de una mayor protección y cuidado. De ahí que la Constitución Política de 1991, los tratados internacionales, las leyes y políticas públicas hayan sido una iniciativa importante a nivel gubernamental. Tanto así que hoy día en Colombia ya existe una Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, promulgada por la Ley 1.804 de 2016.

Tabla Nº 6. Frecuencias para la Variable 6: Sexo del niño

Sexo	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Mujer	92	0,55	92	0,55
Hom- bre	75	0,45	167	1,00

Fuente: Elaborado por las autoras.

Los resultados para la variable Nº 6, respecto al sexo, reflejan que el 55% de los casos corresponden a niñas y el 45% a niños. Se puede considerar que este resultado muestra la violencia de género hacia las niñas desde la infancia.

Tabla Nº 7. Frecuencias para la Variable 7: Derecho del Niño vulnerable

Derecho del/la Niño/a vulnerable	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Tener familia	71	0,36	71	0,36
Cuidado / amor	62	0,32	133	0,68
Salud/educación	62	0,32	195	1,00

Fuente: Elaborado por las autoras.

Para la variable N° 7 que trata del Derecho más vulnerado a los niños, se observa que en el 36% de los casos estudiados, el derecho fundamental a tener una familia es el que más se vulnera. Este dato estadístico, coincide con los resultados de la variable custodia, que muestra la debilidad de las familias para garantizar los derechos de los niños.

Tabla N° 8. Frecuencias para la Variable 8: Criterio de la Corte Constitucional fundamento de la sentencia

Criterio de la Corte Constitucional fundamento de la sentencia	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Integral	44	0.22	44	0,22
Fundamentales	52	0.26	96	0,48
Protección de riesgo	30	0.15	126	0,63
Equilibrio	62	0.32	188	0.95
Cambio desfavorable	7	0.03	195	0.98

Fuente: Elaborado por las autoras.

Dentro de las sentencias analizadas, variable N° 8, se muestra que el criterio más utilizado por la Corte Constitucional para fundamentar sus fallos es el de equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o, de hecho, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños.

Tabla N° 9. Frecuencias para la Variable 9: Persona o entidad demandada.

Persona o entidad demandada	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
ICBF	48	0,25	48	0,25
Tribunal	63	0,32	111	0,57
Particular	83	0,43	194	1,00

Fuente: Elaborado por las autoras.

Los resultados de la variable N° 9 indican que 48 casos estudiados corresponden a tutelas presentados contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que representan el 25%. Asimismo, se demanda en 63 casos a Tribunales Superiores, lo que significa un 32% de la muestra. Y contra particulares se encontraron 83 sentencias, para un 43% del total de fallos analizados.

Con lo anterior, se demuestra que el Estado es el más demandado por vulneración de derechos de los niños y niñas si se tiene en cuenta que la suma de los casos enunciados contra ICBF y los Tribunales constituyen el 57%, que corresponde a 111 casos de 198 sentencias analizadas.

De allí que se comparta el pensamiento de la psicoanalista argentina Minnicelli (2010), en su libro *Infancias en estado de excepción*, donde compara al Estado con la figura paterna, para considerarlos fallidos, de la siguiente manera:

“Las cuestiones vinculadas a las legislaciones y a las instituciones modernas sobre los menores de edad se han mimetizado con las improntas de la ley encarnada en una paternidad fallida, tal es el caso del *patter*, institución jurídica del derecho romano que condensa en la figura del padre los dos principios fundantes de la ley jurídica de Occidente: propiedad y paternidad” (p. 54).

Finalmente, se pudo determinar que, en la mayoría de los casos, las víctimas son niños y niñas en primera infancia (0-6 años de edad). El derecho más vulnerado, es el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el daño más causado: es el maltrato. En los casos de custodia, es a la madre a quien se le otorga, en segundo lugar, a otro familiar, y en última instancia al padre. El departamento en el que más se presentaron casos fue en Cundinamarca. El criterio de interpretación más empleado por la Corte para dirimir los conflictos fue el del equilibrio entre el derecho del Niño y el de sus progenitores. En la mayoría de los casos, las víctimas eran mujeres (niñas/adolescentes). Las entidades que más demandas y tutelas recibieron fueron el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los Tribunales.

Lectura de los resultados del análisis de conglomerados-sentencias

Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que componen el Grupo I son fundamentadas con el criterio integral. En la mayoría de esas sentencias el derecho que se vulnera al menor es el de tener familia. Este grupo de sentencias representan el 22.22% del total, es decir 44 sentencias

Las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana que componen el Grupo II son fundamentadas con los criterios: equilibrio, fundamentales y protección del riesgo. Una gran cantidad de las sentencias de este grupo se caracterizan por ser sentencias en donde el daño causado al menor es el abuso sexual y derecho vulnerado es el cuidado y el amor. Este grupo es el más numeroso con 144 sentencias.

Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que componen el Grupo III son fundamentadas con el criterio de cambio desfavorable. Este grupo contiene solo 7 sentencias. Lo anterior, se presenta de manera gráfica para mayor ilustración.

Tabla N° 10. Grupo 1 de sentencias

22.22 (44)

Clase modal	Modal / clase	Global	Modalidad	Variable	Peso
100.00	100.00	22.22	Integral	Criterio de la Corte Constitucional	44
35.21	56.82	35.86	Tener familia	Derecho vulnerado	71

Fuente: Elaborado por las autoras.

Tabla Nº 11. Grupo II de sentencias

72.73 (144)

Clase modal	Modal/clase	Global	Modalidad	Variable	Peso
100.00	43.06	31.31	Equilibrio	Criterio de la Corte Constitucional	62
98.00	35.42	26.26	Fundamentales	Criterio de la Corte Constitucional	52
100.00	20.83	15.15	Protección riesgo	Criterio de la Corte Constitucional	30
94.74	25.00	19.19	Abuso sexual	Daño	38
87.10	37.50	31.31	Cuidado amor	Derecho Vulnerado	62
100.00	9.72	7.07	2016	Año	14

Fuente: Elaborado por las autoras.

Tabla Nº 12. Grupo III de sentencias 5.05 (10)

Clase modal	Modal/clase	Global	Modalidad	Variable	Peso
100.00	70.00	3.54	Cambio desfavorable	Criterio de la Corte Constitucional	7

Fuente: Elaborado por las autoras.

Nuestro estudio posibilitó conocer tales criterios jurisprudenciales, luego de la recopilación, lectura crítica y sistémica del número de fallos de la jurisdicción constitucional, objeto de la investigación.

Estos criterios se sintetizaron de la siguiente manera:

- 1°. Garantizar el desarrollo integral del niño.
- 2°. Garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los niños.
- 3°. Protección del niño frente a riesgos prohibidos.

4°. Equilibrio entre los derechos de los niños y las niñas y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños y niñas.

5°. Necesidad de evitar cambios desfavorables a las condiciones presente.

Criterios de interpretación constitucional del Principio del Interés Superior del Niño

La jurisprudencia como fuente de derecho ocupa un papel importante dentro del ordenamiento jurídico. Tratándose del precedente dictado por las Altas Cortes, se observa que se constituye en fuente obligatoria para las autoridades judiciales y administrativas, más aún en el caso de estas últimas, las cuales carecen de la autonomía que yace en cabeza de los jueces.

Al respecto la Corte Constitucional (2011) ha expresado:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho” (Corte Constitucional, sentencia C-539).

De manera que la jurisprudencia, y en particular el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, especialmente cuando se trata de la Corte Constitucional, debe entenderse como fuente ineludible para la correcta aplicación e interpretación del derecho. No se puede soslayar el alcance que sobre la norma realice el tribunal de cierre, máxime si se quiere entender el ordenamiento jurídico bajo la órbita de la armonía y la unificación.

Primer criterio: garantía del desarrollo integral del niño

Este criterio se fundamenta en las normas constitucionales que definen como deberes de la familia, la sociedad y el Estado, el hecho de brindar

protección y así mismo la asistencia necesaria para materializar los derechos de los niños y adolescentes; todo ello en consideración a las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño y en cada caso particular.

La honorable Corte Constitucional ha destacado en reiterada jurisprudencia, importantes criterios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar casos concretos del derecho que asiste a los niños, los cuales deben estudiarse desde la perspectiva de los escenarios constitucionales planteados.

Sentencia T-572/2010

El caso trata de un menor de edad con síndrome de Down que es separado de su madre por presunto abuso sexual.

Por medio de la presente acción de tutela la actora reclama contra la declaratoria de adaptabilidad y específicamente, la entrega de su hijo por parte del ICBF. Revisada en conjunto la estructura de la demanda se identifican los siguientes argumentos expuestos por la demandante para justificar su solicitud:

(i) Sostiene que actualmente cuenta con todas las condiciones necesarias para brindarle la atención y el cuidado que reclama su hijo, entre ellas, *“una red de apoyo familiar en familia extensa, la que se puede responsabilizar del proceso de habilitación y protección que requiere [el niño]”*. (Corte Constitucional, 2010, sentencia T-572).

Al respecto del presente caso, se puede evidenciar que se presentan una serie de circunstancias que posiblemente significan un problema para que el niño sea reintegrado a su núcleo familiar, esto es, al lado de su madre, sin embargo, la Corte a través del análisis efectuado sobre dichas circunstancias, determina que estas no presentan carácter insuperable y que por el contrario si se ordena diseñar un plan de restablecimiento de la relación materno-filial, se adoptaría una decisión que satisfaga en mayor medida el interés superior del niño Pedro.

De la aplicación de los criterios jurídicos relevantes que se reseñaron en la parte motivada de la citada sentencia, una orden de esa dimensión es la que mejor garantiza el desarrollo integral del niño, puesto que le brindaría

la posibilidad real de desarrollar un vínculo materno-filial con su madre biológica. Es la que mejor preserva las condiciones para el ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular su derecho a tener una familia y no ser separada de ella si no es en atención a su interés superior.

Segundo criterio: La garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño.

Sentencia T- 580 A/2011

En el presente caso, se explica cómo la Corte Constitucional hace ver que el principio del interés superior se encuentra por encima de la mera formalidad y garantiza el real desarrollo armónico e integral del niño. A continuación, un resumen de los hechos del caso en concreto.

Se trata de una pareja que tiene constituido su hogar con una convivencia bajo el mismo techo en unión libre y en forma permanente, desde hace más de 5 años.

Al analizar los hechos descritos en este caso particular, desde el punto de vista meramente legal, se encuentra que los accionantes en efecto cometieron una conducta típica, esto es, un delito, pues de hecho registraron a la niña como su hija, no siendo esta la realidad, además saltándose de esta forma el conducto regular para estos eventos, el cual sería un proceso de adopción. Sin embargo, las condiciones fácticas en este caso, ameritan un análisis que va más allá de si la conducta de los accionantes fue o no típica penalmente hablando, pues en virtud del interés superior del niño, se debe determinar qué decisión resulta más favorable para este, máxime cuando los móviles del actuar de los accionantes fueron dirigidos hacia la consecución de un ambiente de amor, cuidado y protección para la niña.

Es de acotar, que la Corte Constitucional concluyó una decisión con base en el interés superior del niño, dicha corporación no desconoció el hecho de que la conducta de los accionantes no obedeció al correcto proceder para estos casos, pero tuvo en cuenta los derechos fundamentales de la niña para discernir que lo mejor era mantener la relación afectiva que ya se había generado entre los accionantes y la niña, muy a pesar de que no existiesen lazos sanguíneos de por medio, pues es sabido que no es necesario que estos existan para que se generen fuertes vínculos emocionales, de manera que,

como consecuencia de la permanencia de la niña en el hogar de su familia de crianza que le brindó todo el cuidado y el amor, resultaba desproporcional e irracional arrancarla de lo que para ella significa su verdadera familia.

Tercer criterio: Protección frente a riesgos prohibidos

Para la Corte Constitucional la importancia de este criterio está en la efectividad de la autoridad ya sea administrativa o judicial, que tenga dentro de sus funciones el hecho de decidir situaciones que involucren a niños y adolescentes, deberá asegurarse de resguardar al niño de todo tipo de peligros, arbitrariedades, abusos, o condiciones extremas, que puedan amenazar su normal desarrollo integral. A continuación, se presentan algunos apartes de la sentencia seleccionada.

Sentencia T-458 de 2013

En el presente caso, se puede observar cómo el interés superior se convierte en una herramienta fundamental para guiar a los educadores a tener en cuenta las diferencias que tienen los estudiantes en cuanto a sus modos de aprendizaje, necesidades, edades, creencias, etc.

En la sentencia objeto de estudio, la Corte Constitucional fundamenta su decisión en lo expresado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la Observación General N° 13, el cual desarrolló el contenido del derecho a la educación y señaló que es un medio para la realización de otros derechos. Adicional a esto:

“El Comité determinó que se trata de una prerrogativa que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades, desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico” (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-458).

Además, la Corte resaltó la importancia que tiene este derecho fundamental en la vida del ser humano, y por ende, es obligación del Estado garantizar que todas las personas tengan acceso a ella. De no ser así, existe una

clara violación no sólo al derecho a recibir una educación, sino también a la igualdad de oportunidades.

Con respecto al Interés Superior, la Corte señaló lo siguiente:

“(…) Con fundamento en el interés superior del niño, la enseñanza debe propender por el desarrollo de la personalidad de cada niño, de forma tal que tome en cuenta sus dotes naturales, características, intereses y capacidades únicas, y necesidades de aprendizaje propias. Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en la evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños” (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-458).

La decisión de la Corte en este caso fue amparar el derecho a la educación accesible que tienen los niños y las niñas, y se tomó en cuenta el argumento de la Secretaría de Educación que habla sobre la no conveniencia de que los niños estudiaran junto con adultos, debido a que los métodos de enseñanza y el nivel de aprendizaje varían. Por lo tanto, la Corte ordenó a la Secretaría de Educación que se les suministrara a los niños y las niñas de las madres accionantes, un subsidio de transporte que les permitiera asistir a clases en el colegio que se encuentra ubicado en el casco urbano o en cualquier institución educativa pública cercana a sus veredas. Además, ordenó que se incluyera un plan de nivelación para los niños que lo requirieran, con el fin de ingresar al colegio al mismo nivel que los demás.

Cuarto criterio: Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos

En lo relativo a este criterio, la Alta Corte, ha manifestado que, de presentarse conflicto entre los intereses amparados legalmente, el Resuelve debe ser aquella que mejor muestre la preservación del interés superior de los niños. Entonces ante el conflicto de los intereses de sus padres o familiares, se mirará hacer prevalente el derecho de la niñez. En el caso del derecho a la salud, este se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991 en el Artículo 49.

Sentencia T-411 de 1994

En el siguiente caso examinado por la Corte Constitucional colombiana, se hace una claridad cómo se deben interpretar y ponderar dos derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad religiosa y el derecho fundamental a la salud. Si bien es cierto, que en nuestro país existe desde 1991 la libertad de culto, también es cierto que los derechos de los niños prevalecen por encima de los derechos de los demás, tal como lo expresa la Carta Política.

El siguiente es el resumen de los hechos:

Un médico interpone una acción de tutela a favor de una niña de diez meses de edad y en contra de los padres de la menor, diagnosticada con bronconeumonía lobar, desnutrición y deshidratación, con el fin de que se ampare el derecho a la vida. El accionante afirmó que después de haberle realizado exámenes médicos a la niña, determinó que necesitaba intervención médica inmediata y hospitalización. Sin embargo, los padres se opusieron al afirmar que su religión no les permitía que la niña fuera hospitalizada para ser tratada.

En el caso en cuestión, la Corte Constitucional puso énfasis en que el derecho a la libertad religiosa de los padres de familia no puede estar por encima del derecho a la salud de un/a hijo/a menor de edad. Al respecto la Honorable Corporación afirmó:

“Es inconcebible que, en aras de la libertad religiosa, una persona pase sobre el derecho de otra. No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor *so pretexto* de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona —en el caso *sub examine* una menor— como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica, la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad” (Corte Constitucional, 1994, sentencia T-411).

No obstante, la Corte aclara que si bien los padres de familia tienen la potestad para criar a sus hijos bajo los principios y costumbres que consideren sean los mejores, también es válido tener en cuenta que los asuntos religiosos hacen parte de la vocación de cada persona y los niños no deben ser obligados a profesar una religión en específico. En este sentido, la sentencia en estudio reza lo siguiente:

La Sala estima conveniente aclarar que, si bien es cierto que los padres tienen el derecho de escoger el tipo de formación para sus hijos menores, ello no implica potestad sobre el estatuto ontológico de la persona del menor. Este está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos. La formación religiosa, por lo demás, no puede ser sinónimo de imposición, entre otras razones, porque los niños tienen derecho a expresar libremente sus opiniones (Corte Constitucional, 1994, sentencia T-411).

Por otro lado, con respecto al derecho a la salud, la Corte precisa que el derecho a la salud es irrenunciable y que nadie puede ser obligado a fundamentar su decisión de no recibir atención médica por una creencia religiosa, esto debido a la naturaleza del derecho a la salud en cuanto a que es inherente a la persona:

El derecho a la salud es irrenunciable, y por tanto carecen de fundamento legal pretensiones tales como las que constan en el expediente, relativas a la presión de ciertos grupos religiosos sobre sus miembros para no recibir los tratos mínimos razonables que la salud y derecho a la vida exigen, como bienes irrenunciables e inalienables por ser inherentes a la naturaleza humana (Corte Constitucional, 1994, sentencia T-411).

De esta manera, se puede observar que el derecho a la salud de los niños y niñas, así como todos los derechos consagrados en la Constitución Política, la Ley de Infancia y los Tratados Internacionales, son de carácter prevalente, interdependiente y fundamental, lo que quiere decir que ningún derecho de un tercero puede interponerse en el cumplimiento y garantía de un derecho de un niño, una niña o adolescente.

En síntesis, en los casos en los que la vida o la salud de un niño o adolescente se encuentre amenazada o vulnerada, y en el caso exista un conflicto de intereses entre los derechos de los padres o familiares a la libertad

religiosa, siempre se considerará que los intereses de los menores de edad prevalecerán por encima de los derechos de sus progenitores o familiares.

Quinto criterio: Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del Niño involucrado.

En cuanto al quinto criterio, referente a la necesidad de evitar cambios desfavorables a las presentes condiciones en que llega un niño o adolescente ante la autoridad, en reiteradas sentencias la Corte advierte que la autoridad deberá abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra el niño involucrado al momento de resolver su situación jurídica frente a sí mismo, su familia y la sociedad. En este sentido también hace un llamado no solo a las autoridades públicas, sino también a los particulares que tengan competencia según el caso que se atienda.

Sentencia T-586 de 2013

En esta sentencia, la Corte examina el caso de un niño diagnosticado con autismo infantil y retardo mental grave, por lo que el médico tratante le ordenó la rehabilitación integral en un centro especializado de manera individual que le ofreciera un acompañamiento terapéutico en sus actividades diarias, como también en las externas que le faciliten un avance en su calidad de vida y la de su familia.

Al tratarse el caso de un niño con discapacidad, la Corte tuvo en cuenta el precedente judicial que hasta el momento se ha trazado. En el caso objeto de estudio, las circunstancias del niño ameritaban una atención especial que el Estado no podía garantizar debido a que el tratamiento que requería no estaba contemplado en el POS.

En este sentido, la Corte permitió que, en el caso de estudio, el niño recibiera las terapias Applied Behavior Analysis (ABA), teniendo en cuenta que los diferentes avances científicos han ampliado las posibilidades de tratamientos médicos que ayuden a mejorar o aliviar los síntomas de las enfermedades.

De esta manera, la Corte afirmó:

Recientemente, a partir de la existencia de avances científicos y nuevas alternativas terapéuticas, la Corte ha analizado la posibilidad que para proteger el derecho fundamental a la salud de las personas que padecen algún tipo de enfermedad neurológica, se autoricen tratamientos que además de no estar incluidos en el POS, tienen un carácter experimental. Es el caso de las denominadas terapias ABA, tales como la animalterapia, la acuaterapia, la musicoterapia, la equino terapia y otras semejantes, técnicas que pese a su novedad y menor conocimiento y aplicación por parte de la comunidad médica científica, se ha comprobado que pueden ofrecer una razonable probabilidad de efectividad en el proceso de rehabilitación psicofísica de tales personas, además de una mejor relación con sus familias y con la sociedad (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-586).

Para resolver este caso, la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales del niño a la vida, la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana y ordenó a la Entidad Prestadora de Salud (EPS) que le otorgara el tratamiento médico requerido al niño, con el fin de que sus condiciones de vida sean mejores. En esta sentencia, el interés superior del niño prevaleció sobre las normas que excluían el tratamiento médico adecuado, y a pesar de que dicho tratamiento está considerado como no convencional, la Corte consideró necesario hacer uso de todas las herramientas disponibles que pudieran mejorar la calidad de vida del niño.

Referencias bibliográficas

Millet (s/f), p. 133.

Comte-Sponville, A. (2007). *La vida humana*. Barcelona, España: Paidós. P. 32.

Ídem. p. 32.

Minnicelli, M. (2012). *Infancias en estado de excepción*. Buenos Aires: Noveduc.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-539 de 2011 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva: julio 6 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-572 de 2010 (MP: Juan Carlos Henao Pérez: julio 15 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-580 A de 2011 (MP: Mauricio González Cuervo: julio 25 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-458 de 2013 (MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: julio 15 de 2013).

Ídem.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-411 de 1994 (MP: Vladimiro Naranjo Mesa: septiembre 19 de 1994).

Ídem.

Ídem.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-586 de 2013 (MP: Nilson Pinilla Pinilla: agosto 29 de 2013).



El Interés Superior del Niño y el Derecho de los Derechos Humanos *

Jorge Scala **

1. El *ethos* de los pueblos latinoamericanos y el derecho de los derechos humanos

Latinoamérica está viviendo un momento cultural muy especial. En efecto, desde hace unos veinte o treinta años se ha roto el *ethos* común de nuestros pueblos. Entiendo por *ethos* aquel conjunto de creencias indiscutidas, asumidas desde lo profundo del corazón, que tienen las personas que integran un pueblo determinado, y que se refieren a lo que está bien y lo que está mal, lo que es justo o injusto, y sobre lo que es verdadero y lo que es falso. El *ethos* es tan fuerte que, incluso quienes viven contrariándolo, lo hacen con un claro sentido de culpabilidad –saben que están obrando mal al hacer o decir esto o aquello–.

* Versión escrita de la ponencia presentada en la “Jornada Conmemorativa 10 Años del Código de la Niñez y la Adolescencia”, organizada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Asunción, 5 de septiembre de 2011.

** Abogado, graduado por la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina). Miembro de Número del Claustro Académico y Profesor de bioética en la Maestría en Desarrollo Humano, de la Universidad Libre Internacional de las Américas (ULIA). Integró el equipo interdisciplinario que ganó el caso “Portal de Belén” en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el cual se reconoció con valor constitucional la inviolabilidad del derecho a la vida de todo ser humano, “desde el momento de la concepción”. Declaró como testigo ante la Subcomisión Ad Hoc del Congreso del Perú, que investigó las esterilizaciones masivas del régimen de Alberto Fujimori, que culminó acusándolo de genocidio; asociación ilícita para delinquir; delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; y contra la libertad individual.

Hasta hace unas pocas décadas, el de nuestros pueblos era el *ethos* cristiano. El *ethos* cristiano puede sintetizarse en dos aspectos muy sencillos: uno negativo y el otro positivo. En primer lugar y como meta de la vida está el amor al prójimo, con la solidaridad social como consecuencia lógica. Como condición para lograrlo, se deben evitar cuatro conductas muy concretas, que hacen imposible amar a los demás. Aquí van los cuatro preceptos negativos que no se discutían: no matar, no robar, no mentir y no fornicar. Hasta hace pocos años, este era el común sentir moral de todos nuestros pueblos latinoamericanos, en el que todos estábamos de acuerdo, lo viviéramos o no.

El hecho concreto es que, desde hace algunos años, ese *ethos* común está en discusión. Hay algunas personas individuales, instituciones y gobernantes que reivindican –por ejemplo–, el supuesto “derecho a matar” incluso con la pretensión que, además, el Estado sufrague los gastos que demande el ejercicio de tal “derecho”. Como no es novedad alguna, hay quienes reivindican la legalización del aborto o la eutanasia. Y esto significa, en términos jurídicos, reivindicar para sí la potestad de decidir, si determinadas personas tienen derecho a vivir o no, e incluso la potestad de suprimir esas vidas y con ellas todos sus derechos.

Se han puesto de moda corrientes culturales –o contraculturales–, que pretenden forzar la modificación de la realidad social, utilizando como medio para ello la manipulación del lenguaje (1), que llevan –por ejemplo–, a denominar “interrupción voluntaria del embarazo” al homicidio prenatal; “reducción embrionaria” al aborto selectivo de embriones, en los procesos de fecundación artificial; o “racionalización empresaria” a los despidos masivos de obreros y empleados. De este modo se institucionaliza la mentira organizada.

La reivindicación de las uniones u otros privilegios para los homosexuales, la pornografía o el otorgamiento de status laboral a la prostitución, entre tantos ejemplos posibles, muestran a las claras las posturas irreconciliables en materia de sexualidad humana. A ello deben sumársele las vastas

(1) Me refiero en especial a Jacques Derrida y Michel Foucault, entre otros autores.

ramificaciones de la corrupción en materia económica –verdadera pandemia social en nuestras naciones–, donde muchos funcionarios públicos y políticos de profesión, se creen con “derecho” al cohecho –pedir coimas– o a usar el erario público en beneficio personal. Y si no lo reivindican ante la opinión pública, es solo por mero cálculo oportunista. No cabe duda alguna, que todo ello es incompatible con el mandato de no robar.

Como consecuencia de todo esto, se ha producido la quiebra del *ethos* común de nuestros pueblos. En efecto, simultáneamente conviven partes de nuestras gentes que sostienen: a) que es bueno, justo y verdadero matar a otro ser humano, cuando se dan ciertas condiciones; y b) que tal cosa es lo más malo, injusto y falso, puesto que cada vida humana es sagrada. Nuestros pueblos tienen –al menos–, dos *ethos* contrarios y, por ende, inconciliables (2).

Esta ruptura provoca un grave problema: va erosionando, poco a poco, la paz social. Y esto por una razón muy sencilla y evidente; porque pensamos lo contrario en los puntos fundamentales de la sociedad. Y precisamente porque nuestras convicciones más íntimas son las contrarias, nunca vamos a poder ponernos de acuerdo. Y esta falta de acuerdo en los fundamentos del orden social altera –necesariamente–, la paz de nuestras naciones latinoamericanas. Cuando determinadas posturas parecen prevalecer en un aspecto, los que piensan lo contrario se sienten mancillados en sus derechos fundamentales, y entonces se autoperciben como extranjeros en su propia patria. De esta realidad se puede concluir que cada pueblo tiene que tener su propio y único *ethos*. Incluso es preferible que tenga un *ethos* equivocado, a que sufra la tensión que se genera cuando coexisten varios. Va de suyo,

(2) No puedo detenerme en esto, pero es importante observar que el grueso de nuestros pueblos latinoamericanos acepta de corazón el *ethos* cristiano; que es el enseñado a sus hijos por el grueso de sus padres. En cambio, el *ethos* que irrumpe encuentra sus adeptos –mayoritariamente–, en quienes detentan el poder real: la clase política, los grandes empresarios, los medios de propaganda –mal llamados de comunicación–, etc.

que no es pueblo aquella comunidad, que no ha sido capaz de asumir un *ethos* (3).

Entonces, la paz social está amenazada hasta tanto no prevalezca alguno de los *ethos* en pugna (4). Mientras ello no ocurra, se hace necesario una suerte de solución de compromiso: que las leyes y los jueces determinen lo que es justo e injusto y, por ende, indirectamente también, lo que está bien y lo que está mal, lo verdadero y lo falso. Ahora bien, esto es un verdadero drama para el poder legislativo y, a la postre, para el poder judicial que es el último intérprete de lo que dicen las leyes.

Este drama consiste –sencillamente–, en que el *ethos* de un pueblo no puede imponerse desde fuera y por la fuerza. Y cuando se aplica el derecho, mediante las decisiones irrecurribles de las Cortes Supremas, para determinar qué conducta es buena y cual es mala, se le está imponiendo a nuestros pueblos por la fuerza y desde fuera, un *ethos* que no está arraigado en lo más profundo de su corazón.

Entonces, en la actual coyuntura de transición, cualquier cosa que determinen las leyes o las sentencias judiciales, en las cuestiones fundamentales, va a ser apoyada por aquella porción del pueblo que comparte ese *ethos* y, simultáneamente, ácidamente criticada por quienes sostienen la posición contraria. Naturalmente, este es un problema sin solución. Y lo más grave de todo, es que la presión más fuerte que reciben los poderes legislativo y judi-

(3) Excede esta ponencia una cuestión inquietante: la responsabilidad histórica de aquellas personas e instituciones, que están destrozando la paz social de nuestros pueblos, al pretender forzarlos desde fuera a adoptar un *ethos* que no es el suyo. En este punto ha sido paradigmático el rol de la Corte Suprema de EE.UU., en la fractura del *ethos* de su pueblo.

(4) Tampoco puedo explayarme en estas cuestiones, pero resulta evidente que: a) hay *ethos* superiores y otros inferiores; y b) no necesariamente un nuevo *ethos* implica un progreso de ese pueblo. Hay ejemplos trágicos de lo contrario, como cuando el *ethos* estoico permeado por el cristiano, fue violentamente reemplazado por el *ethos* de los invasores bárbaros. Los pueblos europeos tardaron siglos en recuperarse de su decadencia.

cial, proviene de los medios de masas, cuya moralidad y capacidad intelectual dejan mucho que desear... Naturalmente esto provoca una permanente –y creciente– insatisfacción de la gente respecto de sus legisladores y jueces.

Y este es el drama actual del derecho: se está exigiendo algo que el derecho no puede hacer: generar el *ethos* de un pueblo. El proceso natural es exactamente el inverso: el derecho es un elemento creado –jamás construido–, a partir del *ethos* propio de cada pueblo.

En esta transición que acabo de describir sucintamente, hay un intento que podría ser prometedor. La propuesta es que el derecho de los derechos humanos pueda, de algún modo, informar el *ethos* de nuestros pueblos. Esto es una posibilidad. De hecho, hay quienes avanzamos en este sentido.

Ciertamente, es necesario hacer una advertencia. Para que prospere este intento de dotar a nuestros pueblos de un *ethos* común, es preciso que el derecho de los derechos humanos no sea manipulado ideológicamente. Va de suyo que con una visión sesgada ideológicamente de los derechos humanos (5), no va a ser posible generar ese anhelado *ethos*.

2. La hermenéutica del derecho de los derechos humanos

El desafío entonces pasa por su correcta interpretación. En efecto, los tratados de derechos humanos contienen normas jurídicas sumamente lacónicas. Muy sintéticas y sencillas en su formulación. Y ese laconismo es el que permite diversas interpretaciones, a veces contradictorias; e incluso, su manipulación ideológica.

En pocas palabras: es preciso hacer una justa y adecuada hermenéutica de las convenciones sobre derechos humanos, para lograr que sean éstas las que nos permitan recuperar el *ethos* perdido, de nuestros amados pueblos latinoamericanos.

(5) No puedo detenerme en esta importante cuestión, pero es evidente que hay bastantes corrientes ideológicas que prostituyen los derechos humanos, tales como: el neomarxismo y las versiones fundamentalistas del ecologismo, feminismo, indigenismo, multiculturalismo, etc.

Ahora bien, la correcta hermenéutica de dichos textos es un problema jurídico, que ya ha sido resuelto por el derecho internacional público, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Para hacer una correcta interpretación jurídica de los tratados de derechos humanos, es necesario aplicar el derecho vigente en la comunidad internacional: en concreto, el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Precisamente, dicha norma establece las reglas hermenéuticas de todos los tratados internacionales –sean o no de derechos humanos, y sean bilaterales o multilaterales–. Veamos:

El mencionado Artículo 31 tiene dos incisos. En el primero, se detallan los principios generales de interpretación, y en el segundo los principios aplicables en particular. La norma jurídica internacional establece una jerarquía absoluta, de modo que cualquier tema que puede resolverse por el principio general, excluye a todos los principios particulares. Además, hay también un orden de prelación excluyente, entre cada principio particular –de modo que lo resuelto por el primer principio, descarta definitivamente a los posteriores, y así sucesivamente–.

Recién una vez agotados ambos incisos, pueden tomarse como pautas hermenéuticas, los principios de interpretación de los derechos humanos elaborados por la doctrina. Esto es así, al igual que en todas las ramas del derecho: primero es preciso escudriñar las normas jurídicas escritas –el derecho vigente–, según su jerarquía y temporalidad. Y sólo se acude a los principios generales del derecho, en ausencia de una norma vigente aplicable o, eventualmente, cuando la interpretación de los textos legales lleve a una solución absurda o injusta. Nunca antes.

Por tanto, para interpretar cualquier norma contenida en un tratado de derechos humanos, se deben seguir los siguientes pasos:

1°) Releva todas las normas vigentes relacionadas con la cuestión en estudio, de todos los tratados de derechos humanos. Esto permitirá hacer una interpretación armónica, buscando el complemento de todas las normas aplicables, y no la destrucción de unas por otras. Por ello, cada una de las partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de

tal modo de respetar la unidad sistemática del derecho de los derechos humanos. Ello es así, porque ese único bloque normativo se encuentra disperso en varios tratados;

2°) Aplicar el Art. 31, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, integrando armónicamente todas las normas que se refieren a la cuestión en estudio. En caso de no obtener una interpretación satisfactoria;

3°) Aplicar el Art. 31, inc. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por orden de prelación de cada uno de sus subincisos. En caso de no obtener ninguna interpretación razonable;

4°) Acudir a los principios generales y doctrinarios del derecho de los derechos humanos, a saber: el principio *pro homine*, conforme sus tres reglas básicas de aplicación: 1) la primacía de la norma más favorable a la protección de la persona física; 2) la progresividad o conservación de la norma más favorable al ser humano; y

3) la aplicación tutelar de las normas.

En cambio, las interpretaciones ideológicas utilizan un mecanismo ramplón: 1°) se toma el párrafo más proclive al propio prejuicio, dejando de lado todas las otras normas referidas al tema en cuestión; y 2°) se le aplica un principio de progresividad tergiversado. No se trata ya de la conservación de la norma más favorable –sea vigente o derogada–; sino que se “inventa” un supuesto “nuevo” derecho humano, que coincide exactamente con la visión ideológica del intérprete. Ello con la excusa que, como los derechos humanos estarían aumentando continuamente, el “iluminado” intérprete habría descubierto uno nuevo, del que nadie antes del ideólogo de turno se habría percatado... (6).

(6) Un sencillo ejemplo permitirá visualizar cómo se pervierte ideológicamente el derecho de los derechos humanos: se afirma el derecho a la vida de todo ser humano (lo cual es correcto); se afirma que algunas mujeres que se realizan abortos clandestinos mueren en el intento, por la precariedad de tales abortos, atento que está penalizado (hecho que aun cuando fuera cierto, es jurídicamente irrelevante); y de ello se pretende concluir que el derecho a la vida de las mujeres exigiría la despenalización del aborto

3. El inciso 1 del Art. 31, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El principio general interpretativo es: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (7). Este es el modo de interpretación general de todos los tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos. Obviamente la *bona fides* es *condictio sine qua non* de toda hermenéutica, porque lo es de todo el derecho, también del internacional—sea de origen convencional o consuetudinario—.

Es decir, que se otorga prioridad a la literalidad de la norma, atendiendo—fundamentalmente—, al laconismo de las convenciones internacionales, y al uso de términos del lenguaje común en la redacción de dichos pactos. Luego se atiende al análisis histórico—el contexto del tratado, donde importan sobremanera los antecedentes que llevaron a la redacción definitiva de la norma a interpretar—. Finalmente, hay una interpretación teleológica—el objeto y fin del tratado—; puesto que no existen normas aisladas, cada tratado tiene una finalidad y, por ende, cada una de sus normas debe ser coherente con dicho objeto. Es importante profundizar en estos conceptos fundamentales. Al ser esta la regla general de hermenéutica, la mayoría de los casos se solucionan adecuadamente, con la aplicación correcta de esta norma convencional—el Art. 31, inc. 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—.

a) **La interpretación literal:** Las convenciones deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”. Esto tiene una explicación bastante obvia: los tratados de derechos humanos son multilaterales, y se formalizan entre muchos países con culturas jurídicas, idiomas y tradiciones culturales muy diferentes. Países árabes, europeos, latinoamericanos, caribeños, norteamericanos, africanos,

(falacia). Y con ello se pretende instaurar el pseudo derecho humano de las mujeres encintas, a matar a su voluntad a sus hijos mientras los estén gestando. Y este se presenta como si fuera una “progresión”, del derecho a la vida de las mujeres.

(7) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31.1.

asiáticos, de Oceanía. Cada uno con su propia tradición jurídica. La única manera de lograr un texto que satisfaga a todos los Estados Parte, es mediante la redacción de un texto muy sintético y lacónico, redactado mediante términos que, en el lenguaje común, tienen un mismo significado en los diferentes idiomas nacionales. Muy excepcionalmente se usan vocablos en sentido técnico jurídico. Y en ningún caso se utilizan palabras abstractas, ambiguas o esotéricas. Es decir, que los vocablos utilizados por estos tratados, deben interpretarse conforme al sentido corriente de esos términos.

b) **La hermenéutica histórica**: Ahora bien, como el significado de algunos vocablos comunes puede variar con el correr del tiempo, el principio general de interpretación ha solucionado tal dificultad, al prescribir que las convenciones deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado **en el contexto de estos**”. Va de suyo que el contexto de cada tratado evoca el método histórico. Y este se aplica en una doble vertiente. En primer lugar, estudiando el sentido corriente de los vocablos de la convención, **al momento de su adopción** por el organismo supranacional correspondiente (8).

Ahora bien, el “contexto” de un tratado incluye, además del día en que fue puesto a disposición de la comunidad internacional para su firma, todo el trabajo previo a la redacción final de la norma a interpretar. Estas convenciones tienen un prolongado proceso de elaboración, donde se parte de una decisión del organismo supranacional correspondiente –que enmarca el “objeto y fin” del tratado–, luego una comisión elabora el primer borrador, que

(8) Un ejemplo reciente de interpretación antijurídica, es el emplazamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la República de Costa Rica, para dictar una ley que autorice la fecundación artificial –prohibida en dicho país por la Sentencia de la Sala Constitucional de su Corte Suprema, del 15.3.2000 en la “Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle contra el Decreto Ejecutivo Nº 24029–S”–, por considerar que la prohibición de la fecundación artificial violaría la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, dicha Convención fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, y recién en 1978 nació la primera persona mediante la fecundación artificial. Va de suyo que una técnica inexistente en 1969 jamás pudo formar parte de un tratado suscripto en ese año. La peregrina interpretación de la CIDH viola groseramente la buena fe, y el contexto del Pacto de San José de Costa Rica.

se va discutiendo por años en diversas sesiones, con los representantes de cada Nación interesada en el tratado; hasta que se llega a un texto definitivo, que es el adoptado en resolución de la Asamblea General del organismo supranacional pertinente. En pocas palabras: toda la génesis histórica de la norma a interpretar, arroja una importante luz sobre el sentido que le atribuyeron a la misma los redactores; que es —a la postre—, el asumido por los Estados Partes al suscribir y ratificar la convención.

Finalmente, el contexto del tratado incluye —necesariamente—, la vigencia de las reservas y declaraciones interpretativas efectuadas por el Estado Parte en cuestión. Por la sencilla razón que ambas integran jurídicamente la convención, para el país que las ha efectuado, dado el consentimiento expreso de la comunidad internacional a cada reserva o declaración interpretativa. Y va de suyo que ellas pueden tanto ampliar como restringir, el alcance de la norma jurídica analizada al interior del Estado Parte.

c) **El método teleológico:** Los vocablos del lenguaje común con el que se han escrito las normas convencionales, deben ser interpretados también teniendo en cuenta “el objeto y fin” del tratado. Es evidente que cada convención de derechos humanos tiene una finalidad que le es propia. También es patente que jamás sería aceptable, una interpretación que impida —o, al menos, que dificulte seriamente— el cumplimiento del objeto y fin del tratado en cuestión. Más adelante volveré sobre este asunto, relacionándolo con el “interés superior del niño”.

Hay un método infalible para escudriñar el “objeto y fin” de cada tratado: está contenido en la resolución del organismo supranacional —la ONU o el Regional pertinente—, que decide comenzar el proceso de redacción del tratado internacional en cuestión y, además, está sintetizado en el Preámbulo del mismo —de ahí su importancia—.

Para concluir el tema, podemos decir que la norma general de interpretación de los tratados de derechos humanos, prescribe una hermenéutica armónica que tiene en cuenta los siguientes cuatro elementos: a) la buena fe; b) el sentido corriente de los vocablos; c) el contexto del tratado; y d) el objeto y fin de la convención. Si con estos elementos se logra una interpretación que permita una justa resolución del dilema, habrá concluido felizmente la tarea.

4. El “interés superior del niño” en el derecho de los derechos humanos

La Convención sobre los Derechos del Niño es el principal –no el único– instrumento de derechos humanos que se refiere –expresamente– al “interés superior del niño”. La hermenéutica de las normas contenidas en dicha convención, nos permitirá descubrir el alcance de dicha locución.

Hay dos artículos de dicho tratado, que enmarcan la clave interpretativa, porque se refieren al significado general del “interés superior del niño”. Son los Artículos 3.1 y 18.1. En cambio, en varias otras normas se refiere a cuestiones específicas y, por lo tanto, su alcance se limita al punto concreto del que tratan, de modo que no me detendré en ellas. Son estos los Artículos 9.1 (quita a los padres de la guarda), 9.3 (quita de la visita del niño a sus padres, cuando no convive con ellos), 20.1 (exclusión del hogar familiar), 21 (adopción), 37.c (separación de los adultos, cuando el niño esté privado de su libertad) y 40.2.iii. (asistencia personal del niño a las audiencias que se tomen, en los juicios penales en su contra). Corresponde entonces transcribir las dos normas generales para –inmediatamente–, interpretarlas armónicamente.

El Art. 3.1, dice: “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 condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño**”. Es decir que los poderes del Estado y las instituciones de bienestar social –sean públicas o privadas–, tendrán en cuenta en primer lugar el “interés superior del niño”. Claramente estamos ante una norma que impone un vallado infranqueable a la acción estatal. Ninguna de las tres funciones –ejecutivo, legislativo y judicial–, mediante las que el Estado ejerce su poder, podrá avasallar o afectar siquiera el “interés superior del niño”.

Esta valla se integra con Art. el 18.1: “... Incumbirá a **los padres** o, en su caso, a los representantes legales la **responsabilidad primordial** de la crianza y el **desarrollo** del niño. **Su preocupación fundamental será el interés superior del niño**”. Por tanto, los padres son los que deben criar y educar a sus hijos, atendiendo fundamentalmente al “interés superior del niño”, al

menos hasta que cumplan los dieciocho años de edad. En consecuencia, no es función del Estado criar y educar a las nuevas generaciones. Esa es tarea de los progenitores.

Una primera aproximación al tema nos permite sacar una conclusión muy clara: en todo lo que se refiera a los niños, su “interés superior” es la clave de interpretación de sus derechos y, correlativamente, de los deberes de todos los que se relacionan con los niños –sean personas o instituciones, incluso el mismo Estado–. De esto no cabe duda alguna. Ahora bien, nos queda aún resolver dos interrogantes fundamentales: a) ¿qué cosa concreta es ese “interés superior del niño?”, y b) en caso de una controversia, ¿quién determina en última instancia, ¿cuál es el “interés superior del niño” en ese asunto?

La segunda pregunta tiene una respuesta clara en la Convención sobre los Derechos del Niño. En cambio, el primer interrogante no puede resolverse solo con la Convención sobre los Derechos del Niño. La respuesta está en ese *ethos* común, hoy fracturado. Nos queda entonces el arduo camino de encontrarla, en la integración armónica de todo el derecho de los derechos humanos. Teniendo en cuenta –en primer lugar–, la regla general de interpretación contenida en el Art. 31.1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es más, el camino para desbrozar la segunda inquietud nos irá dando luces para aclarar qué cosa es en concreto el “interés superior del niño”. Empecemos pues por allí.

4.a. ¿Quién determina el “interés superior del niño” en una controversia concreta?

Introduciré el tema transcribiendo dos textos curiosos. Uno tiene más de 2.000 años y el otro es de comienzos de este año 2011.

El texto antiguo dice así: “Pero si mi natural es bueno, y solo lo afean ligeras faltas tan disculpables como pequeños lunares esparcidos en un rostro hermoso; si nadie con razón puede afrentarme por mi avaricia o por mi escandalosa conducta; si, aunque esto redunde en mi elogio, no pesan sobre mí culpas excesivamente graves, y soy además muy querido de mis amigos, **todo lo debo a mi padre que, a pesar de su corta hacienda**, no quiso llevarme a la escuela de Flavio (en Venusa, su ciudad natal), adonde iban los

hijos de los nobles centuriones con el vade y las tablillas debajo del brazo izquierdo, para calcular el rédito que deja una suma en el plazo de medio mes; sino que de niño me condujo a Roma, para que aprendiese las letras que estudian los hijos de senadores y caballeros... Mi padre como guardián incorruptible, me acompañaba siempre a las lecciones de los maestros, y preservaba mi inocencia, que es la más bella aureola de la virtud, de torpes acciones y hasta de ruines sospechas..." (9).

"El sabio te demostrará con argumentos la bondad o malicia de los actos; yo solo aspiro a inculcarte las costumbres sanas de nuestros abuelos, y conservar tu vida y tu fama libre de riesgos mientras necesites maestros. Cuando la edad robustezca tus miembros y aumente tus bríos, entonces nadarás sin corchos". Con estos consejos instruía mi niñez".

"Su noble proceder merece de mi parte el más profundo reconocimiento. Mientras conserve sana la razón, nunca me avergonzaré de padre semejante. Si la Naturaleza me consintiese volver a los primeros años y escoger padres a la medida de mi vanidad, me quedaría muy satisfecho con los míos, sin ir a buscarlos entre las fasces (de los cónsules y pretores) y las sillas curules (de los ediles y censores)" (10).

El autor de este texto es el poeta Horacio, quien dedica así la Sátira VI: "... porque habiendo nacido de padres libertos me distingues, Mecenas, con tu amistad". Sin duda después de Virgilio, Horacio es el mejor poeta romano. Su padre fue un esclavo que trabajó duro bastantes años, y con el dinero ahorrado compró su libertad y la de su mujer. A su hijo único le dejaron lo mejor que tuvieron: una esmerada y costosa educación, que los llevó incluso a mudarse a la capital del naciente Imperio. Su padre lo acompañó diariamente a la escuela, controlando la enseñanza que los maestros daban a su hijo, e inculcándole las costumbres virtuosas, que hicieron de Roma la dueña del mundo antiguo.

(9) Horacio, "Obras poéticas", Editorial Océano de México S.A., Madrid, 1999, Sátira VI (p. 289) y Sátira IV (p. 287).

(10) Horacio, op. cit., Sátira VI, p. 290.

Por contraste, una noticia periodística del 27 de febrero de 2011, dice: “Una madre rusa alemana de doce hijos en la ciudad alemana de Salzkotten en Paderborn, ha sido condenada a 43 días de cárcel, por negarse a inscribir a sus hijos en el programa de educación sexual en una escuela primaria local... Se trata de la madre de otras de las familias de religión bautista acosadas por el Estado por el mismo motivo: se oponen por sus convicciones religiosas, al programa de educación sexual implementado por las escuelas alemanas. El matrimonio se ampara en la Convención Europea de Derechos Humanos, ratificada por Alemania. El Art. 2º del primer protocolo de la Convención, dice que el Estado debe respetar el derecho de los padres a una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Las autoridades educativas y judiciales de Paderborn no están dispuestas a respetar este derecho. La encarcelada no es la primera madre de familia de la región que es condenada por oponerse a que a sus hijos sean pervertidos por el Estado... El gobierno alemán no desiste de la persecución a los padres que se oponen a la instrucción sexual que se da en las escuelas. Penados con multa y cárcel, perseguidos por los tribunales, algunos se han visto obligados a emigrar de su país a Austria o exiliarse en los Estados Unidos y Canadá...” (11).

El contraste entre ambos textos es verdaderamente dramático. En el principado de Augusto, en plena transición entre la República y el Imperio Romano, cuando el 80% de sus habitantes eran esclavos, siervos o libertos; un esclavo compró su libertad y educó libre y esmeradamente a su hijo único, acompañándolo a las clases que recibió, lo aconsejó y le dio el ejemplo de su propia vida, sin rencores; en suma, le transmitió el *ethos* de su pueblo; y ese hijo educado en libertad fue uno de los más grandes poetas latinos. Por contraste, en la Alemania actual, país desarrollado, con una constitución democrática, de talante supuestamente liberal, son encarcelados los padres que reivindican para sí, la educación moral de sus hijos. El gobierno actual pretende modelar el *ethos* de las nuevas generaciones de alemanes, aplicando el Código Penal.

¿Dónde está la genuina libertad?...

(11) Boletín Noticias Globales, Año XIV, Número 968, 08/11. Gacetilla N° 1091. Buenos Aires, 27.2.11.

Ambos textos plantean con meridiana claridad las dos posibles respuestas al primer interrogante: en los casos controvertidos, ¿quién determina en última instancia, el contenido concreto del “interés superior del niño”? O son los padres o es el Estado. Al menos, en la generalidad de los casos. La Convención sobre los Derechos del Niño nos da una respuesta acabada y articulada de esta cuestión. El marco está en el Preámbulo, la regla la fijan los Arts. 7.1, 9.1, 14.2. y 3.2, y la excepción está regulada en los Arts. 9.1 y 20.1. Veamos:

a) **El marco normativo:** El Preámbulo de la Convención enmarca el “contexto” del tratado, que es esencial para una correcta hermenéutica del mismo. El “objeto y fin” de la Convención es, como reza su Preámbulo, “... la necesidad de proporcionar al niño una protección especial” y, más concretamente aún: “El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Ahora bien, ¿quién debe darle a los niños esa protección y cuidado especiales?: la familia, como nos lo dice el mismo Preámbulo: “Convencidos de que **la familia**, como grupo fundamental de la sociedad y **medio natural para el crecimiento y bienestar** de todos sus miembros, y en particular **de los niños**, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, **debe crecer en el seno de la familia...**”. Este es el marco normativo. Veamos entonces cómo se articula la respuesta general al interrogante planteado: ¿quién decide —en última instancia—, cuál es el “interés superior del niño”, en cada caso concreto.

b) **La regla general:** La misma se perfila claramente en cuatro preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescriben:

– “El niño... tendrá derecho desde que nace ... y, en la medida de lo posible, a conocer a **sus padres y a ser cuidado por ellos**” (12);

(12) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 7.1.

– “Los Estados Partes velarán porque **el niño no sea separado de sus padres**, contra la voluntad de éstos...” (13);

– “Los Estados Partes **respetarán los derechos y deberes de los padres**, y en su caso, de los representantes legales, **de guiar al niño** en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (14);

– “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, **teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres...**” (15).

Armonizando estas normas, la regla general luce clara: los padres tienen las obligaciones jurídicas de cuidar, proteger y guiar a sus hijos para el bienestar de estos –en suma, criarlos y educarlos–. Correlativamente, los Estados Partes se obligan jurídicamente a respetar los derechos y deberes paternos. Este es el principio jurídico general.

En especial, quiero subrayar la obligación asumida por los Estados Partes, de respetar los “deberes” –además de los derechos–, de los padres. Esto implica, obvia y necesariamente, que los gobiernos de turno tienen vedado cualquier interferencia en la educación de los niños, que es uno de los más esenciales “deberes” de los progenitores, además de ser también uno de sus principales “derechos”. La República Federal de Alemania está incumpliendo groseramente, la obligación asumida ante la comunidad internacional.

Este principio general no tiene nada de extraño, novedoso o excepcional. Es lo que ha vivido pacífica y exitosamente la humanidad, desde hace siglos; concretamente, desde que comenzó la cultura. Los citados textos bimilenarios de Horacio lo demuestran. El sentido común indica que, si los padres traen al mundo a sus hijos, nadie mejor que los progenitores –como regla general–, para determinar en lo concreto del día a día que es lo mejor para ellos o, lo que es lo mismo, cuál es el “interés superior del niño”.

c) **La excepción**: Tampoco es nuevo que no todos los padres están a la altura de su alta misión, por haber llamado a la vida a sus hijos. También de

(13) Convención sobre los Derechos del Niño, comienzo del Art. 9.1.

(14) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 14.2.

(15) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3.2.

ello se ocupa la Convención. Son las normas jurídicas vigentes para los casos de excepción. Veamos los textos:

– “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, **excepto** cuando, **a reserva de revisión judicial**, las autoridades competentes determinen, **de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables**, que **tal separación es necesaria** en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, **en los casos en** que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres...” (16);

– “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” (17).

La exégesis de estas normas –articuladas con las anteriores–, tampoco ofrece dificultad alguna. La regla es que los niños permanezcan en el hogar de sus padres. Sólo pueden ser separados del mismo, cuando sea “necesario” para salvaguardar su “interés superior”. Tal decisión debe ser tomada de conformidad con las leyes procesales y sustanciales vigentes, con control judicial. Las causas necesarias serán: el maltrato o descuido de sus padres, u otras razones de similar importancia. Una vez producida la separación, los niños tienen derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Aquí deseo subrayar algo muy importante: el Estado tiene la obligación de proteger y asistir al niño separado de sus padres. Sin embargo, el Estado jamás tiene el derecho de educar a los niños; ni aún en el supuesto extremo que estos vivan separados de sus padres. En tales casos, el derecho–deber de educar al niño, pesará en cabeza de la persona que sea designada su tutor o guardador. Al Estado sólo le incumbirá la asistencia y protección; jamás la educación. Esto tiene un motivo fundamental: si se entregara la educación de la juventud al Estado, se estaría entregando la libertad de los ciudadanos, al gobierno de turno. Las “juventudes hitlerianas” y los “komsomoles”, son

(16) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 9.1.

(17) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 20.1.

claros ejemplos de ello. En España, la materia “Educación para la Ciudadanía” es una modalidad actual de lograr el mismo resultado, en un sistema formalmente democrático.

4.b. El contenido de la locución “interés superior del niño”

Ahora estamos en condiciones de ingresar en el punto esencial de la cuestión: concretamente ¿qué cosa es el “interés superior del niño”? Con todos los antecedentes ya vistos, estamos en condiciones de responder esta pregunta decisiva. El “interés superior” es el **bien objetivo** del niño, al margen de sus caprichos o errores subjetivos. Y dicho **bien objetivo** se concreta en educarlo para que, libremente, elija hacer el bien; es decir ser una persona virtuosa. El objetivo de la educación no es la transmisión de información o de conocimientos, ni tampoco de habilidades para ganarse la vida. Es mucho más que eso: es preparar al niño para que sea una persona de bien.

La historia del poeta Horacio —y su testimonio escrito—, nos dan la clave para una respuesta acertada. Horacio vino al mundo con un tremendo *hándicap* negativo: ser hijo de esclavos libertos, en la Roma ya casi dueña del mundo antiguo. Su padre no le dejó fortuna en herencia. Es más, gastó toda su hacienda en la educación de su hijo. Pero no lo llevó a que le enseñaran a ganarse la vida, sino donde aprendiera a ser virtuoso, además de las letras de la época. Y, por sobre todo, su padre le entregó con su ejemplo y con sus palabras, el *ethos* de su pueblo (18).

No resisto la tentación de volver a transcribir las palabras textuales del poeta: “... todo lo debo a mi padre que, a pesar de su corta hacienda, **no quiso llevarme** a la escuela de Flavio, adonde iban los hijos de los nobles centuriones con el vade y las tablillas debajo del brazo izquierdo, **para calcular el rédito que deja una suma en el plazo de medio mes**; sino que **de niño me condujo a Roma, para que aprendiese las letras** que estudian los hijos de senadores y caballeros... Mi padre como guardián incorruptible, me acompañaba siempre a las lecciones de los maestros, y preservaba mi inocencia, que es la más bella aureola de la virtud...”.

(18) Entrega en latín se dice *traditio*; de allí deriva la palabra “tradición” que evoca, precisamente, la entrega de la cultura de una generación a la siguiente.

“El sabio te demostrará con argumentos la bondad o malicia de los actos; yo solo aspiro a inculcarte las costumbres sanas de nuestros abuelos, y conservar tu vida y tu fama libre de riesgos mientras necesites maestros. Cuando la edad robustezca tus miembros y aumente tus bríos, entonces nadarás sin corchos. Con estos consejos instruía mi niñez”.

En pocas palabras, el “interés superior del niño” es todo aquello que, en cada situación concreta, lo conduzca a la virtud. Lo que en la ética clásica –también la pagana–, se denomina el bien honesto, por contraposición al bien útil.

5. Dos cuestiones candentes: la “educación sexual” en las escuelas y la despenalización del aborto

Evidentemente, son infinitos los ejemplos concretos de cuestiones que puedan presentarse, donde sea necesario determinar cuál sería el “interés superior” del niño. La casuística sería inagotable. No obstante, ello estimo importante –para completar adecuadamente el tema–, detenerme en dos ejemplos concretos, actualmente muy controvertidos y que involucran, de modo directísimo a los niños. Aquí vamos:

5.a. La “educación sexual” escolar

Ya hemos desarrollado con amplitud –según las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño–, los derechos y deberes de los padres y del Estado respecto de la educación de los niños. Es el momento de integrar armónicamente esas normas con otras, contenidas en diversos tratados de derechos humanos que, como veremos, son perfectamente compatibles y complementarias entre sí. Veamos esos textos:

– “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (19);

(19) Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 26.3.

– “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” (20).

No cabe duda que la disparidad asimétrica de los sexos, es una cuestión que excede la biología de la procreación. Vertebrata también los aspectos psicológicos y espirituales de la humanidad. Y es el fundamento de las realidades del matrimonio y la familia, célula básica de toda sociedad. Tampoco parece sensato dudar, que una recta comprensión y asunción de la sexualidad –propia y ajena–, es necesaria para alcanzar la propia felicidad. La reducción al absurdo, es decir la infelicidad y angustia permanente que padecen muchas personas, que en sus vidas no han acertado a asumir su propia sexualidad, es una buena comprobación de ello. Es razonable concluir entonces, que la educación en materia de sexualidad humana, constituye un tema central de toda orientación religiosa o moral.

Entonces, la respuesta estrictamente jurídica a esta cuestión, y conforme una interpretación armónica de todo el derecho de los derechos humanos, aplicando la regla general del Art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; es decir, interpretarlo “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, nos lleva a una conclusión unívoca: el derecho-deber de educar a los niños en materia de sexualidad es exclusivo de sus padres o tutores. Subsidiariamente, es decir si los padres renuncian a este derecho o, por el motivo que fuere, no lo pueden ejercer; recién en esos casos, el Estado a través de los organismos competentes, debería tomar cartas en el asunto. En cualquier caso, el Estado siempre podría orientar a los padres que voluntariamente lo aceptaran, mediante cursos, bibliografía o el material que ambas partes estimen pertinentes.

(20) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 18.4. Textos similares se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 12.4 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 13.3.

5.b. La despenalización del aborto

El último punto que voy a desarrollar es emblemático. Toca el corazón del *ethos* desgarrado de nuestros pueblos americanos. Se trata de la tutela jurídica de la vida prenatal. Hasta hace pocos años nadie ponía en duda que la misma es inviolable y, por tal motivo, en todos nuestros Códigos Penales, el aborto estaba penado como un delito contra la vida –el grupo de los delitos más graves–.

Sin embargo, este *ethos* hoy no es tan uniforme. Hay quienes reivindican el derecho irrestricto a abortar de toda gestante, en cualquier momento y a su sola opción. Otros son más moderados: el aborto debe dejar de ser un delito y pasar a ser una prestación de la sanidad pública según un abanico de indicaciones –peligro para la vida de la madre, grave peligro para la salud física de la madre que no pueda ser neutralizado de otra manera, en caso de violación, o por malformaciones fetales–. Finalmente hay un tercer grupo –cuya hipocresía es muy acorde con el relativismo cultural absoluto–, que reivindica el aborto como una decisión de la mujer en casos tales como: peligro para la salud psíquica de la madre o razones socioeconómicas. Para autorizarlos exigen el llenado de un formulario, firmado por alguna persona autorizada y, cumplido ese requisito burocrático, se mata a la persona por nacer. Basta entonces que la madre afirme que no puede dormir de noche o que no tiene dinero para afrontar los estudios de postgrado del bebé, para que se lo ejecute. Todo muy postmoderno...

Una primera respuesta a este dilema me la han dado todos Uds. cuando, al comenzar esta exposición les pedí que levantara la mano, la persona que hubiera preferido que la mataran, antes de venir a esta Jornada. Pese a mi insistencia reiterada, nadie levantó ninguna mano. Ni yo tampoco. Aquí está la respuesta del sentido común unánime a la cuestión. Si en lo personal todos preferimos vivir a morir, entonces nadie tiene derecho a reivindicar la potestad de quitarle la vida a otro ser humano. Ahora bien, si esto es así para nosotros –adultos–, no existe ninguna posibilidad de imaginar que el “interés superior del niño” sea que le quiten su vida. Sólo lo podría sostener alguien que no está cuerdo o, al menos, que no aprendió a razonar del modo humano. Y lo irracional es siempre antijurídico, jamás puede otorgar derechos. Despenalizar y/o legalizar el aborto por la decisión arbitraria de la

madre –sea frontal o solapadamente–, es el paradigma de la injusticia, la quintaesencia de lo antijurídico y el entronizamiento de la barbarie. No resiste el menor análisis. Tema cerrado para siempre.

En cambio, estimo que es menester detenernos para el análisis jurídico de la propuesta de despenalizar el aborto, frente a indicaciones precisas. Y para agotar la cuestión, tomaré un caso que incluya todas las indicaciones posibles. Es decir, que se trate de un embarazo producto de una violación, que el bebé tenga una grave enfermedad genética, y que esté en riesgo la vida de la madre. No se registra en los anales ningún caso así. Sin embargo, me parece oportuno analizarlo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, incluido –claro está–, el principio del “interés superior del niño”.

El primer asunto es determinar si el tratado se aplica o no, a las personas por nacer. El Art. 1º establece, que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. El artículo fija el tope máximo de aplicación: hasta que el niño cumpla los 18 años. Pero no nos dice nada de la edad a partir de la cual, le son aplicables los preceptos del tratado. La respuesta nos la da el “contexto” de la Convención, enmarcado en su Preámbulo. En efecto, allí dice que “... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, **incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento**”.

La debida protección legal antes del nacimiento exige, necesariamente, que se apliquen –en la medida en que sea físicamente posible–, todos los preceptos del tratado. Va de suyo que el derecho a conocer a sus padres no lo podrá ejercer antes de nacer –y tampoco podría hacerlo hasta transcurridos varios años luego del nacimiento–. En cambio, es igualmente evidente, que la tutela de su vida intrauterina, está incluida en la “**debida protección legal ... antes ... del nacimiento**”. A mayor abundamiento –y como veremos enseguida–, el Art. 2.1. impide condicionar al nacimiento, la aplicación de los derechos enunciados en el tratado. En consecuencia, la Convención sobre los Derechos del Niño debe aplicarse a las personas por nacer. Ahora es preciso recordar las normas convencionales específicas, que se refieren a la tutela del derecho a la vida. Veamos:

– “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (21);

– “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia ... del niño” (22);

– “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” (23);

– “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen ... los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (24).

En primer lugar, es preciso hacer la exégesis de la primera de las normas citadas, vale decir, ¿qué significa: “Los Estados Partes **reconocen** que todo niño tiene el derecho **intrínseco** a la vida”? Ya hemos visto que “todo niño” incluye a los no nacidos. Es preciso excogitar qué significa el “reconocimiento” del derecho “intrínseco” a la vida.

Cuando uno de estos tratados “reconoce” un derecho está significando que ese derecho es anterior al tratado y, a la vez, que tiene un fundamento jurídico diferente a la convención. En este caso, además, los Estados Partes han reconocido el derecho a la vida de personas que, al momento de entrar en vigencia el pacto, aún no habían sido siquiera concebidas y, pese a ello, su derecho a la vida ya estaba tutelado. Este hecho, unido a que la Convención considera el derecho a la vida como “intrínseco” a “todo” niño, nos

(21) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 6.1.

(22) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 6.2.

(23) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 2.1.

(24) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3.1.

hace concluir que el único fundamento jurídico posible a la tutela del derecho a la vida, es el compartir la misma condición humana; pues solo ella es **intrínseca** a **todo** niño. Si el fundamento jurídico estuviera en algún tipo de reconocimiento previo legal, ya no sería un derecho **intrínseco**; muy por el contrario, sería “extrínseco”, pues dependería de la decisión de un tercero. En consecuencia, el derecho a la vida debe ser idéntico para todos los seres humanos, desde el primer y hasta el último instante de su vida biológica.

Entonces, el reconocimiento del derecho intrínseco a la vida, obedece a que el mismo se fundamenta en la pertenencia a la común naturaleza humana, y no es una concesión graciosa del gobierno de turno –como pensaba, por ejemplo, Adolfo Hitler–. Nos corresponde integrar armónicamente esta norma con las demás citadas.

En primer lugar, no puede caber duda alguna que el “interés superior del niño” exige su supervivencia o, lo que es lo mismo, la inviolabilidad de su vida. Un niño muerto no puede guardar para sí ningún interés propio, ni superior, ni medio, ni inferior ...

Como se trata de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia ... del niño”, debemos reconocer que siempre es posible la tutela penal del derecho a la vida. A *contrario sensu*, si no se diera la protección punitiva, es obvio que **no** se estaría garantizando “en la máxima medida posible” la supervivencia de la persona por nacer. Por tanto, los Estados han asumido la obligación de penar criminalmente el aborto.

Finalmente, si los Estados Partes se han obligado a aplicar la tutela del derecho a la vida, de toda persona por nacer sin distinción de impedimentos físicos –malformación fetal (25)–, o cualquier condición de sus padres –padre violador y madre violada (26)–, y en toda decisión administrativa, legislativa

(25) El aborto por supuesta malformación fetal luce incomprensible. En efecto, una cosa es matar a una persona, y otra es dejar que la enfermedad la haga morir. En estos casos habrá que mantener los cuidados elementales –hidratación, nutrición, control del dolor e higiene–. Matar nunca es una solución humana.

(26) Haciendo matar a su hijo, la mujer no borra de su vida la violación padecida. Su trauma permanecerá y, probablemente, se agrave cuando tome conciencia de su decisión. Siempre puede dar en adopción al niño, si es que –comprensiblemente–, no

o judicial debe primar el “interés superior del niño”; éste también prevalece cuando la vida de la madre corre peligro inminente. En conclusión, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a penalizar el aborto, incluso en el caso abstracto que el embarazo sea producto de una violación, el niño tenga una malformación fetal, y la vida de su madre corra peligro inminente. Ello es así por una razón elemental. Si tuviéramos dos vidas igualmente en juego (27), aún en ese caso, prima la vida de la persona por nacer, pues siempre su interés sería “superior” al de su madre.

Esta exégesis se potencia –si se me permite hablar de este modo–, cuando recordamos el “objeto y fin” de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es –tal cual reza su Preámbulo–: “... la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ... incluso la debida protección legal ... antes del nacimiento”.

Me permito hacer una última hipótesis, para inmediatamente resolverla a la luz del principio del “interés superior del niño”. Supongamos que, en alguno de nuestros países, el parlamento decida despenalizar el aborto;

lo quiere criar y educar. En cambio, con el aborto el daño a la segunda víctima de la violación –el ser humano engendrado por la violencia–, es total e irreparable. El aborto en caso de violación es intrínsecamente injusto.

(27) Gracias al avance de la medicina, el aborto “terapéutico” –es decir cuando el médico debía optar entre salvar la vida de la madre o la del hijo–, ya no existe más desde hace muchos años. Ya en noviembre de 1951 el Congreso de Cirujanos del American College, dijo que “todo el que hace un aborto terapéutico o ignora los métodos modernos para tratar las complicaciones de un embarazo o no quiere tomarse el tiempo para usarlos... El aborto terapéutico, al implicar la directa destrucción de una vida humana, es contrario a todas las reglas y tradiciones de una buena práctica médica. Desde su mismo principio el enfoque del problema ha sido anticientífico”. Más recientemente, la Asociación Médica Nicaragüense sostuvo que “no existe una situación, en la práctica médica actual, donde la vida humana, desde el momento de la concepción, deba ser intencionalmente destruida por medio del aborto con el propósito de salvar la vida de la madre ... No existe indicación alguna para determinar que un aborto sea terapéutico. Terapéutico significa que cura o intenta curar, en tanto el aborto no cura ninguna patología, y siempre produce la muerte de uno de los integrantes del binomio madre-hijo, como es el niño concebido en el vientre materno” (Declaración del 29.6.00).

o también que algún tribunal resolviera que, en un caso sometido a su jurisdicción, el aborto no sería punible; o, finalmente, que mediante una decisión ministerial, el gobierno de turno resolviera practicar –o permitir– los abortos en los casos que encuadren con alguna indicación precisa.

Para resolver cualquiera de estos tres casos nos basta acudir al principio del “interés superior del niño”, en la formulación del Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen ... los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Es más, integrando esta norma convencional, con la regla de la progresividad en la aplicación del principio *pro homine*. Recuerdo que la regla de la progresividad implica la conservación de la norma más favorable al ser humano.

Vale decir, que si una norma derogada tutelaba más favorablemente al niño, esa norma sigue vigente aun cuando el parlamento la haya derogado; además, la ley derogatoria es insanablemente nula por violar el principio *pro homine*. Algo similar sucedería si una jurisprudencia posterior interpretase de modo más restrictivo ese derecho; la susodicha sentencia sería insanablemente nula, por violación del mismo principio y, además, su dictado sería causal de destitución del magistrado firmante. Otro tanto puede concluirse de todo acto administrativo del gobierno de turno, que pretenda desconocer o restringir la tutela previa del derecho a la vida; en tal caso, ese acto sería insanablemente nulo y haría incurrir en la responsabilidad penal por violación de los deberes de funcionario público, abuso de autoridad, o el tipo penal tipificado en cada Código Penal.

Culmino retornando al comienzo de la exposición: el desafío de engendrar un *ethos* común para nuestros pueblos latinoamericanos. El derecho de los derechos humanos, despojado de toda ideología y relativismo, puede ser un camino válido para ello. Ese es nuestro mayor desafío actual como hombres –mujeres y varones– de derecho.

Preguntas al Dr. Scala y sus respuestas

1. ¿Cómo se solucionaría cuando el conflicto existe entre el contenido de educación sexual que figura en el programa del ministerio respectivo, y la convicción religiosa de los padres en la escuela pública, cuando no pueden acceder a la escuela privada?

Acá entramos en uno de esos temas conflictivos. Desde el punto de vista jurídico la respuesta es muy clara. Los padres tienen derecho a que a sus hijos se les de la enseñanza religiosa o moral, en la escuela pública, de acuerdo a la convicción de los padres. En la República Argentina esto es aún mucho más claro, por una de las declaraciones interpretativas con las que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño que, textualmente dice: "... las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo (24.f), adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable". Vale decir que la función del Estado es subsidiaria y, por ende, si se diera un conflicto, el Estado estaría avasallando los derechos de los progenitores.

Ahora bien, la enseñanza no se concreta solamente con los programas de estudio. La enseñanza se articula con tres elementos diferentes, que pueden combinarse de muchos modos posibles. Por un lado, están los programas educativos, donde el Estado tiene el derecho a fijar los contenidos mínimos; respetándolos, cada comunidad educativa puede añadir otros contenidos a los mínimos fijados por el Estado. Un segundo elemento son los libros de texto; respecto de los mismos el Estado tiene derecho de rechazar aquéllos que no cumplan los contenidos mínimos que ha fijado, pero no tiene derecho a erigirse en una suerte de "policía ideológica", para entorpecer o impedir la libertad de enseñanza. El tercer elemento en materia educativa es la capacitación docente. El Estado tiene derecho a fijar los contenidos mínimos que debe adquirir cualquier postulante a ejercer la docencia, y a controlar que los centros de capacitación docente cumplan con tales requisitos; pero no tiene derecho a fijar una política de "pensamiento único" que modele a los maestros y profesores.

Es evidente que, respetando el mismo programa de la materia, se pueden enseñar cosas muy diferentes, incluso contradictorias. El problema no radica tanto en los programas, sino más bien en los libros de texto y en los centros de capacitación docente. Es evidente que si todos los libros de texto siguen una única línea ideológica –la del Estado–, y lo mismo ocurre con la formación de los docentes, este derecho-deber de los padres de elegir la educación moral en general –y de la sexualidad en particular–, no va a ser respetado; todo lo contrario, va a ser vulnerado.

No conozco la situación del Paraguay, de modo que no hablo de aquí. Ustedes sabrán lo que acontece en este amado país. Puedo hablar de mi patria. Allí, por razones ideológicas, el actual gobierno y el anterior –es decir los del matrimonio Kirchner–, pretenden intervenir en la formación moral de los niños. Su proyecto es la perpetuación en el poder. Lo mismo puede decirse de la España de Rodríguez Zapatero con la materia “educación para la ciudadanía”. Es curioso, pero en la Argentina el nivel educativo ha tenido una caída muy pronunciada. Muchos ingresantes a la Universidad son analfabetos funcionales, puesto que saben leer y escribir, pero no comprenden lo que leen ni lo que escriben. Sugestivamente, el mismo gobierno que provocó esta decadencia en las escuelas, al punto que no enseñan lo más elemental, es el que pretenda meterse en la conciencia de los chicos. Es un movimiento de pinzas perfectamente diseñado: una juventud embrutecida es más fácil de penetrar por una ideología. No puedo dejar de subrayar esta realidad.

Pero si este derecho es de los padres, ¿cuál sería el papel del Estado en materia de educación de la sexualidad? El Estado puede –y debe– hacer dos cosas concretas: a) tal como dije recién, ocuparse supletoriamente de esto, cuando los padres no quieren o no pueden hacerlo; obviamente, nunca podría intervenir el Estado en los casos en que los padres asumen este derecho-deber suyo; y b) también el Estado debería establecer un mecanismo eficaz, para capacitar a los padres en esta cuestión.

Finalmente, ya que estamos teorizando sobre la posible “educación sexual” en las aulas, también es preciso analizar la cuestión desde el punto de vista pedagógico. Porque los derechos no se ejercen en abstracto, sino en la vida cotidiana. Esta materia plantea dos problemas pedagógicos de muy difícil solución. Veamos:

En primer lugar, la realidad es que la gran mayoría de las escuelas son mixtas. Además, hay un rango de un año de edad entre el más joven y el menos joven. Por otra parte, la maduración sexual de las mujeres es, en promedio, dos años antes que la de los varones. Por lo tanto, en cualquier aula tenemos entre los alumnos, un rango de tres años en cuanto a la maduración sexual. Naturalmente con ese rango de diferencia, es absolutamente imposible hablar estos temas con los chicos en el tiempo oportuno. Inevitablemente estos temas se tocarán prematuramente con algunos alumnos y, a la vez, tardíamente con otros. Solamente de pura casualidad se tratarán estas cuestiones en el momento oportuno con uno o dos de los chicos. En cualquier caso, esto es pedagógicamente aberrante. Equivale a enseñar trigonometría a los diez años, o a sumar y restar a los quince... Por cierto, que esta materia podría darse a grupos más homogéneos: separados varones de mujeres, y puestos por edad al margen de curso al que asistan. Sin embargo, esto que es tan obvio desde el punto de vista pedagógico, no es lo que las autoridades educativas han planificado en ningún país del mundo.

Sugestivo, ¿no? ...

El segundo problema pedagógico es mucho más profundo. Es la cuestión de la delicadeza. Estos temas tocan las fibras más íntimas del ser humano. No se trata de dar una información aséptica. Los niños no son ganados y, por ende, no puede tratárselos como si lo fueran. Estos contenidos no son cuestiones abstractas que nada tienen que ver con la vida cotidiana, como el teorema de Tales de Mileto o el peso específico del plomo. Aquí se tocan las convicciones más íntimas de la persona humana, de la moral, de la ética, de su proyecto de vida para el futuro. Cada chico es como un diamante en bruto, al que hay que saber tallar con mano maestra. Y eso se hace uno a uno, porque cada diamante es diferente y, por lo tanto, sus posibilidades de talla son completamente diversas. Si esto pasa con algo tan simple como una piedra preciosa, ¿qué no pasará con los seres humanos?... ¿Se pueden tocar adecuadamente estos temas en un aula de treinta o cuarenta chicos?, y eso no una vez aislada, sino en una materia que se repite durante varios cursos... No parece posible hacerlo de modo razonable.

En cambio, los padres por el amor a sus hijos y por la experiencia de la convivencia de años, son quienes están en condiciones de percibir el momento y los modos oportunos de ir educando a sus hijos en estas cuestiones. Además, ellos son capaces de refrendar sus enseñanzas con el ejemplo de su vida. Ejemplo que es patente a los ojos de los hijos, precisamente por la convivencia con sus padres. En cambio, el docente sólo puede dictar contenidos, sin acompañarlos con el ejemplo de vida. Es obvio que, para enseñar matemáticas, el docente no precisa dar ejemplo vital alguno. Pero en materia de sexualidad ocurre exactamente lo contrario...

Luego de todas estas consideraciones me pregunto y les pregunto a Uds.: ¿no sería mejor que el Estado –o más precisamente el gobierno de turno–, se dedique a apoyar, acompañar, ayudar y sostener a los padres en esta sublime misión de orientar a sus hijos en materia tan delicada y esencial para su futura felicidad?

2. Entonces Dr. Scala: ¿Ud. está en contra de todo tipo de educación u orientación sexual en la escuela? ¿Considera que eso es un ámbito exclusivo de la familia?

Como regla general, sí. No voy a repetir los argumentos ya dados. Ahora bien, es importante entender la escuela como una comunidad educativa. Esa comunidad está formada por los padres, los docentes, el personal no docente y los alumnos. No es un cuartel, donde hay un oficial que da las órdenes y los demás las cumplen. Esto abre un panorama de amplias posibilidades. Como regla general, la orientación en materia de sexualidad humana, es un derecho-deber de los padres; pero ello no impide que los padres –todos o algunos–, acudan al apoyo del resto de la comunidad educativa en esta materia. Ya sea porque estiman no estar en condiciones de asumir el desafío –al menos parcialmente en algunos tópicos– o por el motivo que fuere.

Como es lógico, no veo ningún inconveniente a que la comunidad educativa resuelva tocar o no algunos o todos estos contenidos, cuál debería ser la orientación y la bibliografía, etc. Como difícilmente haya unanimidad de criterios en todos los puntos, la comunidad educativa tendrá que respetar –escrupulosamente y siempre–, el derecho de los padres a resolver la exclusión de alguno o todos sus hijos en algunas o todas las clases y actividades

que se impartan. De lo contrario, el Estado o los docentes estarían invadiendo el santuario de la conciencia de los niños. Permitir que ello suceda, sería poner a nuestros pueblos a las puertas de un sistema totalitario, por más formas democráticas que pueda tener.

Como puede apreciarse soy un ferviente partidario de transformar cada escuela en una verdadera comunidad educativa; y de dotar de una enorme autonomía a cada comunidad educativa. La uniformidad que promueven nuestras autoridades educativas anula una parte importante de la potencial riqueza creativa y cultural de nuestros pueblos.

3. ¿Incurre el Estado en responsabilidad internacional si vulnera los derechos y libertades consagradas en cuanto a la enseñanza, y los programas educativos del Estado las contradicen? ¿Incurre ya en responsabilidad internacional o tenemos que agotar las instancias internas?

Este problema ya está resuelto por la jurisprudencia pacífica de los tribunales de derechos humanos, en concreto las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos. En principio, la jurisdicción internacional no es supletoria de la jurisdicción nacional. Por tanto, antes de comenzar un proceso ante un tribunal internacional, es preciso demostrar que se ha agotado la vía interna, con una sentencia irrecurrible dictada por la máxima instancia judicial interna.

Ahora bien como en algunos casos, y por diversos motivos, la situación de hecho fue que los procesos llevaban muchísimos años sin acercarse siquiera al agotamiento de la vía interna —por ejemplo por mora en la investigación de los Tribunales del Crimen, de delitos cometidos por agentes estatales—, se acuñó una jurisprudencia que flexibiliza el requisito previo del agotamiento de la vía interna, para la apertura de la jurisdicción internacional, en los casos en que se demuestre que la mora para ello obedece, a la falta de voluntad de los tribunales internos de agotar la vía jurisdiccional. Esta es ya una jurisprudencia pacífica y acrisolada. Naturalmente su viabilidad dependerá de las pruebas que se aporten.

En cuanto al tema que nos ocupa, cuando el gobierno español de Rodríguez Zapatero, obligó a la enseñanza de la materia “educación para la ciu-

dadanía”, con un claro contenido ideológico, miles de padres iniciaron acciones judiciales de trámite breve –similar al amparo–, contra las Comunidades Autónomas respectivas. Hubo todo tipo de resoluciones judicial incluyendo o no medidas cautelares. El asunto es que pocos años después de entrar en vigor la reforma, ya hay casos tramitándose ante la Corte Europea de Derechos Humanos; la cual en breve tendrá que expedirse.



Abreviaturas

ABA	Applied Behavior Analysis
Apel.	Apelación
B.O.	Boletín Oficial
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña
CIN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CNA	Código de la Niñez y la Adolescencia
CODENI	Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente
COLPROBA	Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires
CPA	Centro Provincial de Adicción
CREU	Centro de Recepción, Evaluación y Ubicación
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DNI	Documento Nacional de Identidad
EPS	Entidad Prestadora de Salud
Exped.	Expediente
fs.	Fojas
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Inc.	Inciso
NNA	Niños, niñas y adolescentes
NNyA	Niño, Niña y Adolescente
OC	Opinión Consultiva
OG	Observación General
PAAI	Programa de Atención a Adolescentes Infractores

SENAF	Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia
SPAD.N.	Sisteme Protable pur l'Analyses de Données
T	Tribunal
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Vlto.	Vuelto



