

# El interés superior del niño y el derecho de los derechos humanos <sup>1</sup>

## Por Jorge Scala<sup>2</sup>

### 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...-.

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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

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<sup>3</sup>, 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 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<sup>4</sup>.

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, que no es pueblo aquella comunidad, que no ha sido capaz de asumir un *ethos*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Me refiero en especial a Jacques Derrida y Michel Foucault, entre otros autores.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

Entonces, la paz social está amenazada hasta tanto no prevalezca alguno de los *ethos* en pugna <sup>6</sup>. 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 judicial, 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 <sup>7</sup>, no va a ser posible generar ese anhelado *ethos*.

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

## 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.

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°) Relevar 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;

2º) 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;

3º) 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;

4º) 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: 1º) se toma el párrafo más proclive al propio prejuicio, dejando de lado todas las otras normas referidas al tema en cuestión; y 2º) 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...<sup>8</sup>.

### **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"<sup>9</sup>. 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

---

<sup>8</sup> 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 aún 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 (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.

<sup>9</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.1.

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, 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 <sup>10</sup>.

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 se va discutiendo por años en diversas sesiones, con los

---

<sup>10</sup> 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 N° 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 1.978 nació la primera persona mediante la fecundación artificial. Va de suyo que una técnica inexistente en 1.969 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.

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 2.011.

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...”<sup>11</sup>.

“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 fascas (de los cónsules y pretores) y las sillas curules (de los ediles y censores)”<sup>12</sup>.

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.

---

<sup>11</sup> Horacio, “Obras poéticas”, Editorial Océano de México SA, Madrid, 1999, Sátira VI (pág. 289) y Sátira IV (pag. 287).

<sup>12</sup> Horacio, op. cit., Sátira VI, pág. 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. 2 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...”<sup>13</sup>.

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?...

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”.

---

<sup>13</sup> Boletín Noticias Globales, Año XIV, Número 968, 08/11. Gacetilla n° 1091. Buenos Aires, 27.2.11.

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**”<sup>14</sup>;

-“Los Estados Partes velarán porque **el niño no sea separado de sus padres**, contra la voluntad de éstos...”<sup>15</sup>;

-“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”<sup>16</sup>;

-“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...**”<sup>17</sup>.

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

---

<sup>14</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7.1.

<sup>15</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, comienzo del art. 9.1.

<sup>16</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 14.2.

<sup>17</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.2.

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 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...**”<sup>18</sup>;

-“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”<sup>19</sup>.

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 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.

---

<sup>18</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 9.1.

<sup>19</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 20.1.

#### 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 *handicap* 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<sup>20</sup>.

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...”.

“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

---

<sup>20</sup> 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.

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”<sup>21</sup>;

-“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**”<sup>22</sup>.

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

---

<sup>21</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26.3.

<sup>22</sup> 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.

voluntariamente lo aceptaran, mediante cursos, bibliografía o el material que ambas partes estimen pertinentes.

### **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. 1 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**”<sup>23</sup>;

-“Los Estados Partes **garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia ... del niño**”<sup>24</sup>;

-“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”<sup>25</sup>;

-“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”<sup>26</sup>.

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

---

<sup>23</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6.1.

<sup>24</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6.2.

<sup>25</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.1.

<sup>26</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1.

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 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 <sup>27</sup>-, o cualquier condición de sus padres –padre violador y madre violada <sup>28</sup>-, y en toda decisión administrativa, legislativa o judicial debe primar el “interés superior del niño”; éste también prevalece cuando la vida de la madre corre

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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 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.

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 <sup>29</sup>, 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; 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 aún 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

---

<sup>29</sup> 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).

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. Muchas gracias.

### **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 ganado 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. ¿Incorre 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 ciudadanía”, 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.