

ISSN 1851-3069

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones
Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

No 23 (dic 2019 - may 2020)



Facultad de Derecho
Universidad de Buenos aires

Presentación del Dossier de la Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

El interés superior del niño como Directriz: a 30 años de la Convención de los Derechos del Niño

Por Luciana B. Scotti*, Leandro Baltar** y Mariana Antón Pérez***
Coordinadores del Dossier

La protección de los niños, niñas y adolescentes (NNA) sufrió un trascendental cambio cuando el 20 de noviembre de 1989 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño marcando así un hito inigualable en todo el mundo. Estamos ante un instrumento considerado como un “compromiso histórico ... que se ha convertido en el acuerdo de derechos humanos más ampliamente ratificado de la historia y ha contribuido a transformar la vida de niños de todo el mundo”¹.

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente. (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Revista electrónica del Instituto Gioja y de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Vicedirectora y Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

** Abogado. Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad.

*** Abogada (UBA), Magister en Derecho Internacional Privado (UBA) y Doctoranda. Profesora de Derecho Internacional Privado y docente de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho - UBA). Becaria de Investigación UBACyT. Investigadora en formación de proyectos UBACyT. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho - UBA). Autora de artículos, capítulos de libros y publicaciones en la materia.

¹ Cfr. <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino> (12.11.2019).

El impacto generado por la Convención es tan amplio que no encuentra límites en la materia: siempre que estemos ante derechos de todo NNA, la directriz plasmada en su esencia se activa como principio a respetar. Este fue el motor que nos motivó a reunir varios aportes de diversos autores acerca de este tema.

Este *dossier* no pretende ser un análisis exhaustivo de la temática, ello sería imposible pues se dejarían por fuera muchísimas consideraciones, argumentos y valoraciones, pero buscamos acercar al lector una diversidad de ámbitos en donde la Convención ha logrado influir, a través de los distintos aspectos desarrollados por los autores. Es por ello que consideramos que este puede ser un interesante aporte al conocimiento además de un homenaje a los primeros treinta años de una de las convenciones en materia de derechos humanos más importante del mundo, que además cuenta con jerarquía constitucional en nuestro país, y ha sido fuente de inspiración de cada una de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que se ocupa del resguardo de los derechos de los NNA.

Cada uno de los trabajos seleccionados aborda el tema desde una mirada diferente, pero con un interés compartido. El Dossier inicia con un trabajo del Dr. **Gonzalo Aguilar Cavallo** quien desarrolla en su trabajo un análisis respecto del abanico de derechos sociales de que podrían gozar los NNA y las condiciones de su ejercicio. Seguidamente, las autoras **Adriana Dreyzin de Klor** y **Cristina Britos**, con gran inteligencia, analizan al Derecho Internacional Privado Argentino bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño.

Por su parte, **Mónica González Contró** analiza la función del Interés Superior del Niño en el razonamiento práctico y, especialmente, a partir de su evolución en México. **Laura Noemí Lora** se enfoca el interés superior del niño respecto de su interpretación y aplicación en el instituto de la adopción y del arresto domiciliario.

Los procesos de restitución internacional de menores siguen siendo objeto de análisis por la doctrina internacionalista, en esta oportunidad **María Susana Najurieta** analiza la centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución. Seguidamente, **Isaac Ravetllat Ballesté** se dedica a analizar

al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, donde hace un interesante énfasis en el interés superior del niño como epicentro de su tramitación.

A continuación, el trabajo de **Blanca Sillero Crovetto** se dedica a profundizar en el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos, con una especial mención en las causas donde son víctimas de violencia. Desde Uruguay, **Eduardo Tellechea Bergman** analiza la influencia de esta directriz en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias y los beneficios que implicaría su ratificación. Cierra el *dossier* la profesora **Soledad Torrecuadrada García-Lozano** analiza los límites al interés superior del niño.

Finalmente, agradecemos a las y los autoras/es por su compromiso y generosidad con la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*. Sin el aporte que nos obsequiaron, este *Dossier* no existiría. También a las/os evaluadoras/es externas/os por la labor asumida. Finalmente, nuestra gratitud a todo el equipo editorial de la Revista por dejarnos llevar adelante este número con total libertad y siempre brindando palabras de aliento.

Los derechos sociales y derechos del niño

Social rights and rights of the child

Por Gonzalo Aguilar Cavallo *

Fecha de recepción: 25/07/2019

Fecha de aceptación: 06/09/2019

Resumen: El objetivo principal de este estudio consiste en determinar el abanico de derechos sociales de que podrían gozar los NNA y las condiciones de su ejercicio. La pregunta que orientará el análisis será ¿cuáles son los derechos sociales de los NNA y cuáles serían las obligaciones del Estado para lograr su efectividad? El trabajo sigue la metodología del análisis dogmático con la técnica del examen documental.

Los derechos sociales implican una obligación actual, no futura, de satisfacción paulatina de los mismos. Esta realidad se ve reforzada cuando hablamos de los derechos sociales de los NNA, respecto de los cuales el Estado tiene, según la Convención de los Derechos del Niño, la obligación de proporcionar una protección especial a los NNA a lo largo de todas las etapas de su desarrollo y la obligación de considerar, como un principio rector y primordial, el principio del interés superior del niño.

Palabras clave: Derechos económicos, sociales y culturales; Derechos del niño.

Abstract: The main objective of this study is to determine the range of social rights that children could enjoy and the conditions of their exercise. The question that will guide the analysis will be which are the social rights of children and what would be the

* Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). gaguilar@utalca.cl.

obligations of the State to achieve their effectiveness? The work follows the methodology of dogmatic analysis with the technique of documentary examination.

Social rights imply a current obligation, not future, of their gradual satisfaction. This reality is reinforced when we talk about the social rights of children, in respect of which the State has, according to the Convention on the Rights of the Child, the obligation to provide special protection to children throughout all stages of its development and the obligation to consider, as a guiding and primary principle, the principle of the best interests of the child.

Keywords: Economic, social and cultural rights; rights of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto y características de los derechos económicos, sociales y culturales: 1. Concepto y fuentes; 2. Características; 3. Los derechos sociales de los niños, niñas y adolescentes. III. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

El título se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Esta es una terminología que proviene del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente, a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966. Nos gustaría incorporar, en este trabajo, a los derechos ambientales. De esa manera, hablaremos de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el contexto de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Cada vez que usemos la expresión derechos sociales deberá entenderse que nos estamos refiriendo al plexo normativo constituido por los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

El objetivo principal de este estudio consiste en determinar el abanico de derechos sociales de que podrían gozar los NNA y las condiciones de su ejercicio. La pregunta que orientará el análisis será ¿cuáles son los derechos sociales de los NNA y cuáles serían las obligaciones del Estado para lograr su efectividad? El trabajo sigue la metodología del análisis dogmático con la técnica del examen documental.

El estudio se divide en dos partes principales. La primera parte examina el concepto y características de los DESC y la segunda parte, aborda los derechos sociales que podrían disfrutar plenamente los NNA.

II. Concepto y características de los derechos económicos, sociales y culturales

En esta primera parte, quisiéramos abordar la temática conceptual y de las fuentes de los derechos sociales, para luego asumir el análisis de las principales características de los derechos humanos en conexión con los derechos sociales.

1. Concepto y fuentes

Los derechos sociales pueden conceptualizarse como aquellos derechos humanos que persiguen un fin colectivo y, consecuentemente, solidario, ya sea que su ejercicio sea individual o propiamente colectivo, y que, en términos generales, apuntan a establecer un nivel mínimo de protección social, ya sea en la esfera de la protección del trabajo o de la seguridad social, de la protección de la educación, de la protección del acceso a la salud, del acceso a la vivienda, a la alimentación, al medio ambiente sano, al agua potable y el saneamiento, a la cultura, a la familia, etc. Se ha sostenido que “los derechos económicos, sociales y culturales son derechos considerados de una naturaleza económica, social o cultural. Estos derechos se relacionan con la realización de necesidades humanas básicas y que incluyen derechos necesarios para la subsistencia o derechos básicos” (Cahill-Ripley y Hendrick, 2018, p.13).

De los derechos sociales emanan tanto obligaciones positivas como negativas, esto es, pueden ser prestacionales como no prestacionales, y la prestación, en su caso, puede provenir, tanto del Estado como de particulares. De acuerdo con Danilo Türk “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una relación de interdependencia con los derechos civiles y políticos y su naturaleza es tan jurídica como la de éstos. Son intemporales en su esencia; su aplicación y pertinencia deberían ser consecuentes y sostenibles, a pesar de los frecuentes vaivenes del entorno económico tanto interno como externo. Debe prestarse una atención constante a la

utilización de "todos los recursos disponibles" para alcanzar la realización de estos derechos humanos".¹

Desde un punto de vista histórico, un momento social constituyente se experimentó en los albores del siglo XX, en plena ebullición de la crisis social generada por la revolución industrial el siglo anterior, esencialmente, en Europa y América del Norte. Políticamente, se buscaba fortalecer las condiciones de los trabajadores para evitar que fueran presa de los movimientos comunistas que comenzaban a aflorar en ese entonces, y que, se pensaba, podían poner en peligro la paz y la estabilidad entre las naciones. Así, la palabra clave fue el establecimiento de la justicia social, que nos recuerda la noción de equidad, y más modernamente, de igualdad social material en términos de acceso a una vida digna. Esto quedó plasmado en el Capítulo XIII del Tratado de Versalles de 1919, que creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este Tratado puso fin a la Primera Guerra Mundial. Su preámbulo indica que "la paz universal y permanente solo puede lograrse si se basa en la justicia social". Así, se ha dicho que la justicia social indica "que el desarrollo económico y el progreso social deben ir juntos y acomodarse mutuamente, de forma que todas las categorías sociales tengan participación adecuada en el aumento de la riqueza de la nación."² La idea del preámbulo del Tratado de Versalles fue profundizada en la Declaración de Filadelfia de 1944 y, más aun, en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos fundamentales en el trabajo de 1998, y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008. En resumen, los derechos sociales a nivel internacional, al menos en su fundamento, fueron reconocidos desde principios del siglo XX.

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se encuentran reconocidos, a nivel universal, fundamentalmente, en la Declaración Universal de

¹ Comisión de Derechos Humanos: *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Segundo informe sobre la marcha de los trabajos preparado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial*. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1991/17, de fecha 18 de julio de 1991, par. 52, b).

² Carta Encíclica *Mater et Magistra* de Su Santidad Juan XXIII sobre el reciente desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina cristiana, de fecha 15 de mayo de 1961, par. 73.

Derechos Humanos (DUDH) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Asimismo, en el plano universal sectorial, juegan un importante rol las Convenciones y Tratados celebrados en el seno de la OIT así como en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia, la Educación y la Cultura (UNESCO). Así, por ejemplo, son muy relevantes las normas fundamentales del trabajo, vinculadas con la prohibición del trabajo forzoso infantil y la protección de los NNA en la esfera laboral, o bien, las normas de la UNESCO relacionadas con la protección de la identidad cultural, las expresiones culturales y el derecho a la propia lengua.

A esto, habría que sumarle, en el plano regional, las normas y estándares sobre derechos sociales desarrollados en el ámbito europeo, americano, africano y asiático. En Europa, los derechos sociales encuentran su reconocimiento en dos sistemas de protección internacional. Por un lado, el contexto del Consejo de Europa y, por otro lado, el ámbito de la Unión Europea. En el primero, las normas de protección de los derechos sociales residen esencialmente en la Carta Social Europea de 1996 (revisada), la cual es supervisada en su cumplimiento por el Comité Europeo de Derechos Sociales, y en una medida indirecta, se encuentra el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo órgano de control es la Corte Europea de Derechos Humanos.³ Respecto de la Carta Social Europea cabe resaltar que el artículo 7 consagra el “Derecho de los niños y adolescentes a protección en el ámbito laboral, de salud y educación”, y, el artículo 17 reconoce el “Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales”. En el segundo, las normas protectoras de derechos sociales se encuentran fundamentalmente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, que puede ser objeto de control por parte del

³ En lo que respecta a la Carta Social Europea, vid. BELORGEY, Jean-Michel (2007) “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 70, PRIETO SUÁREZ, Ramón (2008) “La Carta social europea y el Comité Europeo de derechos sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Cruz Villalón, 2017). Cabe resaltar que el artículo 32 consagra la “prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo” y el artículo 33 reconoce el derecho a la “vida familiar y vida profesional”.

Para el caso de América, los derechos sociales se encuentran mencionados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) de 1948, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 17 de noviembre de 1988. Asimismo, es importante mencionar la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, en 1948 (Gialdino, 2014). En razón del reenvío que realiza el artículo 26 (DESC Desarrollo Progresivo) de la CADH, es necesario referirse a los derechos económicos, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Desde la perspectiva de los mecanismos de control, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene competencia para recibir peticiones individuales por la violación de los derechos contenidos en la DADDH y en la CADH, en los casos de los Estados partes de dicha Convención. Además, en este contexto, la CIDH puede conocer de peticiones individuales por la violación del artículo 8.1.a) (el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos) y 13 (el derecho a la educación) del Protocolo de San Salvador. Desde esta perspectiva, las competencias internacionales de la CIDH para conocer de peticiones o comunicaciones planteadas en nombre de NNA por violaciones a sus derechos sociales, serían bastante limitadas.

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se pueden mencionar, como los principales derechos sociales, los siguientes:

- Derecho a la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad (artículo 16 DUDH; artículo 10 PIDESC)
- Derecho a la seguridad social (artículo 22 DUDH; artículo 9 PIDESC)

- Derecho al trabajo y su protección (artículo 23 DUDH; artículo 6 PIDESC)
- Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 23 DUDH; artículo 7 PIDESC)
- Derecho a sindicarse (artículo 23 DUDH; artículo 8 PIDESC)
- Derecho al descanso, a vacaciones periódicas pagadas (artículo 24 DUDH; artículo 7 PIDESC)
- Derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 25 DUDH; artículo 11 PIDESC)
- Derecho a la salud (artículo 25 DUDH; artículo 12 PIDESC)
- Derecho a la alimentación (artículo 25 DUDH; artículo 11 PIDESC)
- Derecho a la vivienda (artículo 25 DUDH; artículo 11 PIDESC)
- Derecho a la protección especial de la maternidad y la infancia (artículo 25 DUDH; artículo 10 PIDESC)
- Derecho a la educación (artículo 26 DUDH; artículo 13 PIDESC)
- Derecho a participar y beneficiarse de la vida cultural de la comunidad (artículo 27 DUDH; artículo 15 PIDESC)

Además, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, contiene dos referencias específicas a los NNA en el contexto de la protección de la familia: el artículo VI y VII. Pero, además, contiene referencias expresas, al igual que lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos, a una serie de derechos sociales, a saber: derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI); derecho a la educación (artículo XII); derecho a los beneficios de la cultura (artículo XIII); derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV); derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV); derecho a la seguridad social (artículo XVI), entre otros.

Junto con lo anterior, probablemente, deberíamos incorporar a este listado de derechos, el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Este derecho, tiene, entre otros elementos centrales, las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y con el derecho de todas las personas a tener un nivel de vida adecuado, a acceder a los medios necesarios para tener oportunidades

de aprovechar al máximo sus potencialidades, y a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.⁴ Si bien este derecho no aparece directamente reconocido en la DUDH ni en el PIDESC, aparece mencionado en instrumentos internacionales que no son directamente vinculantes así como en ciertos instrumentos regionales directamente vinculantes.

Desde el punto de vista de los primeros, se podría decir que un primer reconocimiento formal de este derecho apareció con la organización en 1972 de la “Conferencia de las Naciones Unidas del Medio Humano en Estocolmo. El Principio 1 de la Declaración resultante de dicha Conferencia sostenía: “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras” (Ugartetxea de la Cruz, 2017, p.12).

En cuanto a los instrumentos regionales vinculantes aparece la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 1981. El artículo 24 de este tratado regional indica que “Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo”. Esta formulación inicial es muy rescatable porque destaca la dimensión naturalmente colectiva del medio ambiente. Posteriormente, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos incorporó una referencia de esta naturaleza en el Protocolo Adicional a la CADH sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988. En efecto, el artículo 11 de este instrumento señala:

“Derecho a un Medio Ambiente Sano: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios

⁴ Comisión de Población y Desarrollo: *Examen y evaluación del programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y su contribución al seguimiento y examen de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2019/2, de fecha 18 de enero de 2019, par. 1.

públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”

Más recientemente, ha sido el sistema jurídico de la Unión Europea, a través de su Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Si bien, se debe admitir que la Carta reitera el enfoque ya asumido por el Tratado de la unión, en el sentido de fijar como un objetivo de política general la protección del medio ambiente, también habría que considerar que esta formulación se incluye, ahora, en una Declaración de Derechos (Gómez Reino y Carnota, 2013). Así, el artículo 37 señala:

“Protección del medio ambiente. Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.”

El sistema regional africano, a través de su Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (Protocolo de Maputo) de 11 de julio de 2003, incorpora a su texto, de manera muy innovadora y avanzada, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y viable (artículo 18) y, conectado estrechamente con el anterior, el derecho a un desarrollo sostenible (artículo 19). En el año siguiente, dentro del sistema de derechos humanos de los países árabes, la Carta Árabe de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2004 también incluye el derecho a un medio ambiente sano (artículo 38). Por último, un avance innovador se produjo en este sentido con la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, el 18 de noviembre de 2012, que incorpora el derecho a un medio ambiente sano, limpio y sostenible (artículo 28 f) y, en íntima relación con este, también consagra el derecho al desarrollo y el principio de equidad intergeneracional (artículo 35).

Desde la perspectiva del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, ya se encontraría justificada, en la época actual de evolución de la civilización y de la dignidad humana, la elaboración de un instrumento internacional

vinculante de ámbito universal que consagrara el derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Esta es la posición que ha reiterado ante Naciones Unidas el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. De este modo, el Relator Especial ha sostenido que:

“Ha llegado la hora de que las Naciones Unidas reconozcan oficialmente el derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible o, simplemente, el derecho humano a un medio ambiente saludable. [...] [H]oy en día es indiscutible que los seres humanos dependen totalmente de un medio ambiente saludable para tener una vida digna, sana y satisfactoria. Los sistemas ecológicos, la diversidad biológica y las condiciones del planeta que son las bases fundamentales de la existencia humana se encuentran bajo una tensión sin precedentes.”⁵

Del mismo modo, este derecho puede encontrar su fuente en el derecho internacional general, sobre todo, si se toma en cuenta dos antecedentes relevantes. En primer lugar, el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible se encuentra incorporado –con distintas formulaciones– en más de 150 Constituciones y legislaciones del mundo y reconocido en relevantes decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales, lo que contribuye a la generación de una práctica como muestra de una costumbre asentada en la materia.⁶ En segundo lugar, este derecho ha sido reconocido e incorporado en instrumentos internacionales no vinculantes, que forman parte del *soft law* internacional, sin perjuicio de considerar también el importante desarrollo realizado por la jurisprudencia internacional en la materia. En este último sentido, cabe recordar la relevante Opinión Consultiva 23/17

⁵ Asamblea General: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/73/188, de fecha 19 de julio de 2018, par. 37.

⁶ Asamblea General: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/73/188, de fecha 19 de julio de 2018, par. 36.

de la Corte IDH, que reconoció el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible como un derecho autónomo, sin perjuicio de las conexiones entre la protección del medio ambiente y la salvaguarda de otros derechos humanos, ya sea, DCP y DESC.⁷

La degradación ambiental afecta gravemente a los grupos vulnerables dentro de los cuales se encuentran los NNA. El Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente ha sostenido que “[e]n su conjunto, ningún grupo es más vulnerable a los daños ambientales que los niños (las personas menores de 18 años), que representan el 30% de la población mundial. Los daños ambientales tienen efectos especialmente graves en los niños menores de 5 años. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que, de los 5,9 millones de muertes de niños menores de 5 años habidas en 2015, más de una cuarta parte, es decir, más de 1,5 millones de muertes, habrían podido evitarse reduciendo los riesgos ambientales.”⁸ La degradación ambiental puede tener un impacto muy relevante en el goce efectivo de múltiples derechos de los NNA, especialmente, de los derechos sociales. En este sentido, el Relator Especial ha reiterado que “[l]a Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y establece que los Estados partes garantizarán, en la máxima medida posible, no solo la supervivencia, sino también el desarrollo del niño (art. 6). La Convención también reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24), al igual que lo hacen la Constitución de la OMS y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12). [...] Un medio ambiente sano es necesario para que los niños disfruten del derecho a la vida, el desarrollo y la salud.”⁹ Incluso más, de manera

⁷Corte IDH: *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

⁸ Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/58, de fecha 24 de enero de 2018, par. 15.

⁹ Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/58, de fecha 24 de enero de 2018, párs. 32-33.

general, el Relator Especial agrega que “la degradación ambiental interfiere en el disfrute del derecho a la alimentación, la vivienda, el agua y el saneamiento, y a un nivel de vida adecuado en general. La falta de aire y agua limpios, la exposición a productos químicos y desechos peligrosos, los efectos del cambio climático y la pérdida de biodiversidad no solo impiden que los niños disfruten de sus derechos en la actualidad; al interferir en su desarrollo normal, los daños ambientales les impiden disfrutar de sus derechos en el futuro y, a menudo, a lo largo de toda su vida.”¹⁰

2. Características

Dentro de las características más sobresalientes de los derechos sociales queremos destacar la indivisibilidad y la justiciabilidad, y las obligaciones estatales en materia de DESCAs.

2.1. Indivisibilidad

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, confirmó las principales características reconocidas a los derechos humanos. En efecto, la Declaración final de esta Conferencia, de 25 de junio de 1993, señaló, en su párrafo 5º, lo siguiente:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y

¹⁰ Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/58, de fecha 24 de enero de 2018, par. 35.

culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

Se puede sostener que algunos de los principios fundamentales aplicables, en general, a los derechos humanos, son los de indivisibilidad, no discriminación, dignidad humana, equidad, igualdad, universalidad, transparencia, participación y rendición de cuentas. Es ampliamente aceptado que uno de los principios básicos aplicables a la efectividad de los DESCAs es el principio de indivisibilidad. En efecto, “todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y asignándoles a todos el mismo peso” y, además, “el respeto, la promoción y la protección de una categoría de derechos nunca debe eximir a los Estados del respeto, la promoción y protección de los demás derechos”.¹¹

El DIDH y, en particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2015, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, la actividad del CDESC “mediante la formulación de observaciones generales, el examen de los informes periódicos y, para los Estados parte en el Protocolo Facultativo del Pacto, el examen de las comunicaciones individuales”, y los mecanismos y procedimientos especiales cuyo mandato específico incluye promover y proteger los DESCAs, han reconocido los principios de no discriminación, dignidad humana, equidad, igualdad, universalidad, transparencia, participación y rendición de cuentas que deben ser aplicados para asegurar el pleno goce y el ejercicio efectivo, en todo los países, de los derechos económicos, sociales y culturales.¹² Desde el punto de vista de los sistemas regionales de protección de los

¹¹ Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. N.U. A/HRC/37/L.24, de fecha 19 de marzo de 2018.

¹² *Ibíd*; Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. N.U. A/HRC/RES/34/4, de fecha 6 de abril de 2017; Consejo de

derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido en diversas oportunidades, el principio de indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.¹³ Igualmente, la Corte IDH ha reiterado en distintos casos el principio de prohibición de la discriminación en conexión con el goce de DESCAs y la situación de grupos especialmente vulnerables.¹⁴ Cabe recordar que la Corte IDH ha señalado que la prohibición de la discriminación ha entrado en el dominio de las normas de *ius cogens*.¹⁵

Un ejemplo, en nuestra opinión, notable de este reconocimiento del principio de indivisibilidad de los derechos humanos –lo que exige un cambio conceptual y paradigmático en la forma de comprender estos derechos– se encuentra en las palabras de los jueces interamericanos Cançado Trindade y Abreu Burelli:

“En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los

Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. N.U. A/HRC/RES/31/5, de fecha 23 de marzo de 2016; Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. A/HRC/32/31, de fecha 28 de abril de 2016.

¹³Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.” Corte IDH: *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, par.141; Corte IDH: *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, par. 101; Corte IDH: *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, par. 131; Corte IDH: *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 172.

¹⁴Una situación de discriminación se produce cuando existe un tratamiento diferenciado, con base en un motivo prohibido que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos.”CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 408; Vid. Corte IDH: *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 253; Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, par. 81.

¹⁵Corte IDH: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 101; Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina. [...] El deber del 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, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. 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.”¹⁶

A mayor abundamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), hace varias décadas que esclareció esta situación, reiterando el principio de indivisibilidad e interrelación entre los derechos humanos, indicando:

“Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”.¹⁷

¹⁶ Corte IDH: *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Voto Concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, pars. 4 y 6.

¹⁷ CEDH: *Caso Airey vs. Irlanda*. Demanda N° 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, par. 26; CEDH: *Caso Sidabras and Dziautas vs. Lithuania*. Demanda N° 55480/00 y 59330/00. Sentencia de 27 de julio de 2004, par. 47; Pérez Alberdi, María Reyes: “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos

Asimismo, la Corte IDH también ha establecido la indivisibilidad e interrelación entre los DCP y los DESC, desvaneciendo la argumentación de la generación de derechos. De este modo, los jueces interamericanos han sostenido que:

“En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención.”¹⁸

2.2. Obligaciones estatales en materia de DESCA

Resulta extremadamente relevante tener en consideración que “los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana. Como derechos universales e inalienables, los derechos humanos se aplican en todas partes y en cualquier circunstancia, incluso en tiempos de crisis y desastres. Todos los Estados tienen las obligaciones positivas de derechos humanos de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.”¹⁹ Más concretamente, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido con razón que “los derechos económicos, sociales y culturales indican las condiciones mínimas necesarias para que las personas puedan vivir

Humanos”, in *Lex Social, Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2011, pp. 93-105; Arregui, Carla. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Irlanda contra el Reino Unido)", en *Persona y Derecho*, Vol. 7, 1980, pp. 376-687.

¹⁸ Corte IDH: *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 171.

¹⁹ Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 26.

liberadas del temor y de la miseria, y la mejora continua de esas condiciones”.²⁰ A pesar de todos los esfuerzos que se han hecho por no diferenciar en categorías los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, muchos actores internacionales relevantes siguen esgrimiendo esta distinción.²¹

La efectividad de los DESCAs, y también del resto de los derechos humanos, depende del cumplimiento de las obligaciones que le incumben, primordialmente, al Estado, así como a todos los otros agentes que intervienen en el proceso, tales como las empresas.²² Estas obligaciones se pueden distinguir entre obligaciones de abstención (negativas) y obligaciones de acción (positivas) (Kenna, 2009). En el ámbito del derecho del niño a la salud, el Comité sobre los derechos del niño, ha mencionado que “los Estados tienen tres tipos de obligación con respecto a los derechos humanos: (sic) respetarlas libertades y derechos, proteger esas libertades y derechos de terceros o de amenazas sociales o ambientales y hacer efectivos los derechos mediante facilitación o concesión directa. De conformidad con el artículo 4 de la Convención, los Estados partes harán efectivo el derecho del niño a la salud al máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional”²³.

²⁰Consejo Económico y Social: *Alerta temprana y derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Doc. N.U. E/2016/58, de fecha 13 de mayo de 2016, par. 4.

²¹“La determinación de abordar la desigualdad extrema solo es posible si hay políticas y programas que se tomen en serio los derechos económicos, sociales y culturales y les den tanta prominencia y prioridad como a los derechos civiles y políticos. A pesar de todo lo que se ha conseguido en esta esfera en los dos últimos decenios, lo cierto es que los derechos económicos, sociales y culturales siguen siendo de segunda categoría.” Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston*. Doc. N.U. A/HRC/29/31, de fecha 27 de mayo de 2015, par. 50; Sobre la idea de que, en la actualidad, los derechos económicos y sociales siguen siendo secundarios en la mayoría de los ámbitos, vid. Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. A/HRC/32/31, de fecha 28 de abril de 2016.

²²Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 29.

²³Comité de los Derechos del Niño: *Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Doc. N.U. CCR/C/GC/15, de fecha 17 d abril de 2013, par. 71.

A este respecto, en el ámbito específico de la salud, la Corte IDH ha establecido la responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares, señalando que:

“La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.”²⁴

Incluso más, el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de la mujer (CEDAW) ha sostenido que el Estado es responsable directamente por actos de terceros en aquellos casos de tercerización de sus servicios, tales como los servicios sanitarios:

“[...] el Estado es directamente responsable por las acciones de las instituciones privadas cuando terceriza servicios médicos, y adicionalmente, que el Estado siempre es responsable del deber de regular y monitorear las instituciones privadas de salud.”²⁵

En general, las obligaciones que emanan de los DESCAs son de carácter progresivo, lo que significa que se trata de obligaciones de realización paulatina y dependiendo de la disponibilidad de los recursos con que se cuenta, pero siempre, teniendo el deber de adoptar medidas en la dirección de la plena efectividad, con carácter inmediato (De Roux y Ramírez, 2004, p.14).

²⁴ Corte IDH: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, pars. 89 y 90.

²⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW): *Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*, Decisión de 25 julio de 2011. Doc. N.U. CEDAW/C/49/D/17/2008, de fecha 27 de septiembre de 2011; Comité de los Derechos del Niño: *Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Doc. N.U. CCR/C/GC/15, de fecha 17 d abril de 2013, pars. 75, 76 y 77.

Como se ha observado, junto con estas, a partir de las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, existen obligaciones de cumplimiento inmediato para los Estados, a saber:²⁶

- a) La obligación de garantizar el goce y ejercicio de los DESCAs sin discriminación;²⁷
- b) La obligación de adoptar medidas;²⁸
- c) La obligación de no regresión;²⁹
- d) La obligación de satisfacer los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos.³⁰

²⁶ Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 30; Vid. Todos los Estados, con independencia de su nivel de desarrollo, deben adoptar de inmediato medidas para cumplir estas obligaciones con carácter prioritario y sin imponer discriminación alguna. Cuando pueda demostrarse que los recursos disponibles son insuficientes, los Estados deberán adoptar medidas selectivas para proceder lo más expedita y eficazmente posible en pro de la plena realización del derecho del niño a la salud. Independientemente de los recursos disponibles, los Estados tienen la obligación de no adoptar medidas retrógradas que puedan entorpecer el disfrute por el niño de su derecho a la salud." Comité de los Derechos del Niño: *Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Doc. N.U. CCR/C/GC/15, de fecha 17 de abril de 2013, par. 72.

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 1.

²⁸ "Si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 2; Vid. CIDH: *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V.II.102 Doc. 9 rev. 1, de fecha 26 de febrero de 1999, par. 6; CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 408.

²⁹ "Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 9.

³⁰ "Sí se les puede reclamar [a los Estados] que aseguren unos niveles esenciales de cada uno de esos derechos, y que actúen deliberada y de manera persistente, con arreglo a un plan sistemático, en pos de hacerlos plenamente efectivos." DE ROUX, Carlos y RAMÍREZ J., (2004), p. 14; "Corresponde a cada Estado

Todas estas obligaciones que encuentran su fundamento, *inter alia*, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en la Declaración de Viena de 1993, y en la labor realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) son absolutamente aplicables y deben ser respetados en casos de riesgos y amenazas, tales como situaciones de crisis sociales o desastres naturales. El Estado debe “velar por que el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas no se deteriore, adoptando medidas preventivas para anticipar los desastres y los efectos adversos previsibles del cambio climático.³¹ De este modo, las medidas adoptadas deben ajustarse al contenido sustantivo y procedimental de los derechos económicos, sociales y culturales y a las exigencias de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de cada derecho (SEPÚLVEDA y NYST, 2012 p.42).³²

Por ejemplo, en el caso específico del derecho a la salud, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha desarrollado estos elementos de contenido, como el estándar mínimo que debe ser respetado y garantizado por los Estados, a saber:

Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 10.

³¹ “Estos principios implican que, incluso en caso de desastre o crisis, los Estados tienen la obligación de garantizar que la población afectada tenga acceso a los servicios y recursos básicos necesarios, sin discriminación. [...] Por lo tanto, las obligaciones en materia de derechos humanos se aplican no solo a las medidas de protección directa, sino también a las medidas de mitigación y adaptación que tienen por objeto proteger el disfrute de estos derechos por las personas.” Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 31.

³² Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. A/HRC/34/25, de fecha 14 de diciembre de 2016, par. 51 a); Vid. CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 445; En particular, respecto al derecho a la salud, vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Doc. N.U. E/C.12/2000/4, de fecha 11 de agosto de 2000, par. 12.

“a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas con VIH/SIDA. [...]

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.”³³

Desde la perspectiva del estándar social mínimo, Danilo Türk ha indicado que “los Estados con obligaciones legales específicas para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales tienen la obligación de garantizar el respeto de unos derechos mínimos de subsistencia para todos dejando de lado su nivel de desarrollo económico.”³⁴

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 14: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Doc. N.U. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, par. 12.

³⁴ Comisión de Derechos Humanos: *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Segundo informe sobre la marcha de los trabajos preparado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial*. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1991/17, de fecha 18 de julio de 1991, par. 52, d).

3. Los derechos sociales de los niños, niñas y adolescentes

Los NNA gozan de los mismos derechos sociales que cualquier otra persona adulta. Además, en el ámbito concreto de los derechos de los NNA, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, contiene una referencia específica a un cierto número de derechos sociales.

Primeramente, en términos generales, se podría afirmar que todos los derechos relacionados con la protección de la familia y, por tanto, de los NNA presentan un carácter social. En este contexto, a nuestro modo de ver, es evidente que los derechos del niño son derechos sociales porque son esenciales para el proceso de construcción colectivo de la comunidad política. De hecho, sin prejuzgar acerca de un concepto determinado de familia, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, así como numerosas Constituciones en el mundo, aluden a la familia como el elemento fundamental de la sociedad (artículo 6). Dicho de otro modo, sin esta preocupación general respecto de la vida y el desarrollo de este grupo social, la comunidad política no tendría futuro. Incluso más, se pueden incorporar aquí las preocupaciones éticas, sociales y políticas expresadas a través del principio jurídico de las generaciones futuras, o bien, de la equidad intergeneracional.

Por otra parte, en términos más específicos, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla detalladamente algunos derechos sociales, que nosotros hemos agrupado de la siguiente manera:

I) Vida familiar

1) el derecho a la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6.2.). Nos parece interesante conectar este derecho consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 con el derecho consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 relacionado con que “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales” (artículo 7)

2) el derecho del niño al nombre, a la nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7.1.); el derecho del niño a la preservación de la identidad y de sus relaciones familiares (artículo 8.1.); el derecho del niño a la reunificación familiar (artículo 10.1.)

II) Servicios sociales

1) el derecho del niño mental o físicamente impedido a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad (artículo 23)

2) el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículo 24)

El Comité de Derechos del Niño ha indicado que “la Convención reconoce la interdependencia y la igualdad de importancia de los distintos derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) que permiten a todos los niños desarrollar su capacidad mental y física, su personalidad y su talento en la mayor medida posible. El derecho del niño a la salud no solo es importante en sí mismo; la realización del derecho a la salud es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos contemplados en la Convención. A su vez, el logro del derecho del niño a la salud depende de la realización de otros muchos derechos enunciados en la Convención”.³⁵

Desde el punto de vista del derecho a la salud, el disfrute de este derecho por parte de los niños debe cumplir, al menos, con 4 criterios: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En este sentido, el Comité de los derechos del niño ha sostenido lo siguiente respecto de estos conceptos:

“a) Disponibilidad:

Los Estados deben velar por el funcionamiento en cantidad suficiente de instalaciones, bienes, servicios y programas de salud infantil. El Estado ha de asegurarse de que dispone en su territorio de hospitales, clínicas, profesionales de la salud, equipos e instalaciones móviles, trabajadores

³⁵ Comité de los Derechos del Niño: *Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Doc. N.U. CCR/C/GC/15, de fecha 17 d abril de 2013, par. 7.

sanitarios comunitarios, equipos y medicamentos esenciales suficientes para proporcionar atención sanitaria a todos los niños, las embarazadas y las madres. La suficiencia debe medirse en función de la necesidad, prestando especial atención a las poblaciones insuficientemente dotadas deservicios y las de acceso difícil.

b) Accesibilidad:

El elemento de accesibilidad presenta cuatro dimensiones:

a) No discriminación. Los servicios de atención de la salud y servicios conexos, los equipos y los suministros deben estar al alcance de todos los niños, embarazadas y madres, en la ley y en la práctica, sin discriminación de ningún tipo.

b) Accesibilidad física. Las instalaciones de atención de la salud deben estar en un radio accesible para todos los niños, embarazadas y madres. Puede que la accesibilidad física obligue a prestar un mayor grado de atención a las necesidades de los niños y mujeres con discapacidad. El Comité alienta a los Estados a que den prioridad a la implantación de instalaciones y servicios en zonas insuficientemente atendidas y a que inviertan en enfoques de atención móvil, tecnologías innovadoras y trabajadores sanitarios comunitarios debidamente capacitados y provistos de apoyo con el objeto de prestar servicios a los grupos de niños especialmente vulnerables.

c) Accesibilidad económica/asequibilidad. La falta de capacidad para pagar los servicios, suministros o medicamentos no debe traducirse en una denegación de acceso. El Comité exhorta a los Estados a que supriman las tasas de usuario y apliquen sistemas de financiación de la salud que no discriminen a las mujeres y los niños cuando no pueden pagar. Deben implantarse mecanismos de mancomunación de riesgos, como recaudaciones de impuestos y seguros, sobre la base de contribuciones equitativas en función de los medios.

d) Accesibilidad de la información. Debe proporcionarse a los niños y sus cuidadores información sobre promoción de la salud, estado de salud y opciones de tratamiento en un idioma y un formato que sean accesibles y claramente inteligibles.

c) Aceptabilidad:

En el contexto del derecho del niño a la salud, el Comité entiende por aceptabilidad la obligación de que todas las instalaciones, bienes y servicios relacionados con la salud se diseñen y usen de una forma que tenga plenamente en cuenta y respete la ética médica, así como las necesidades, expectativas, cultura e idioma de los niños, prestando especial atención, cuando proceda, a determinados grupos.

d) Calidad:

Las instalaciones, bienes y servicios relacionados con la salud deben ser adecuados desde el punto de vista científico y médico y de calidad. Para garantizar la calidad es preciso, entre otras cosas, que:

- a) los tratamientos, intervenciones y medicamentos se basen en las mejores pruebas disponibles;
- b) el personal médico esté debidamente facultado y disponga de capacitación adecuada en salud materna e infantil, así como en los principios y disposiciones de la Convención;
- c) el equipo hospitalario esté científicamente aprobado y sea adecuado para los niños;
- d) los medicamentos estén científicamente aprobados y no caducados, estén destinados a los niños (cuando sea necesario) y sean objeto de seguimiento por si se producen reacciones adversas; y

e) se evalúe periódicamente la calidad de la atención dispensada en las instituciones sanitarias.”³⁶

Especialmente relevante en esta materia son las responsabilidades del Estado, en relación con el sector privado, de proveer el suministro de agua potable salubre y de prevenir la contaminación del medio ambiente, todo ello, en conexión con el derecho del niño a una vida digna. En efecto, el Comité de derechos del niño ha mencionado lo siguiente:

“El agua potable salubre y el saneamiento son esenciales para el pleno disfrute de la vida y los demás derechos humanos. Los departamentos gubernamentales y las autoridades locales a cargo del agua y el saneamiento deben asumir su obligación de contribuir a la realización del derecho del niño a la salud y tener presentes los indicadores infantiles de malnutrición, diarrea y otras enfermedades relacionadas con el agua, así como el tamaño de las familias, al planificar y llevar a cabo obras de expansión de la infraestructura y mantenimiento de los servicios de abastecimiento de agua y al adoptar decisiones con respecto a la asignación mínima gratuita y al corte del suministro. Los Estados no están exentos de cumplir sus obligaciones aunque hayan privatizado el agua y el saneamiento.

Los Estados deben adoptar medidas para hacer frente a los peligros y riesgos que la contaminación del medio ambiente local plantea a la salud infantil en todos los entornos. Para la crianza y el desarrollo del niño en condiciones sanas son fundamentales viviendas adecuadas que incluyan instalaciones para preparar alimentos exentos de peligro, un entorno sin humos, ventilación apropiada, la gestión

³⁶ Comité de los Derechos del Niño: *Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Doc. N.U. CCR/C/GC/15, de fecha 17 d abril de 2013, pars. 113, 114, 115 y 116.

eficaz de los desechos y la eliminación de los desperdicios de las viviendas y sus inmediaciones, la ausencia de moho y otras sustancias tóxicas y la higiene familiar. Los Estados han de regular y vigilar el impacto ambiental de las actividades empresariales que puedan poner en peligro el derecho del niño a la salud, su seguridad alimentaria y su acceso a agua potable y saneamiento.

El Comité pone de manifiesto la importancia del medio ambiente para la salud del niño, más allá de la contaminación. La intervención es en materia de medio ambiente deben hacer frente, entre otras cosas, al cambio climático, que es una de las principales amenazas a la salud infantil y empeora las disparidades en el estado de salud. En consecuencia, los Estados han de reservar a la salud infantil un lugar central en sus estrategias de adaptación al cambio climático y mitigación de sus consecuencias."³⁷

3) el derecho del niño a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social (artículo 26.1.)

III) Nivel de vida adecuado y desarrollo integral

1) el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27.1.)

2) el derecho a gozar de las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo (artículo 27.2.)

³⁷ Comité de los Derechos del Niño: *Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Doc. N.U. CCR/C/GC/15, de fecha 17 d abril de 2013, pars. 48 y 49.

3) el deber del Estado de velar por la efectividad de este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (artículo 27.3.)

IV) Educación y cultura

1) el derecho del niño a la educación (artículo 28.1.); la educación del niño deberá estar encaminada, entre otras cosas, a inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural (artículo 29.1.e.)

2) el derecho a tener su propia vida cultural y a hablar su propio idioma (artículo 30) y el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes (artículo 31.1.)

V) Protección especial contra explotación y abuso

1) el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (artículo 32.1.)

2) el deber del Estado de adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados (artículo 39)

VI) Acceso a la justicia

1) el derecho de todo niño a acceder a la justicia, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad, a disponer de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa y el deber del Estado de garantizarlo (artículo 40.1.)

Estos son los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los NNA que el Estado se encuentra obligado a dar cumplimiento efectivo, especialmente, dentro del ámbito interno, a través del ejercicio de un control de convencionalidad. Para la efectividad de estos derechos es crucial la justiciabilidad de los mismos. Esto significa la posibilidad que los NNA tengan de procurar la defensa de sus derechos sociales ante los tribunales e instancias administrativas. Con todo, no solo se requiere el rol activo del Estado formal, sino de toda la comunidad, de cada unidad de la sociedad y de las familias. El derecho internacional, a través de la actividad de los distintos mecanismos de protección de los derechos, se convierte en un poderoso aliado de los Estados para la determinación específica del sentido y alcance de cada derecho social reconocido.

III. Conclusión

Los derechos sociales son derechos que se encuentran sometidos, fundamentalmente en doctrina, no sólo a un especial test de obligatoriedad sino también de justiciabilidad. En este trabajo, hemos tratado de exponer los ejes principales de estos debates doctrinarios, tanto en la esfera internacional como en el ámbito doméstico. Sin duda que las características de indivisibilidad, interrelación e interdependencia marcan la pauta acerca del goce efectivo de los derechos sociales. Las obligaciones estatales en el marco de los DESCAs refuerzan esta realidad. Los derechos sociales implican una obligación actual, no futura, de satisfacción paulatina de los mismos. Esta realidad se ve reforzada cuando hablamos de los derechos sociales de los NNA, respecto de los cuales el Estado tiene, según la Convención de los Derechos del Niño, la obligación de proporcionar una protección especial a los NNA a lo largo de todas las etapas de su desarrollo y la obligación de considerar, como un principio rector y primordial, el principio del interés superior del niño. Bien valdría la pena que todos los órganos del Estado recordaran estos deberes en el cumplimiento de sus funciones en el año del aniversario de la referida Convención.

Bibliografía

- BELORGEY, Jean-Miche (2007) “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europea de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 70.
- CAHILL-RIPLEY, Amanda y HENDRICK, Diane (2018) *Economic, Social and Cultural Rights and Sustaining Peace: An introduction*. Geneva: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (2017) “El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunión constitucional europea”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39.
- GIALDINO, Rolando E. (2014) “La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, en *Revista de derecho del trabajo*, núm. 1.
- GÓMEZ, Reino y CARNOTA, Enrique (2013), “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Dereito*, Vol. 22.
- KENNA, Pádraic (2009) “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *Revista de Derecho Político*, N° 79.
- PRIETO SUÁREZ, Ramón (2008), “La Carta social europea y el Comité Europeo de derechos sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11.
- SEPÚLVEDA, Magdalena y NYST, Carly (2012) “The Human Rights approach to social protection”. Ministerio de Asuntos Exteriores de Finlandia, 2012, pp. 17-20.
- UGARTETXEA DE LA CRUZ, Julen (2017), *El derecho humano al medio ambiente en la Agenda 2030*. UNESCO Etxea, Centro UNESCO del País Vasco.

El Derecho Internacional Privado Argentino bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño: ¿y si 30 años son solo el comienzo?

Argentine Private International Law under the prism of the Convention on the Rights of the Child: what if 30 years is just the beginning?

Por Adriana Dreyzin de Klor* y Cristina Britos**

Fecha de recepción: 03/06/2019

Fecha de aceptación: 06/07/2019

Resumen: En estas líneas pretendemos reflexionar sobre la ruta transitada en la lucha por la protección de los derechos de la niñez en nuestro país, durante los 30 años de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que goza de jerarquía constitucional. Indagaremos en el camino recorrido por el Derecho Internacional Privado argentino en relación al interés superior del niño, a través del Código Civil y Comercial de la Nación y la jurisprudencia que se está gestando, a través de los institutos que abarca esta ciencia. Entre estos mencionaremos: la restitución internacional de menores, la adopción internacional, la obligación alimentaria y la gestación por sustitución. A partir de este desarrollo se desprende la íntima vinculación que existe entre el DIPr y los derechos humanos, para que la tutela a la infancia alcance la máxima eficacia.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado; interés superior del niño; Convención de los Derechos del niño

* Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Jurídicas de Córdoba, Argentina. Ex Miembro del Tribunal Permanente de Revisión de MERCOSUR. Integrante del equipo redactor de las normas de Derecho Internacional Privado del Código Civil y Comercial de la República Argentina. Investigadora SECYT Categoría 1.

** Doctoranda en Derecho, UNC. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura, UCC. Profesora de Derecho internacional privado, Facultad de Derecho, UNC. Funcionaria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Abstract: In these lines we intend to reflect upon the path in the struggle for the universal protection of the rights of children in our country, during the thirty years of the Convention on the Rights of the Child, which has constitutional hierarchy. The research focuses on the road taken by the Argentine Private International Law concerning the best interests of the child, through the Civil and Commercial Code of the Nation and the jurisprudence that is being developed, through the institutes covered by this science. Among these we will mention: international child abduction, international adoption, maintenance obligation and international surrogacy. From this development emerges the link between Private International Law and Human Rights, so that the children protection reaches maximum efficiency.

Key words: Private International Law; Convention on the Rights of the Child; best interests of the child

Sumario: I. Reflexiones preliminares. II. El camino recorrido por el Derecho Internacional Privado en la protección de la niñez: 1. La restitución internacional de menores. 2. La adopción internacional. 3. La obligación alimentaria. 4. La gestación por sustitución. III. El control de convencionalidad como pauta de interpretación del interés superior del niño. IV. El DIPr bajo el prisma de la CDN: ¿y si 30 años son sólo el comienzo?. Bibliografía.

I. Reflexiones preliminares

Corría el año 1989 cuando Naciones Unidas reconoce a los niños como sujetos de derechos, y reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

Desde aquel entonces, las transformaciones que han tenido lugar en el marco de la globalización flexibilizando las fronteras nacionales, han alcanzado a las relaciones familiares frente a lo cual irrumpen los nuevos modelos de familia.

Ahora bien, en todos los ámbitos del derecho internacional privado (en adelante DIPr) se advierte la nutrida cantidad de supuestos que quedan captados por las normas jusprivatistas internacionales, siendo el sector del Derecho internacional

privado de familia (DIPrF), el más sensible de la materia. Es este ámbito el que refleja con mayor rigor el efecto que provoca tal desarrollo, especialmente porque se trata de una rama vinculada estrechamente con las concepciones morales, sociales y también políticas que en cada etapa dominan determinada sociedad (Moura Ramos, Rodríguez Benot, 2016).

A lo largo de estos años, el proceso de la constitucionalización de los derechos humanos, se refleja en la notable transformación de los ordenamientos jurídicos, lo que comporta de modo inexorable un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos. En este contexto, la familia puede haber adquirido diferentes significados, pero a la luz de los Tratados de Derechos Humanos (TDDHD), la niñez sigue siendo el eje frente al cual todo el sistema debe canalizar sus esfuerzos para alcanzar su protección.

En estas líneas pretendemos reflexionar sobre la ruta transitada en la lucha por la protección de los derechos de la niñez en nuestro país, durante los 30 años de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), que goza de jerarquía constitucional¹. Indagaremos en el camino recorrido por el DIPr argentino en relación al interés superior del niño, a través del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) y la jurisprudencia que se está gestando, a través de los institutos que abarca esta ciencia. Entre estos que mencionaremos: la restitución internacional de menores, la adopción internacional, la obligación alimentaria y la gestación por sustitución.

A partir de este desarrollo se desprende la íntima vinculación que existe entre el DIPr y los derechos humanos, a la luz del diálogo de fuentes como herramienta esencial (Jayme, 1995) debiendo tener en cuenta el control de convencionalidad, para avanzar en soluciones justas para los casos concretos que se presentan diariamente en los estrados judiciales.

¹ Fue ratificada en Argentina por Ley 23.849, promulgada el 16/10/1990. Está incorporada a la Constitución Nacional Argentina en virtud del art. 75 inc. 22.

II. El camino recorrido por el Derecho Internacional Privado en la protección de la niñez

Partiendo del posmodernismo como método, es menester que el operador jurídico, es decir el aplicador, el abogado, el instrumentador del derecho, elabore la regla que debe utilizar teniendo en cuenta los principios -valores del DIPr derivados de la Constitución y de los TDDHH. Estos ámbitos jurídicos no solo merecen ser respetados en toda su amplitud desde la perspectiva de la ciencia jusprivatista internacional, sino que se identifican como axiomas que la integran. Es en esta línea de pensamiento que adscribimos a la posición que considera que las soluciones deben generarse desde dicha articulación para los casos concretos. En efecto, de esta premisa devienen las respuestas al amparo de la Carta Magna creando una jurisprudencia “principalista” (Nieto, 2000).

En esta oportunidad, el camino que proponemos se circunscribe al rol del DIPr en su articulación con los institutos que resultan ilustrativos de la íntima vinculación entre los TDDHH, y en especial la CDN, para que la tutela a la infancia alcance la máxima eficacia. Reconocemos que se trata de un ámbito complejo y heterogéneo que requiere un trabajo de selección sobre la extensa red de temas que quedan captados en su órbita. La complejidad de las nuevas relaciones privadas creadas en el ámbito familiar es de tal magnitud y la evolución tan rápida, que las respuestas que los ordenamientos ofrecen no siempre garantizan una adecuada resolución de todas las necesidades que surgen, y sobre todo no aseguran la protección de los niños (Otaegui Aizpurúa, 2017). Dado que no pretendemos ser exhaustivos, acotamos el desarrollo a parte de los problemas que consideramos paradigmáticos en nuestra asignatura y principalmente, al generalizado incremento de la utilización del principio del interés superior del niño.

1. La restitución internacional de menores

La restitución internacional de menores -siguiendo la terminología empleada por las convenciones vigentes en Argentina- se presenta cuando uno de los progenitores o

guardadores desplaza al niño hacia otro país sin la debida autorización de la persona humana o jurídica –si correspondiera-, que ejercía el derecho legítimo de custodia, o cuando se cuenta con dicha autorización pero se retiene al niño y no retorna al Estado de su residencia habitual al término del plazo establecido en la autorización emitida (Dreyzin de Klor, 2013). En efecto, si bien se trata de un problema que no es de reciente data, en estos últimos años resulta alarmante el crecimiento de casos que requieren una urgente solución.

Para dejar esclarecida esta temática, atendiendo al modo en que operan las cuestiones relativas al pedido de tenencia definitiva por un lado, y a la solicitud de restitución por otro, es menester situar cada caso concreto desde el ámbito espacial y subjetivo. Esta doble contextualización apunta a resolver el tema de la fuente que resulta aplicable, ya que la articulación de las diversas alternativas de multinivel presentes, deja sentada *ab initio* el marco que capta el supuesto en análisis.

En función de los estados involucrados en el pedido de restitución, el primer paso consiste entonces, en determinar la fuente que resulta aplicable. Argentina se encuentra vinculada a la comunidad internacional a través de tres instrumentos. A nivel universal es parte de la Convención de la Haya sobre sustracción internacional de menores² (en adelante CH 1980), y a nivel regional, de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores³; por otro lado, a nivel bilateral, ha ratificado el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, de 1981⁴.

Cabe puntualizar que, en el orden interno, no existían normas relativas al instituto de la restitución internacional de menores (Dreyzin de Klor, 2015), carencia que ha venido a cubrirse con el art. 2642 del CCyCN. Esta norma dispone que:

“En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen

² Dicha Convención fue aprobada por nuestro país mediante Ley N° 23.857.

³ Esta Convención se aprobó en Argentina mediante Ley 24.037 (B.O. 7/01/92).

⁴ El Convenio sobre Protección de Menores entre Argentina y Uruguay celebrado en 1981, se aprobó por Ley 22.546 (B.O. 4/3/82).

las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño”.

Es decir que, en un caso que vincule a Argentina con un Estado con el cual no hay un convenio común en la materia, se debe aplicar la fuente autónoma que obliga al juez nacional a transpolar los principios de las convenciones internacionales al caso concreto⁵.

Este plexo normativo se articula en función de su ámbito material con la CDN, comenzando a delinarse “un nuevo escenario, al convertir a la cooperación entre autoridades en el método estrella de Derecho internacional privado, a la hora de adoptar las medidas más adecuadas para el menor” (Carballo Piñeiro, 2012, p. 132).

En este orden de ideas, coincidimos con la Corte Suprema en que tanto:

“los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; (...) incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente” (Comité, Observación general N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 42 párrafo 6 del artículo 44); 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “G., M.G. s/ protección de persona”, 2008)

Es necesario precisar que en estos casos de sustracción internacional de menores (Rubaja Nieve, González Martín, 2014), pareciera estar superado el camino hacia una única interpretación de los tratados sobre la materia. Así, los tribunales argentinos vienen pronunciándose de manera favorable a la restitución de niñas y niños ilegítimamente sustraídos del país en que tienen su residencia o son retenidos de manera ilegal en ejercicio del derecho de visita.

⁵ Es importante destacar que el art. 2594 del CCyCN reafirma el carácter subsidiario de las normas de la fuente autónoma.

Para dar solución a esta problemática resulta imprescindible articular las fuentes normativas de manera directa con los principios de Derechos humanos, tutelados por la CDN. Es que cuando comienza a transcurrir el tiempo y el proceso de restitución transita por las diversas instancias judiciales, el *quid* de la cuestión está en preguntarse sobre la necesidad de resguardar el interés superior del niño directamente concatenado con la vulneración del principio de celeridad.

En este contexto, traemos a colación dos casos jurisprudenciales que develan esta profunda necesidad de los tribunales argentinos por dar una satisfacción que reduzca la brecha existente entre los tiempos judiciales y la efectiva tutela del interés superior, que se debe resguardar en cada historia familiar.

En una primera situación, se trata de un fallo dictado hace relativamente poco tiempo⁶ que llevó ante los estrados judiciales el caso de una familia internacional, compuesta por progenitores de diferentes nacionalidades que convivían en el Estado de origen del padre (Italia), cuya madre trasladó indebidamente al hijo común a Argentina. El padre inicia el procedimiento de restitución que se prolonga durante siete años en los tribunales del país, hasta contar con sentencia firme ordenando el retorno seguro del niño al lugar de su residencia habitual o de su centro de vida.

Ello nos conduce a preguntarnos acerca de la injustificada duración del trámite judicial. En este contexto, Dreyzin y Casola (2017: 40) han expresado que:

“El plazo de siete años que medió entre la interposición del pedido de restitución y la sentencia firme que hizo lugar a lo solicitado, abre diversos interrogantes, tales como ¿se ha producido la “reconfiguración del centro de vida” del niño por el transcurso del tiempo? ¿Cómo debe valorarse tal situación en el proceso judicial por restitución? ¿En qué medida, el retorno del niño al Estado de su residencia habitual anterior al traslado indebido, respeta el principio del interés superior?”

⁶ CSJN, G., L. s/ por su hijo G. P., T. por restitución s/familia p/ rec. ext. de inconstit. – casación, 27/12/2016.

En este orden, la extrema dilación de los plazos procesales de los trámites de restitución, desoye el postulado de inmediatez requerido por las normas vigentes, ya que ambos Convenios disponen que el pedido de restitución debe tramitar a través de un proceso urgente (el CH1980 art. 11 establece un plazo de seis semanas y la CI 1989, en su art. 12, prevé un plazo de sesenta días calendario), afectando el interés superior del niño (Pennise Iantorno, Panatti, 2017). De este modo, emerge un nuevo supuesto de análisis judicial: la reconfiguración del centro de vida del niño, ya que estamos ante situaciones en las cuales el lugar de residencia anterior al traslado, por efecto del transcurso del tiempo, ya no se vincula a su identidad, ni a sus lazos familiares o personales, perdiendo su significación como ámbito de protección y seguridad, desde el punto de vista de su subjetividad

Esta innecesaria e irrazonable duración se observa de manera repetida en varios de los tribunales nacionales, lo que muchas veces deviene de los trámites procesales que se cumplen ante las distintas instancias hasta que el dictado de la orden de restitución queda firme, y en otros casos entre el dictado de dicha orden y la ejecución de la misma.

Por otro lado, en un reciente caso donde los progenitores -ambos de nacionalidad argentina- se casan, tienen a dos niños en Santiago de Chile, y luego por motivos laborales se mudan a Lima (Perú). La madre viaja a Argentina con ambos menores por unas vacaciones con autorización paterna, decidiendo unilateralmente que no regresarían conforme la fecha pactada, frente a lo cual el padre presenta la denuncia ante la Autoridad Central de Lima la que fue enviada a la Autoridad Central Argentina el 19/02/2018. Desde ese momento, la jueza de primera instancia, desde la fuente autónoma actualmente vigente y las normas aplicables, siguiendo los lineamientos del Protocolo del proceso de restitución aprobado por Acuerdo 13/15 del S.T.J.E.R. del 19/05/2015⁷, ordena el 22 de abril de 2018 la restitución de los

⁷ El Tribunal Superior de la Provincia de Entre Ríos aprobó por Acuerdo General N° 13/15 del 19/05/2015 el Protocolo de restitución internacional de menores. Se puede consultar en: <http://www.jusentrerios.gov.ar/resolucion/procedimiento-de-restitucion-internacional-de-menores/>

adolescentes a su lugar de residencia habitual en la ciudad de Lima. Frente a ello la madre interpone un recurso de apelación que la Cámara de Paraná resuelve el 8 de mayo de 2018⁸, confirmando la sentencia del tribunal de primera instancia. Contra dicha sentencia, la madre interpone el recurso de inaplicabilidad de la ley, y el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Paraná resuelve el 16/06/2018 declarando improcedente el recurso y confirmando la sentencia que ordenó la restitución internacional de los menores a Perú⁹.

A la luz de estos casos, se pone de resalto el equilibrio que debe resguardarse entre los principios del debido proceso y la duración razonable -celeridad-, como única garantía de respeto al interés superior del niño. En este orden de ideas, la Corte IDH ha sostenido con relación a la celeridad que requieren los procesos que involucran a menores 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, (...) deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades” (CIDH, Caso Furlán y familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C n° 246, párr. 127)

Es sabido que en la vida de un niño cobra una significancia trascendental el derecho a acceder a un proceso judicial ágil (Britos, 2019), lo que en los casos de sustracción internacional cobra especial relevancia.

En este sentido, la ausencia de leyes procesales específicas conduce a que las solicitudes de restitución deban tramitarse por los procedimientos que contemplan los códigos de rito según disponen las convenciones. Esto conduce al hecho que, al tratarse de procedimientos pensados para otras situaciones muy diferentes a la restitución internacional de menores, se permiten vías impugnativas y recursivas que conducen a una extensión irracional de la duración del proceso.

⁸ Sentencia de la Excm. Cámara Segunda de Paraná en “Amicone Alejandro Fabián c/ Estrada Claudia Mónica s/ acción de restitución internacional de menores de edad (10599)”, del 8/05/2018.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos del 16/06/2018

⁹ Esta Convención se aprobó en Argentina mediante Ley 24.037 (B.O. 7/01/92).

Frente a esta situación, merece especial reconocimiento la sanción de la Ley N° 10.419 de la Provincia de Córdoba, denominada “Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional”¹⁰, por ser la primera en su especie en Argentina, en tanto que en Latinoamérica solo Uruguay cuenta con una norma similar¹¹. Dicha ley tiene por finalidad sustraer los trámites de restitución del ámbito del Código Procesal Civil, para sujetarlos a lo dispuesto en su texto, ya que contempla las particularidades de tales casos y establece plazos y procedimientos más ágiles.

Asimismo, y atento a la inexistencia de normas procesales específicas en las demás jurisdicciones provinciales y en el ámbito federal, la Oficina Nacional de Acceso a Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aprobó el “Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños”, propuesto por la Oficina Regional para América Latina de la Haya¹². De este modo, se pretende contar con una herramienta que facilite la implementación de los convenios de sustracción de niños hasta tanto se cuente con una reglamentación específica en la materia (Pennise Iantorno, Panatti, 2018).

Desde la perspectiva brindada a través de las soluciones provenientes de los tribunales nacionales, queda claramente expuesta que una de las imperiosas necesidades actuales se centra en agilizar los tiempos de los procesos de restitución y garantizar el retorno seguro de los niños en la etapa de ejecución de sentencia.

De esta manera, se puede apreciar que las últimas iniciativas presentadas coinciden en la búsqueda de soluciones para disminuir la brecha entre la realidad vincular que han vivido los menores involucrados y el derecho, demostrando que solo

¹⁰ Sancionada el 21/12/16 y publicada en el B.O. el 27/1/17.

¹¹ La República Oriental del Uruguay basó su legislación en la “Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, la cual fue desarrollada por un grupo de expertos, en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño.

¹² El Protocolo de actuación se aprobó en la Reunión anual de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia el 28 de abril de 2017. Se puede consultar en:
<http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.305074001493756538.pdf>

a través de agilizar los procesos de restitución internacional de menores, es posible alcanzar su efectiva protección.

2. La Adopción internacional

A partir de la segunda conflagración mundial y de guerras posteriores como la de Vietnam y Corea, la comunidad internacional se concientiza de la necesidad de atender a la niñez desde la mirada de su bienestar y no desde el deseo de maternidad o paternidad de las personas adultas (Van Loon, 1994). Como venimos señalando los DDHH se han convertido en uno de los parámetros de legitimación de mayor relevancia para los gobiernos de muchos Estados. Hoy ya no se plantea debate en torno a que la protección y salvaguarda de los derechos de los grupos vulnerables constituyen una de las prioridades de todo Estado social y democrático de derecho (González Martín, 2006).

En este sentido, la adopción internacional supone un cruce de fronteras en una sociedad multicultural, ya que se produce cuando un niño que tiene su residencia habitual en un Estado, es adoptado por una persona o pareja, que tiene su residencia en otro Estado (Najurieta, 2011).

En esta institución, en primer lugar cabe señalar que Argentina no ha firmado el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 (Silberman, 2006). Además, tampoco es parte en tratados bilaterales sobre la temática, y es necesario subrayar que al ratificar la CDN hizo una reserva del art. 21, incs. b, c, d y e¹³.

¹³ El artículo 21 - inciso b) reza: "Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de un manera adecuada en el país de origen; inciso c) Velarán por que el niño que ha de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes".

De la inteligencia de dicho artículo se desprende que el propósito esencial es regular el deber de los estados que reconocen o permiten el sistema de adopción, bajo la perspectiva de cuidar el interés superior del niño (Scotti, 2014). La doctrina sobre este instituto se sintetiza en el principio “dar una familia al niño que no la tiene” (González Martín, 2006).

Nuestro país al efectuar la reserva de dicho artículo, “manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta” (artículo 2, Ley 23.489).

Sin embargo, y si bien se continúa con un sistema rígido en materia de adopción internacional, es ineludible acentuar que nuestra legislación de fondo vigente no prohíbe la adopción de un niño en el extranjero. En el CCyCN se ha incluido en el Capítulo 3 la Sección 6ª referida a la Adopción¹⁴. Desde esta óptica, el art. 2635 contempla la jurisdicción argentina exclusiva para conocer en todo lo atinente a los niños que estén domiciliados en la República, y se encuentren en situación de otorgamiento de una guarda con fines de adopción o de una adopción.

Desde este punto de vista, el Estado Argentino ha efectuado la reserva aludida en orden a restringir la aplicación de la normativa convencional, en aras de proteger a los menores para evitar su tráfico y venta. Sin perjuicio de ello, y desde una correcta inteligencia entendemos que alude a la protección de los niños que tienen su residencia habitual en nuestro país; pero en ningún caso puede interpretarse como una prohibición para la adopción de niños en el extranjero, por parte de nacionales del país (Britos, 2015).

Esta postura se ha puesto de manifiesto en una sumaria de información resuelta hace unos años por una Cámara Civil Nacional, con el fin de producir pruebas tendientes a obtener un certificado que acredite su idoneidad para realizar los trámites

¹⁴ Las normas relativas a esta institución se regulan en los arts. 2635-2638. Las fuentes de esta Sección son: la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores (CIDIP III), arts. 14, 15 y 16; el Código Civil argentino, arts. 339 y 340; y la Convención sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional, La Haya 1993, art. 27.

para una adopción internacional, que se llevarán a cabo ante el Instituto de Bien Etre Social et de la Recherche (IBESR) de la República de Haití. Sostiene que las constancias de inscripción ante el RUAGA (Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos¹⁵) no son suficientes para postularse ante las autoridades competentes en Haití y por eso se recurre a la vía judicial.

El propio fallo bajo análisis señala que “la decisión de una o dos nacionales de adoptar niños en otro país, es una decisión unipersonal y libre que, en la medida que no viole leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado, en virtud del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional...” (Cámara Nacional Civil, Sala M, “G.S.M. s/ Información Sumaria - 105239/2012”, 28 de marzo de 2014).

Es que en estas situaciones que se vienen experimentado en los últimos años a raíz de la aparición de una nueva concepción de familia, acompañada de una época en la cual se acrecientan los desplazamientos migratorios, el apego a la literalidad de las normas puede desembocar en situaciones intrínsecamente alejadas de la justicia del caso particular y, en el caso de la figura jurídica de la adopción internacional.

De allí que se requiere una cuota de máxima prudencia por parte de los jueces, ya que no sólo deben dictar resoluciones acordes a derecho, sino que además se impone que hagan un esfuerzo para tender puentes a través de la entrea ayuda jurisdiccional que garantice el derecho constitucional de muchos niños que hoy son invisibles a los ojos de todos, a crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

3. La Obligación alimentaria

Las obligaciones alimentarias con relación a los hijos muestran una íntima vinculación con los TDDHH, adquiriendo un rol esencial en las legislaciones. Dichas provisiones son el fundamento legal de la institución y reflejan, asimismo, la

¹⁵ La ley 25.854 -que ha creado el Registro Único de Aspirantes a Guardas con fines Adoptivos (RUAGA)- todavía no funciona como única base de datos de alcance nacional, sin embargo muchas provincias cuentan con Registros Provinciales. Dicha ley establece los requisitos para integrar la nómina de aspirantes. Sanción: 4/Diciembre/2003, Promulgación: 6/Enero/2004.

importancia del derecho internacional público en el DIPr (Echegaray de Maussion, Lucero de Godoy).

La CDN, así como todos los TDDHH en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que reconocen esta obligación universal como un derecho humano autónomo e individual. Asimismo, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (Montevideo, 1989) y la Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero (New York, 1956) conforman también fuentes convencionales que operan en los Estados que han ratificado las mismas.

La CDN, en varias disposiciones refiere al derecho alimentario, plasmándose en la primera parte del art. 18 que:

“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

El art. 27.4, expresa que:

“Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

En este contexto, cabe traer a colación un caso jurisprudencial en el cual la actora, domiciliada en Argentina con sus dos hijos, nacidos de un matrimonio que tuvo su domicilio en Alemania, reclama la fijación de una cuota alimentaria provisoria de €

500 mensuales hasta el dictado de la sentencia que fije alimentos, con carácter definitivo, para satisfacer las necesidades esenciales e imprescindibles de los hijos menores del matrimonio (Britos, Dreyzin de Klor, 2016). El tribunal de grado interviniente fijó una cuota alimentaria provisoria a favor de los hijos menores de la pareja en la suma de \$ 3.000,00 por mes adelantado.

Cabe aclarar que si bien el padre no consiente la jurisdicción de los tribunales argentinos en lo referido a las cuestiones de fondo que se vinculan con ambos hijos del matrimonio, consiente la actuación de la justicia nacional para resolver la cuestión planteada en relación a la prestación de alimentos provisorios, dado que se trata de una medida que no tiene carácter definitivo y que es urgente para la subsistencia de los menores involucrados.

A partir del núcleo fáctico del conflicto se requiere identificar la legislación que resulta aplicable para fijar la cuota alimentaria a favor de los hijos menores de la pareja, distinguiendo esta cuestión del rechazo del pedido de restitución internacional de los menores a Alemania, efectuado por el padre¹⁶.

Se precisa que tanto nuestro país como Alemania son parte de la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, adoptada en el marco de Naciones Unidas¹⁷, que establece que para resolver sobre el derecho alimentario resulta aplicable el ordenamiento jurídico alemán, por ser la ley del Estado del demandado.

Además, se acude a las disposiciones del CCyCN en tanto aplica el criterio *favor alimentari* para determinar tanto la jurisdicción en el art. 2629, cuanto el derecho aplicable en el art. 2630. En efecto, el art. 2630 dispone que “*el derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario...*”, con la finalidad de proteger al acreedor alimentario, que es la parte débil de la relación.

¹⁶ El rechazo del pedido de restitución internacional de menores no estaba firme al momento que la Cámara dicta la sentencia de alimentos provisorios bajo análisis.

¹⁷ Convención sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de la obligación de prestar alimentos. Nueva York, 1956. Argentina, Ley 17.156. 24/01/1967.

En este orden de ideas se sigue que la prestación alimentaria a favor de los hijos debe determinarse aplicando la legislación alemana sobre la materia, por lo que es adecuado tomar como una pauta de orientación las tablas de Dusseldorf, resultando conveniente para mantener indemne la obligación alimentaria que la cuota se cuantifique en moneda extranjera (euros). Es que atendiendo a las particularidades del caso, surge que el deudor reside en el extranjero, Alemania, y percibe sus ingresos en moneda extranjera.

Al respecto, Scotti ha destacado que:

“la aplicación e investigación de oficio del derecho extranjero, así como el análisis comparativo del derecho argentino y del derecho alemán, para determinar el que resultara más favorable para los intereses de los acreedores alimentarios son aspectos claves que antes de la entrada en vigencia del nuevo Código se hubieran resuelto, posiblemente, de una manera muy distinta” (Scotti, 2015, p.275).

Estimamos que el valor ineludible de la sentencia dictada por la Cámara se asienta en la modificación de la cuota en concepto de alimentos provisorios, atendiendo a las particularidades del caso y la especial valoración de las necesidades de los niños involucrados, cuantificándola en moneda extranjera -euros-, sin perjuicio de la opción a favor del deudor de abonarla en su equivalente en moneda de curso legal en nuestro país.

Bajo la correcta articulación de las fuentes y desde el control de convencionalidad de cara a la CDN, se erige el reconocimiento de la obligación alimentaria, como un derecho humano fundamental de la persona en aras de la satisfacción de sus necesidades indispensables y esenciales¹⁸.

4. La gestión por sustitución

¹⁸ El contenido de la obligación alimentaria está fijado en el art. 659 del CCyCN, quedando comprendidas la satisfacción de las necesidades de los hijos de educación, manutención, esparcimiento, habitación, vestimenta, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio.

El debate que reconoce la gestación por sustitución detona en numerosos interrogantes que alcanzan a fases éticas, sociales y jurídicas tanto a nivel interno como internacional. Una de las aristas más significativas gira en torno a la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica, tan utilizada como controvertida.

El DIPr se vincula directamente a este instituto cuando el proceso tiene lugar en diversos contextos nacionales. Una de las cuestiones que requiere de análisis surge de la complejidad no solo del fenómeno sino de las normativas autónomas dispares en las jurisdicciones involucradas.

No son pocas las legislaciones nacionales que prohíben la práctica, hecho que contrasta con la permisividad de otras. Ello deviene en conflictos que impactan en la tutela de los derechos, principalmente en los que atañen a los niños nacidos por esta técnica. De allí que el enlace entre gestación por sustitución / DIPr/ DDHH/ niñez/ CDN operan como factores inseparables en la ecuación que presentamos.

La gestación por sustitución es una forma de maternidad cada vez más frecuente que tiene numerosas connotaciones y efectos de los cuales algunos interesan al DIPr. La situación suele contener el elemento internacional porque su práctica es posible en algunos estados y prohibida en otros. En consecuencia, quienes acuden a ella y se domicilian en un país que la prohíbe, se trasladan a otro que la admite, planteándose la inscripción de la filiación en el país en el cual se domicilian y su admisión o reconocimiento (Lamm, 2012).

Si algo no plantea dudas es que se trata de uno de los asuntos de DIPr de familia y de protección de menores más complicados de resolver satisfactoriamente a nivel jurídico. Las múltiples connotaciones bioéticas, morales, sociales, médicas, jurídicas e incluso religiosas que conlleva son muchas y delicadas. Nos interesa concretamente, el efecto de gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el extranjero y su reconocimiento en el país atendiendo al principio de la CDN como argumento de reconocimiento.

Los miembros del grupo de expertos de la Conferencia internacional de La Haya trabajan desde hace unos años sobre los acuerdos de gestación por sustitución. Actualmente, se está delineando un protocolo sobre el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras de la filiación derivada de la maternidad subrogada¹⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre el instituto sosteniendo que la decisión de Francia de no registrar a los hijos nacidos por subrogación de dos parejas francesas violó los derechos de los niños, pero no así los derechos de los padres.

El caso se plantea a partir de la negación de Francia a inscribir a hijos nacidos de una gestación por sustitución²⁰. Las parejas Mennesson y Labassee, ambas francesas, celebraron contratos de maternidad subrogada en Estados Unidos, implantándose embriones en el útero de otras mujeres. Cumplidos los plazos de embarazo, nacieron dos niñas gemelas por un lado y una niña en el otro caso. Cabe subrayar que conforme las sentencias que se dictaron en los estados de California y Minesota, cada una de las parejas son los padres de dichas niñas. Al regresar a su domicilio, las autoridades francesas informaron a las parejas que sospechaban que los niños habían nacido a través de la subrogación y por lo tanto, no se inscribirían en el registro civil (Dreyzin de Klor, Harrington, 2012). Ambas parejas recurrieron a los tribunales franceses y ambos casos fueron rechazados porque en Francia está prohibido el uso de la maternidad subrogada.

Los expedientes llegaron a la Corte de Casación que denegó ambas solicitudes de reconocimiento. El tribunal entendió que las decisiones no violaban los derechos de los padres a la intimidad y a la vida familiar, ya que el mero acto de inscribir a los niños no tiene consecuencias directas sobre la relación entre los padres y sus hijos.

¹⁹ Se puede consultar el avance en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

²⁰ Aunque el término se encuentre bastante extendido en Latinoamérica, existen diversas denominaciones de la figura: mientras en España es común la utilización de “gestación por sustitución”, también se refieren al mismo instituto quienes aluden al “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler”.

Los padres no aceptaron dichas resoluciones y recurrieron a la Corte Europea de Derechos Humanos. En “Mennesson c. France” (asunto 65192/11) y “Labassee c. France” (asunto 65941/11), las demandas fueron presentadas por cuerdas separadas y en nombre de los padres y los niños en ambos casos. El Tribunal entonces, considera las afirmaciones de cada uno por separado y llega a conclusiones distintas para las demandas de los padres y los niños.

En relación con las demandas de los padres, el alto Cuerpo judicial determina que la injerencia de las autoridades francesas en la vida privada y las decisiones personales de los padres estaba justificada porque Francia intentaba disuadir a otras parejas francesas de ir al extranjero para obtener estos servicios.

Los jueces del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo con relación a la identidad de los menores y el derecho a la vida privada de los niños el Tribunal alcanza una conclusión diferente al pronunciarse sobre las demandas de los menores. Los jueces destacaron el hecho de que los niños permanecían en un estado de incertidumbre jurídica ya que Francia les ha negado el reconocimiento de su identidad como miembros de la sociedad francesa. Sostiene que si bien habían sido registrados como hijos de donantes de células en Estados Unidos, y que sus padres biológicos eran franceses la negativa de las autoridades francesas para registrarlos generaba una inseguridad en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, así como que sus derechos sucesorios se calcularían de un modo menos favorable -no pueden heredar en tanto que legatarios-.

En este marco, el Tribunal Europeo dictaminó que el Estado Francés fue más allá de su margen de discrecionalidad, ignorando de manera injustificada el derecho de los niños al respeto a su vida privada. En efecto, concluyó que se violaba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, concediendo a ambos niños una indemnización por daño morales.

En esa misma senda, el mismo tribunal en el caso “Paradiso et Campanelli c. Italie” (asunto 25358/12), que si bien tiene otras aristas, resolvió que se había infringido el art. 8 del Convenio.

Cabe tener en cuenta, siguiendo a Álvarez González, si bien referido en especial al derecho español pero aplicable a todas las latitudes, sobre esta temática que

“existe un lugar destacado para la que se dedica en términos maximalistas y simples a reclamar la regulación de la gestación por sustitución en el marco de un presunto derecho a procrear o dentro de la idea de libertad de la mujer para decidir, o por no importa qué otras razones. En sentido contrario, está la que considera que su admisión choca contra derechos inherentes al ser humano y propugna su prohibición, abundando en el hecho (incierto) de que esa es la actual situación y debe seguir siéndolo” (Álvarez González, 2019, p.2).

En Argentina, a partir del CCyCN la filiación mediante el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales; configurándose como una garantía del derecho a la voluntad procreacional. En especial, a partir de la ley 26.862 sobre acceso a las técnicas de reproducción humana asistida y la ley 26.742 sobre identidad de género toda persona puede acceso al derecho a formar una familia, en consonancia con lo establecido por los TDDHH.

La Corte Interamericana ha sostenido que:

“ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (Caso Forneron e hija Vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 123)

La gestación por sustitución muestra en la mayoría de los países en los cuales hoy este instituto está puesto en debate dos caras, una interna y una internacional.

En Argentina, varios casos internacionales sobre este instituto han tomado notoriedad en los últimos años. En una resolución, la Cámara de Rosario revocó la sentencia dictada por el juez de primer grado, haciendo lugar a la medida solicitada

por los padres del menor, y ordenando a la Sección Consultar correspondiente a la Embajada Argentina con sede en Nueva Delhi para la inscripción del menor en el libro de personas, previa verificación de la calidad de argentinos de ambos padres, a los fines de que se le posibilite la tramitación de los documentos de viaje para que puedan retornar al país con el niño. El decisorio para resolver logra conciliar la normativa procesal argentina y la CDN, en sus arts. 3.1., 7 y 8. (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, “G., R.J. y otra s/ medida autosatisfactiva”, 11/05/2015)

Esta situación que se produce cuando la gestación por sustitución se ha producido en el extranjero, y se solicita el reconocimiento de sus efectos en nuestro país encuentra hoy una solución en el art. 2634 del CCyCN sobre el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero.

Esta norma, que es novedosa para la legislación civil argentina, prescribe que:

“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

La primera parte de la norma, sienta el principio del reconocimiento en el país de todo emplazamiento filial constituido bajo un ordenamiento extranjero, sea que se trate de filiación por naturaleza o proveniente de técnicas de reproducción asistida. El límite se encuentra en la compatibilidad con los principios de orden público.

El espíritu de esta regulación se asienta en la necesidad de reconocer que el interés superior del niño, tutelado por la CDN, ilumina todo nuestro ordenamiento

por su jerarquía y validez universal, a fin de respetar la vida privada y familiar del niño.

A efectos de ilustrar un caso que alude a este instituto nacional, la justicia cordobesa resolvió homologar el acuerdo arribado entre una pareja de convivientes y la hermana del varón, mediante el cual ésta última había expresado su intención de gestar el futuro hijo de los solicitantes.

La mujer solicitante expuso que se había sometido a un tratamiento oncológico que afectó gravemente su aparato reproductivo. Se dispuso que el niño o niña que nazca como consecuencia de la práctica médica debe ser inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo o hija de la pareja, y sin vínculo con la mujer gestante.

El tribunal expresó que:

“la eficacia de esta decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que aquí se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica y hasta el momento del parto inclusive –y obviamente–, se ajuste a la realidad biológica, genética y volitiva de sus progenitores y, por tanto, así sean registrados”. (Juzgado de Familia de 5° Nom. de la ciudad de Córdoba, “V. A. B. y otros - Solicita Homologación”, Auto N° 2432, 25/04/2019)

La vocación tuitiva del vínculo filial se desprende claramente a partir de los casos comentados, centrándose en procurar el interés superior del niño involucrado, tal como surge del art. 3 de la CDN.

Ante el surgimiento de nuevos modelos de familia y con ello de nuevas infancias, estamos invitados a dejar atrás viejos paradigmas y pensar con otra mirada que respete al niño y su derecho a la identidad.

III. El control de convencionalidad como pauta de interpretación del interés superior del niño

A través de los institutos enunciados, se advierte la íntima vinculación que existe entre el DIPr y los Derechos Humanos, campo fértil en el cual germina una nueva arquitectura de fuentes. En sintonía con esta relación, emerge el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que se aplican a los casos concretos y los TDDHH, como la CDN.

La doctrina del control de convencionalidad ha sido impulsada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos. El devenir del DIPr no es ajeno a este control, que deber ser ejercido aun *ex officio*.

Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana ha precisado que:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana” (Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, Sentencia del 20 de noviembre de 2012, párr. 330, con cita del Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, párr. 124, y Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, *supra*, párr. 318).

En palabras de Néstor Sagüés (2015) coincidimos que en Argentina:

“la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos” (Sagüés, 2015, p.377)

Finalizando el año 2017, un caso de restitución internacional de menores llegaba, luego de un largo recorrido por las instancias judiciales argentinas, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica²¹.

Bajo este prisma, y más allá de la pregunta que surge indubitable acerca de si estamos en presencia de una nueva instancia para resolver casos de DIPr (Britos, Dreyzin de Klor, 2018), lo trascendente es que a través del diálogo de fuentes y el control de convencionalidad, se encauza la interpretación que debe guiar las decisiones judiciales.

IV. El DIPr bajo el prisma de la CDN: ¿y si 30 años son sólo el comienzo?

La tutela de los derechos de la infancia es un tema que nos desvela continuamente, ya que los menores, por sus especiales características constituyen uno de los colectivos más vulnerables y por esta razón están expuestos a la discriminación, marginación y exclusión.

Esta realidad sucede pese a la regulación existente en los TDDHH, y principalmente la contenida en la CDN que si bien vino a llenar una importante laguna en aras de la protección de los niños, aun no es suficiente.

En este mismo sentido, la normativa sistematizada de DIPr en el CCyCN, es a todas luces un avance legislativo que repercute favorablemente en la aplicación judicial de los problemas que trae aparejado el incremento de las relaciones jurídicas privadas internacionales en el ámbito familiar.

²¹ Resolución 26/2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del Niño A.R. respecto de Argentina del 27 de julio de 2017.

A través del recorrido doctrinario y jurisprudencial de los institutos que hemos analizado, se visualiza como la aplicación de las normas en vigor a los casos concretos refuerza la idea de prioridad de los TDDHH frente el derecho positivo, en la necesidad de afianzar el control de convencionalidad.

A pesar de ello, no podríamos afirmar que la efectiva protección de los niños sea un hecho ni mucho menos. Persisten todavía numerosos obstáculos que impiden la plena realización de sus derechos.

Es destacable que los niños y niñas han dejado de ser un mero objeto de derechos y protección para ser titulares de dichos derechos. Esa modificación en el estatus de los menores ha tenido como consecuencia un cambio del sistema de protección de los mismos.

Sin embargo, se nos exigen soluciones inspiradas en criterios flexibles, que en aras de los principios de cooperación y solidaridad familiar, agilicen los procesos judiciales, ya que solo así se alcanza el fin último de todo el sistema de protección de la infancia, que no es otro que garantizar el derecho de todo niño de acceso a justicia.

En este camino, nos hacemos eco de las palabras de Milan Kundera respecto a que:

“Los niños no son el futuro porque algún día vayan a ser mayores, sino porque la humanidad se va a aproximar cada vez más al niño, porque la infancia es la imagen del futuro” (Kundera, 1967).

Bibliografía

- BRITOS, Cristina (2015), “El certificado de idoneidad para adoptar en el extranjero: entre el rigor formal y la necesidad de velar por los derechos de la infancia”, en DFyP 2015 (marzo), Cita online: AR/DOC/4484/2014, Buenos Aires: La Ley.
- BRITOS, Cristina Britos (2019), “La restitución internacional de menores: ¿y si el ideal de justicia es posible de alcanzar con plazos más ágiles?”, Revista de Derecho de Familia, Buenos Aires: La Ley.
- BRITOS, Cristina; DREYZIN DE KLOR, Adriana (2016) “Las sentencias dictadas a la luz de la nueva legislación internacional de familia”, publicado en *Revista de Derecho de Familia*, N° 76, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- CARBALLO PIÑEIRO, Laura (2012) “Cooperación Procesal Internacional y Determinación de la Competencia Judicial Internacional en Materia de Protección de Menores”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado Comparado*, Núm. 30.
- DREYZIN DE KLOR Adriana (2013) *Restitución internacional de niñas y niños. Derecho de visita*, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana (2015) “Titulo IV. Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, 1° ed., Tomo XI. Santa Fe: RubinzalCulzoni.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana; CASOLA, Laura (2017) La importancia de la celeridad para el resguardo del interés superior del niño en los procesos de restitución internacional de menores”, *Revista de Derecho de Familia*, N°81, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, p. 39.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana; HARRINGTON, Carolina (2011) “La subrogación materna y su despliegue internacional: más preguntas que respuestas?” en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2011-V, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ECHEGARAY DE MAUSSIÓN, Carlos; LUCERO DE GODOY, Miriam, “Alimentos internacionales en el marco de la cooperación internacional”, *Actualidad Jurídica-Familia y Minoridad*, N° 68, 7387.
- GONZALEZ MARTIN, Nuria (2006) *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (Referencias hispano-mexicanas)*, México: UNAM.
- JAYME, Erik (2015) “Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995”, *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye*, T. II.
- KUNDERA, Milan (1967) *La broma*, España: Ed. Tusquets.
- LAMM, Eleonora (2012) “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, en *InDret Revista para el análisis del derecho*, N°3.
- MOURA RAMOS, Rui; RODRIGUEZ BENOT, Andrés (2016) *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados de la Unión Europea*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- NAJURIETA, María Susana (2011) “Inserción de Adopciones Internacionales en el ordenamiento jurídico argentino”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos (Dir.). *Nuevos Paradigmas de Familia y su reflejo en el Derecho Internacional Privado*), Córdoba: Ed. Advocatus.
- NIETO, Alejandro (2000). *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel.

- OTAEGUI AIZPURÚA, Idoia (2017) *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, España: Thomson Reuters-Aranzadi.
- PENNISE IANTORNO, María Soledad; PANATTI, Marcela V. (2018) "Adiós a las demoras: los resultados que arroja la aplicación del Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños", en *DFyP* 2018 (septiembre). Cita online: AR/DOC/1346/2018.
- PENNISE IANTORNO, María Soledad; PANATTI, Marcela V. (2017) *Interés superior del niño en la cooperación internacional. Aportes para agilizar los procesos de restitución internacional*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- RUBAJA, Nieve; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (2014) "International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview", en *Family Law Quarterly*, vol. 48, Issue 2, Summer.
- SAGÜÉS, Néstor (2015) "Nuevas Fronteras del Control de Convencionalidad: El reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*, Tomo V, Vol. 2. México: UNAM.
- SCOTTI, Luciana (2015) "La aplicación del derecho extranjero más favorable en un caso internacional de alimentos", *Revista Código Civil y Comercial*, Año 1, Número 6 - diciembre 2015, Buenos Aires: Ed. La Ley.
- SCOTTI, Luciana Beatriz (2014) "El interés superior del niño en la jurisprudencia argentina: una mirada desde el derecho internacional privado", en *DFyP* 2014 (agosto). Cita Online: AR/DOC/2372/2014.
- SILBERMAN, Linda J. (2006), "Co-operative efforts in private international law on behalf of children: the Hague Children's Conventions", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T. 323.

Jurisprudencia:

- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, "G., R.J. y otra s/ medida autosatisfactiva", 11/05/2015.
- Cámara Segunda de Paraná en "Amicone Alejandro Fabián c/ Estrada Claudia Mónica s/ acción de restitución internacional de menores de edad (10599)", del 8/05/2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Forneron e hija Vs. Argentina", Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 123.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "G., M.G. s/ protección de persona", Expte G. 617.XLIII, 16/09/2008 LL. 2009-A, 450.

Corte Suprema de Justicia de la Nación G., L. s/ por su hijo G. P., T. por restitución s/familia p/ rec. ext. de inconstit. - casación, 27/12/2016.

Juzgado de Familia de 5° Nom. de la ciudad de Córdoba, "V. A. B. y otros - Solicita Homologación", Auto N° 2432, 25/04/2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Labassee c. France", asunto 65941/11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Menesson c. France", asunto 65192/11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Paradiso et Campanelli c. Italie", asunto 25358/12.

La función del Interés Superior del Niño en el razonamiento práctico: un análisis a partir de su evolución en México

The role of the Best Interests of the Child in practical reasoning:
an analysis based on its evolution in Mexico

Por Mónica González Contró*

Fecha de recepción: 05/06/2019

Fecha de aceptación: 06/08/2019

Resumen: Este texto tiene como objetivo analizar el proceso de consolidación a partir de la función del Interés Superior del Niño (ISN) como principio y su aplicación concreta en México. Para ello se describe la evolución de los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA) en México y la incorporación del ISN a la Constitución mexicana y las leyes derivadas de ésta. Posteriormente se entrará al estudio de la interpretación del ISN en la doctrina jurídica, en diversos criterios jurisprudenciales y en documentos de política pública, para finalmente proponer una clasificación de tres funciones que puede tener el ISN como principio en el razonamiento práctico.

La hipótesis central de este trabajo es que, si bien el ISN ha tenido un efecto favorable al reconocimiento legal y protección de derechos de NNA, su aplicación sigue estando fuertemente constreñida al ámbito familiar, por lo que resulta necesario seguir insistiendo en su función en el espacio de la política pública. A este fin puede contribuir su comprensión como principio que puede aplicarse en el razonamiento

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciatura en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999. Master en Necesidades y Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, Universidad Autónoma de Madrid, 2001-2002. Diploma de Estudios Avanzados en el área de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 2003. Doctorado en Derechos Fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid, 2005.

práctico en casos concretos, tanto colectivos como individuales, partiendo de la especificidad de los derechos de NNA.

Palabras clave: Interés superior del niño; Convención de los Derechos del niño.

Abstract: This text aims to analyze the consolidation process based on the role of the Best Interests of the Child (BIC) as a principle and its concrete application in Mexico. For this, the evolution of the rights of children and adolescents in Mexico and the incorporation of the BIC to the Mexican Constitution and the laws derived from it are described. Subsequently, will enter into the study of the interpretation of the BIC in the legal doctrine, in various jurisprudential criteria and in public policy documents, to finally propose a classification of three functions that the BIC may have as a principle in practical reasoning.

The central hypothesis of this work is that, although the ISN has had a favorable effect on the legal recognition and protection of the rights of children, its application remains strongly constrained to the family environment, so it is necessary to continue insisting on its role in the Public policy space. To this end, their understanding can contribute as a principle that can be applied in practical reasoning in specific cases, both collective and individual, based on the specificity of the rights of children.

Key words: Best interests of the child; Convention on the Rights of the Child.

Sumario: I. Introducción. II. El reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México. III. El Interés Superior del Niño en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. IV. El ISN en la doctrina jurídica. V. El ISN en la jurisprudencia mexicana e interamericana. VI. Los derechos del NNA en los planes de desarrollo de México. VII. La función del ISN en el razonamiento práctico. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción¹

El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la resolución 44/25, adopta y abre para su firma lo que se convertiría en el instrumento más ratificado de la historia: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). A partir de ese momento se inicia un largo camino hacia el reconocimiento de los derechos de niñas y niños en los países firmantes. Este proceso, como era previsible, ha sido dispar en las diferentes regiones del mundo, aunque es posible identificar tendencias comunes en países con historias, realidades políticas y sistemas jurídicos similares. Tal es el caso de algunos estados de América Latina en los que la ratificación de la Convención llevó a reformas constitucionales y a la creación de leyes específicas para la infancia.

Pese a este impulso iniciado por la ratificación de la Convención y sus protocolos y continuado por las demandas dirigidas a una protección más eficaz de los derechos humanos², el adecuado reconocimiento y especialmente la garantía de los derechos de niñas y niños en la región aún está lejos de alcanzar niveles aceptables. Ello deriva, en buena medida, de que el reconocimiento pleno de las personas menores de edad como titulares de derechos humanos y, por ende, su carácter de sujetos de derecho público, no se ha logrado consolidar.

En este proceso, sin duda alguna el Interés Superior del Niño (ISN) ha jugado un importante papel. Desde su tímida y limitada formulación en el artículo 3 de la CDN, hasta las avanzadas interpretaciones del Comité de los Derechos del Niño y de órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales, ha constituido un elemento

¹ Agradezco el invaluable apoyo de Sofía Cruz Monjaraz para la elaboración de este artículo.

² "El neoconstitucionalismo apuesta por una conjugación de dos modelos: "Constituciones normativas garantizadas". "Que una Constitución es normativa significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho (..) genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles (...) Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata" (Prieto Sanchís, 2003, p.128).

indispensable para el avance en la consolidación de los derechos de la infancia y adolescencia.

Este texto tiene como objetivo analizar este proceso de consolidación a partir de la función del ISN como principio y su aplicación concreta en México. Para ello se describe la evolución de los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA) en México y la incorporación del ISN a la Constitución mexicana y las leyes derivadas de ésta. Posteriormente se entrará al estudio de la interpretación del ISN en la doctrina jurídica, en diversos criterios jurisprudenciales y en documentos de política pública, para finalmente proponer una clasificación de tres funciones que puede tener el ISN como principio en el razonamiento práctico.

La hipótesis central de este trabajo es que, si bien el ISN ha tenido un efecto favorable al reconocimiento legal y protección de derechos de NNA, su aplicación sigue estando fuertemente constreñida al ámbito familiar, por lo que resulta necesario seguir insistiendo en su función en el espacio de la política pública. A este fin puede contribuir su comprensión como principio que puede aplicarse en el razonamiento práctico en casos concretos, tanto colectivos como individuales, partiendo de la especificidad de los derechos de NNA.

II. El reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México

El primer antecedente en el reconocimiento constitucional de derechos para las personas menores de edad se da en 1980 motivado por el Año Internacional del Niño³, proclamado por la Organización de Naciones Unidas en 1979, en conmemoración del 20 aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño. El artículo 4 constitucional establecía el deber de los padres respecto de las necesidades y salud física y mental de los *menores*:

³ El mismo acontecimiento, es decir, el Año Internacional del Niño proclamado por la ONU motivó, a iniciativa de Polonia, el inicio de la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño. La propuesta original era simplemente convertir la Declaración sobre los Derechos del Niño en una convención, es decir, en un instrumento jurídicamente vinculante, sin embargo, esto detonó un proceso de discusión más amplio y profundo que culminó con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

Tal como puede apreciarse, la formulación del artículo 4 distaba mucho de reflejar siquiera los derechos contenidos en la Declaración de 1959. Por una parte, está enunciado en términos de deberes de los padres en lugar de derechos de niñas y niños. Por otra parte, quedan invisibilizadas aquellas personas menores de 18 años de edad que se encontraban fuera del ámbito familiar, es decir, parece contemplar únicamente a niñas y niños como receptores de los deberes de padres y madres. Por último, se reducen los derechos a algunas necesidades –sin ser identificadas cuáles son ni cómo deben de ser satisfechas- y a la salud física y mental.

Esta forma de tratamiento jurídico a la infancia ha sido identificada por algunos especialistas en América Latina como la “doctrina de la situación irregular” que partía de la distinción entre “menores” y “niños” siendo los primeros aquellos fuera de las instituciones propias para la infancia, esto es, la escuela y la familia, mientras que los segundos eran aquellos que permanecían dentro de estas dos instituciones. Para los menores, toda ley basada en la situación irregular poseía la capacidad para decidir cada uno de los aspectos de su vida cotidiana:

(...) desde su entrada coactiva en los circuitos de la asistencia social, hasta la facilidad en las declaraciones judiciales del estado de abandono, antesala de un corte decisivo e irrevocable de destrucción de la propia identidad (García Méndez, 2007, p.26).

La CDN vino a sustituir la “doctrina de la situación irregular” por la “protección integral” al reconocer a todas las niñas y niños como titulares de derechos, es decir, se trata de un instrumento jurídico dirigido a todas las personas menores de edad, sin importar su condición. La Convención sitúa al niño como sujeto de derechos que deben ser garantizados, lo que exige a identificar a los sujetos obligados y el contenido de las obligaciones. Esto supone pasar de una visión minorista-privatista de

los derechos de NNA a una convencional-garantista. En la primera NNA son vistos como “menores”-sujetos del derecho privado, mientras que en la segunda, acorde con la convención, se identifica a NNA como personas titulares de derechos humanos que deben ser garantizados (González Contró, y Padrón Innamorato, 2018, p.9).

Pese a que México ratificó la Convención en 1990 y con ello se obligó a adoptar todas las medidas administrativas y legislativas para dar efectividad a los derechos⁴, el artículo 4 constitucional no fue reformado sino hasta 2000, es decir, diez años después de la ratificación del tratado. La reforma constitucional, además de tardía, fue incompleta, pues, en lugar de ampliar o por lo menos recoger y garantizar los derechos de la Convención, los limitó a la alimentación, salud, educación y esparcimiento⁵.

El contraste es claro, pues mientras la Convención reconoce en sus 54 artículos una gran diversidad de derechos de todo tipo, incluyendo civiles y políticos, la formulación constitucional conserva la obsoleta visión de niñas y niños como beneficiarios de algunos derechos económicos, sociales y culturales. Ciertamente la sustitución del término “menores” por el de “niñas y niños”, así como el énfasis puesto en su carácter de titulares de derechos en reemplazo de la anterior redacción que los reconocía como destinatarios de deberes, constituye un avance. Lo mismo puede decirse respecto de la ampliación de los sujetos obligados en el cumplimiento a tutores y custodios, con lo que puede incluirse a cualquiera que tenga a su cuidado a una persona menor de 18 años. Aparece también como un elemento positivo la obligación del Estado respecto del respeto de los derechos, aunque el verbo “propiciar” no sea del todo afortunado al matizar lo que debiera ser una obligación en el sentido más fuerte.

⁴ El artículo 3 de la Convención establece esta obligación: *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.*

⁵ *Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.*

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

En mayo del mismo año en que fue reformado el artículo 4 constitucional se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. La ley, que según el artículo 1 se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4, tenía como objeto *garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución*. En el artículo 2 hace una distinción relevante, pues identifica como *niñas y niños* a las personas menores de 12 años, mientras que establece que quienes tengan de *12 a 18 años incumplidos* serán considerados como *adolescentes*. Entre otros aspectos destacados identifica como principios rectores: el interés superior de la infancia, la no discriminación, igualdad, vida en familia, derecho a una vida libre de violencia, corresponsabilidad entre familia, Estado y sociedad, así como tutela plena de derechos y garantías.

La Ley establecía en el capítulo segundo las obligaciones de ascendientes, tutores y custodios y reconocía en los subsiguientes capítulos los siguientes derechos: derecho de prioridad; derecho a la vida; derecho a la no discriminación; derechos a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico; derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y el abuso sexual; derecho a la identidad; derecho a vivir en familia; derecho a la salud; derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; derecho a la educación; derechos al descanso y al juego; libertad de pensamiento y del derecho a una cultura propia; derecho a participar y; derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal. También se dedican algunos capítulos al papel de los medios de comunicación masiva, a la procuración de la defensa de los derechos y a las sanciones en caso de incumplimiento.

Es de destacarse que la Ley, si bien constituyó un avance al ser la primera en su tipo en México, no tuvo un gran ámbito de aplicación práctica. Se convirtió en buena medida en una declaración de buenas intenciones pues, además de no contar con un órgano específico para su operación en el ámbito federal, la mayoría de las atribuciones que se requerían para la garantía de los derechos se entendían tácitamente atribuidas

a los estados, municipios y el entonces Distrito Federal. Lo anterior deriva del hecho de que la competencia en materia familiar se entiende que corresponde a los estados en virtud del artículo 124⁶.

Cabe destacar también que en la mayoría de los estados de la República mexicana se aprobaron leyes de protección de derechos locales de muy diversas calidades, es decir, que protegían de forma desigual los derechos.

El marco normativo dirigido a niñas y niños en México sufrió otro cambio sustancial en 2011 derivado de dos importantes reformas constitucionales, publicadas en junio y octubre respectivamente. La primera de éstas es la conocida como “Reforma en materia de derechos humanos” que sustituye el nombre del Capítulo 1 “De las garantías individuales” por el “De los derechos humanos y sus garantías” y modifica, entre otros, el artículo 1 constitucional para reconocer jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos e incorpora los principios pro persona y de interpretación conforme a los tratados. La segunda reforma publicada el 12 de octubre del mismo año, enmienda el artículo 4⁷ y añade la fracción XXIX-P al artículo 73⁸ para incorporar el principio del “interés superior de la niñez”. Cabe señalar que en 1999 el Comité de los Derechos del Niño había recomendado al Estado mexicano introducir en la Constitución los principios de no discriminación y del ISN⁹:

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados...

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4, párrafos 9-11.

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 73, Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte.

⁹ Examen de los informes presentado por Los Estados Partes con Arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, 22º periodo de sesiones, CRC/C/15/Add. 112 (10 de noviembre de 1999), párrafos 17-19.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Junto con la reforma al artículo 4 se modificó el artículo 73 para reconocer al Congreso de la Unión la facultad de expedir leyes que establezcan las concurrencias entre Federación, estados y municipios en materia de derechos de niñas y niños. Como resultado de la reforma de 2011, en 2014 se publicó la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes¹⁰, que es la que actualmente rige en México y que, finalmente, logra crear ciertas instituciones para garantizar los derechos.

III. El Interés Superior del Niño en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

El ISN aparece en diversas disposiciones de la LGDNNA. El artículo 2 establece que:

¹⁰ “Las leyes generales son aquellas respecto a las cuáles el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano... tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan al (Congreso de la Unión) a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.” Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t.XXV, Abril de 2007, p. 5, Registro No. 172 739, Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. Para más información, ver: Amparo en Revisión 120/2002, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 30 de mayo de 2007.

El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector. (...) Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

El ISN se contempla también en los siguientes artículos:

Art. 2 Obligaciones de las autoridades

Art. 3 Concurrencia entre autoridades federales y locales

Art. 4 Definición de familia de acogimiento preadoptivo

Art. 6 Principios rectores

Art. 18 Derecho de prioridad

Art. 19 Derecho a la identidad

Arts. 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31 y 33 Derecho a vivir en familia

Art. 42 Derecho a no ser discriminado

Art. 50 Derecho a la Protección de la Salud y a la Seguridad Social

Art. 68 Derechos a la Libertad de Expresión y de Acceso a la Información

Arts. 76, 77 y 81 Derecho a la Intimidad

Arts. 83 y 86 Derecho a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso

Arts. 89, 90, 91, 92, 93, 95 y 97 Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes

Art. 106 Obligaciones de quienes ejercen la Patria Potestad, Tutela o Guarda y Custodia de Niñas, Niños y Adolescentes

Art. 109 Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en los Centros de Asistencia Social

Art. 114 Protección y Restitución Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Art.116 Distribución de Competencias

Art. 123 Procuradurías de Protección

Pese a estar contemplado en diversas disposiciones, la LGDNNA no define lo que deberá interpretarse como ISN. Sin embargo, ésta ha sido objeto de interpretación tanto en la doctrina jurídica, como en la jurisprudencia internacional y nacional.

IV. El ISN en la doctrina jurídica

El ISN ha sido interpretado por los especialistas como la satisfacción integral de los derechos. En este sentido, como afirma Cillero Bruñol (1999, pp.133-134), “es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida ésta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista”

Como es bien sabido, este concepto fue objeto de interpretación por parte del Comité de los Derechos del Niño en dos observaciones generales recientes. La Observación General no. 5 (2003) *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)* y la Observación General n° 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. En la OG no. 5 identifica al ISN como uno de los cuatro principios generales (los otros tres son: no discriminación, derecho a la supervivencia, vida y desarrollo y respeto a los puntos de vista del niño) y señala que debe ser aplicado por todas las autoridades en todos los asuntos que afectan la vida de NNA directa o indirectamente, mediante el análisis sistemático de cómo diferentes medidas afectarán sus derechos:

(...) El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se

ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente¹¹.

La OG no. 14 se dedica exclusivamente al análisis del ISN y sus alcances. En este documento el Comité señala que el ISN es un concepto triple, pues se trata de (i) un *derecho sustantivo*, en la medida en que NNA tienen derecho a que sea tomado en cuenta para tomar decisiones que les afecten; (ii) un *principio jurídico interpretativo*, que determina que cuando existan diversas interpretaciones sobre un precepto, deberá elegirse la que mejor satisfaga el ISN y (iii) una *norma de procedimiento*, en el sentido de que requiere ciertas garantías procesales y la justificación de las decisiones tomadas. En el mismo sentido, considera el Comité que se trata de un concepto complejo cuyo contenido ha de determinarse caso por caso y establece una serie de elementos que deben tomarse en cuenta para la evaluación y determinación del ISN, así como una serie de garantías procesales que deben ser observadas para garantizar la observancia del ISN.

La OG no. 14 parece orientada a los casos concretos que involucran a NNA en conflictos o en decisiones particulares. Ello parece desprenderse de los elementos que señala para la evaluación y determinación del ISN como de las garantías procesales. Sin embargo, es poco lo que dice en relación con el ISN como elemento transversal de la política pública. Una aportación muy relevante está contenida en el párrafo 35 (que retoma la OG no. 5), en el sentido de que se requiere de la evaluación de las consecuencias de cualquier política en los derechos de NNA:

35. Con respecto a las medidas de aplicación, para que el interés superior del niño sea una consideración primordial a la que se atienda al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los

¹¹ Observación general No.5 (2003) medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 4y 42 y párrafo 6 del artículo 44), Comité de los Derechos del Niño, 34º periodo de sesiones, CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003), párrafo 12.

poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos del niño, a fin de prever las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o asignación presupuestaria en los niños y el disfrute de sus derechos, y de evaluación de los efectos sobre los derechos del niño, con miras a juzgar las consecuencias reales de la aplicación¹².

Tanto el desarrollo doctrinario como las observaciones generales, con todo el avance que han implicado, no logran, en mi opinión, proyectar los derechos de NNA en la esfera de las decisiones públicas de manera contundente. La OG no. 14 establece que el ISN debe contemplarse en las políticas públicas y que los Estados están obligados a revisar la legislación para que en todas las normas se contemple y aplique el ISN y menciona su aplicación en casos aplicables a todas las NNA a lo largo de todo el documento. Sin embargo, en mi opinión, no logra dar elementos concretos para garantizarlo en el ámbito de las decisiones políticas, como sí ocurre en los casos particulares. La OG no. 14 proporciona directrices muy claras en los procedimientos judiciales y administrativos, un ejemplo claro de ello es la forma en que determina que el niño debe ser escuchado. En contraste, las diversas interpretaciones citadas –OG no. 14 y doctrina- no son de mucha utilidad para determinar cómo debe aplicarse este principio en su proyección hacia una esfera más general, que incluya a todas las NNA de un país o región. Sigue haciendo falta una interpretación extensa que coloque el ISN como un elemento transversal y obligatorio de cualquier política pública. Ello no implica negar que debe seguir conservando su carácter de principio flexible que debe ser dotado de contenido en el caso concreto. La diferencia es que en esta aplicación tendrá efectos generales, es decir, para todos los NNA de una comunidad o país.

¹² Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013), párrafo 35.

V. El ISN en la jurisprudencia mexicana e interamericana

Pese a que, como se ha mencionado, el ISN tuvo un tardío reconocimiento constitucional en México, en el ámbito jurisdiccional comenzó a tener una aplicación más temprana, al igual que ocurrió en otros países. Desde la reforma de 2000 tenemos criterios judiciales en materia familiar basados en el ISN, especialmente de la Primera Sala de la Suprema Corte (SCJN)¹³ y de Tribunales Colegiados en Materia Civil: para la determinación de la custodia¹⁴; patria potestad¹⁵; desahogo de prueba testimonial

¹³ Por medio del Acuerdo General Número 5/2013 del 13 de mayo de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decretó: "Las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejercerán la competencia que les otorga el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la manera siguiente: La Primera Sala conocerá de las materias civil y penal, y La Segunda Sala conocerá de las materias administrativa y del trabajo." El Acuerdo se puede acceder en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/acuerdos_generales/ACUERDO%20GENERAL%202013.pdf

¹⁴ Tesis II.3o.C. J/4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XVI, Octubre de 2002, p. 1206, Registro No. 185 753, Guarda y custodia. Debe determinarse considerando el interés superior de niñas, niños y adolescentes conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño; Tesis II.3o.C.13 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXI, Febrero de 2005, p. 1798, Registro No. 179 166, Suspensión. No procede contra la resolución que determina la guarda y custodia de los menores, salvo que concurran condiciones especiales y que de no concederse se perjudique el interés superior del niño; Tesis II.2o.C.459 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XX, Julio de 2004, p. 1725, Registro No. 181, Guarda y custodia de menores, elementos que debe contener la prueba pericial en el procedimiento de (legislación del Estado de México); Tesis I.11o.C.141 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXIII, marzo de 2006, p. 2044, Registro No. 175 544, Menores de edad. No es necesario designarle representante o tutor interino a éstos para el efecto de que se les escuche en los juicios de guarda y custodia; Tesis I.3o.C. J/68, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. 5, diciembre de 2011, p. 3624, Registro No. 160 535, Menores de siete años. Qué debe entenderse por su normal desarrollo (interpretación de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal).

¹⁵ Tesis II.3o.C.40 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XVII, febrero de 2003, p. 1109, Registro No. 184 832, Patria potestad. Los artículos 395 y 404 del Código Civil del Estado de México, no contravienen el artículo 4o. constitucional; Tesis I.11o.C.135 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXII, septiembre de 2005, p. 1516, Registro No. 177 231, Patria potestad. Su pérdida por incumplimiento a la obligación de proporcionar alimentos es provisional y, en consecuencia, es legal determinar un régimen de convivencias entre el menor y su progenitor siempre y cuando se acredite plenamente el interés del niño de convivir con él como un derecho consagrado en la convención internacional sobre los derechos del niño; Tesis I.9o.C.140 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2561, Registro No. 171 416, Patria potestad. Atendiendo al interés superior del menor, su pérdida no siempre implica la falta de convivencia de éste con el progenitor sancionado.

en las controversias en materia familiar¹⁶; custodia provisional¹⁷; desahogo de periciales en juicios familiares¹⁸; régimen de convivencia familiar¹⁹ y adopción²⁰,

¹⁶ Tesis II.3o.C.55 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XVIII, Julio de 2003, p. 1153, Registro No. 183 787, Menores, testimonio de los, en los juicios de controversia del orden familiar. Su recepción y desahogo no están sujetos a las formalidades que rigen la prueba testimonial, porque se trata de un elemento de convicción que debe ser apreciado libremente para decidir con base en el interés superior del niño.

¹⁷ Tesis III.5o.C.67 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XIX, mayo de 2004, p.1763, Registro No. 181 579, Custodia provisional de menores. Previo a su decretamiento debe darse intervención al progenitor afectado y oírse la opinión de los niños inmersos en la problemática familiar (legislación del Estado de Jalisco).

¹⁸ Tesis II.2o.C.459 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XX, Julio de 2004, P. 1725, Registro No. 181 135, Guarda y custodia de menores, elementos que debe contener la prueba pericial en el procedimiento de (legislación del Estado De México).

¹⁹ Tesis II.2o.C.487 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXI, febrero de 2005, p. 1765, Registro No. 179 211, Régimen de convivencia familiar y visita a los hijos. No debe condicionarse al consentimiento de los menores; Tesis II.3o.C.62 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXI, abril de 2005, p. 1469, Registro No. 178 644, Régimen de visita y convivencia con los padres. El juez debe resolver ese tema, aunque las partes no lo hayan planteado, atendiendo al interés superior del niño; Tesis XXII.1o.43 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXVII, febrero de 2008, p. 2451, Registro No. 170 170, Suspensión. Procede respecto del régimen de convivencias decretado en la sentencia que declaró la pérdida de la patria potestad por omisión de cuidados, siempre que el niño no haya convivido constante y continuamente con su madre biológica durante un largo periodo y que tal convivencia sea el objeto de reclamo en el juicio de amparo.

²⁰ Tesis II.2o.C.500 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXII, diciembre de 2005, p. 2683, Registro No. 176 539, Instituciones de asistencia privada que tengan por objeto social la adopción de menores. Constitucionalidad de los artículos 3.13, 4.178, 4.179, 4.185, 4.195 y 4.261 del Código Civil, así como del precepto 3.16 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Estado de México.

alimentos²¹, filiación²² entre otras. En materia penal la interpretación se centró en la justicia para menores²³ y en NNA víctimas de delitos²⁴.

Un precedente importante en materia de ISN se da en 2007 con la interpretación que hace la Primera Sala de la SCJN. En ésta reconoce la obligación de los tribunales de atender el ISN y retoma el significado que le había dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH). Es necesario destacar que, pese a que la interpretación del ISN es genérica, se circunscribe a la materia civil.

Rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.

Texto: En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de

²¹ Tesis I.3o.C.589 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXV, febrero de 2007, p. 1606, Registro No. 173 397, Alimentos. Forma en que el Estado Mexicano debe acatar su obligación establecida en el artículo 4o. constitucional; Tesis I.3o.C.621 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXV, junio de 2007, p. 1042, Registro No. 172 245 Competencia en un juicio de divorcio necesario y alimentos. Corresponde al juez del lugar de residencia de los acreedores alimentarios, porque se trata de una obligación de carácter personal de cuyo cabal cumplimiento depende la subsistencia y seguridad del menor

²² Tesis 1a./J. 101/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 1a. Sala, t. XXV, marzo de 2007, p. 111, Registro No. 172 993, Juicios de paternidad. En los casos en que a pesar de la imposición de medidas de apremio los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en materia de genética (ADN), opera la presunción de la filiación controvertida (legislaciones de Nuevo León y del Estado de México); Tesis 1a. CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXVI, Julio de 2007, p. 260, Registro No. 172 050, Derecho a la identidad de los menores. Su contenido; Tesis VII.2o.C.111 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXVII, febrero de 2008, p. 2313, Registro No. 170 275, Juicios de paternidad. En los casos en que a pesar de la imposición de medidas de apremio los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en materia de genética (ADN), opera la presunción de la filiación controvertida, salvo prueba en contrario (legislación del Estado de Veracruz).

²³ Tesis VII.1o.P.145 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XIX, febrero de 2004, p. 1068, Registro No. 182 175, Imputabilidad. Los artículos 34 de la Ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores y 66 de la Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz, que la establecen a partir de los dieciséis años de edad, no contravienen el artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el principio de supremacía de los tratados internacionales.

²⁴ Tesis I.4o.P.31 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXI, marzo de 2005, p.1173, Registro No. 178 977, Menores de edad víctimas de violación. Las diligencias relativas al desahogo de sus declaraciones deben sujetarse a las modalidades que indique la ley, de conformidad con la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional, así como adoptarse todas aquellas medidas que el juzgador estime conducentes para la protección en su desarrollo físico y emocional.

1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... 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".²⁵

Posteriormente, en 2008 se da uno de los primeros precedentes en materia constitucional sobre derechos de NNA, derivado de una acción de inconstitucionalidad promovida por el Procurador General de la República en contra de una norma del estado de Colima que prohibía el trabajo de las personas menores de 18 años en establecimientos en donde se vendieran bebidas alcohólicas, argumentando que con ello se violaba la libertad de trabajo reconocida en la Constitución. Cabe señalar que no se hizo valer en el recurso legal el artículo 4 constitucional. El Pleno resolvió declarando infundada la acción de inconstitucionalidad con base en los derechos de NNA y la afectación del ISN. De ahí se desprende la siguiente tesis:

Rubro: MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.

Texto: De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la

²⁵ Tesis 1a. CXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 1ª Sala, t.I, diciembre de 2012, p. 334, Registro No. 159 897, Interés superior del menor. Su concepto. Esta tesis posteriormente (en la Décima época) se transformó en jurisprudencia, por haber 5 resoluciones en el mismo sentido

Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios.²⁶

En la Décima Época²⁷ de la SCJN, motivada por la reforma al artículo 1 constitucional, la interpretación del ISN se orientó hacia consideraciones más generales. Sin embargo, la mayoría de los juicios que dieron origen a las tesis de la Primera Sala y de Tribunales Colegiados son de naturaleza civil, específicamente

²⁶ Tesis P. XLV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t.XXVII, junio de 2008, p. 712, Registro No. 169 457, Menores de dieciocho años. El análisis de una regulación respecto de ellos debe hacerse atendiendo al interés superior y a la prioridad de la infancia.

²⁷ Desde la creación del *Semanario Judicial de la Federación* el 8 de diciembre de 1870, el entonces presidente Benito Juárez, decretó que las tesis de jurisprudencia y precedentes serían publicados por épocas de diversa duración. Las épocas han sido determinadas por cambios constitucionales que marcan un hito en el sistema de justicia.

A partir de junio de 2011 se aprobaron varias reformas constitucionales que modificaron la estructura del Poder Judicial, modificaron reglas del juicio de amparo, y en materia de derechos humanos se reconocieron los derechos contenidos tratados internacionales, entre otras modificaciones. Dichos cambios se consideraron de tal importancia que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó el inicio de la Décima Época, por medio del Acuerdo General No. 9/2011, del 29 de agosto de 2011. Acuerdo disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Acuerdo%20General%20Plenario%209-2011%20\(INICIO%20D%C3%89CIMA%20%C3%89POCA%20SJF\)_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Acuerdo%20General%20Plenario%209-2011%20(INICIO%20D%C3%89CIMA%20%C3%89POCA%20SJF)_0.pdf). (Última consulta: 4 de junio de 2019)

Para más información, Nota del *Semanario Judicial de la Federación*, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfContenido.aspx?control=Contenidos/ucNoticia&file=NoticiaHistorica&Info4=Info4> (Última consulta: 4 de junio de 2019)

familiar. El cambio radica en que la Sala utilizó estos casos para pronunciarse sobre el ISN y determinar sus alcances.

La SCJN estableció que el interés superior del niño implica una obligación para los juzgadores, como pauta interpretativa, principio orientador de la actividad interpretativa, principio jurídico protector, o principio jurídico garantista. Se reconoció que el ISN obliga al juzgador a tomar en cuenta las circunstancias especiales del niño que permitan determinar el ámbito de protección que requiere y que éste debe fijarse en cada caso particular, siempre con un escrutinio más estricto.

La SCJN reconoce que, en materia de NNA, existe un “núcleo duro de derechos”, esto es, derechos que no admiten restricción alguna, entre ellos el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de la edad y a las garantías del derecho penal y procesal penal.

Estos precedentes establecen que la actuación estatal que se rige por el ISN tiene como objeto el ejercicio efectivo de los derechos de NNA, que los deberes de protección de los menores y sus derechos especiales son aquellos previstos en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes de protección de la niñez, que la protección de los derechos del niño se debe realizar a través de medidas reforzadas o agravadas, y que sus intereses se deben proteger siempre con mayor intensidad.²⁸

²⁸ Tesis 1ª. CXXII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1ª Sala, t.I, junio de 2012, p. 260, Registro No. 2 000 988, Interés superior del menor. Su función normativa como principio jurídico protector; Tesis 1a. CCLXXXI/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1ª Sala, T .I, diciembre de 2018, p. 336, Registro No. 2 018 695, Interés superior del menor. El artículo 23 del Código Civil del Estado de Querétaro, que lo define como la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de los menores, respecto de los de cualquier otra persona, es constitucional; Tesis 1a. CXXI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1ª Sala, t.I, junio de 2012, p. 261, Registro No. 2 000 989, Interés superior del menor. Sus alcances y funciones normativas; Tesis 1a. CXXIII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1ª Sala, t.I, junio de 2012, p. 259, Registro No. 2 000 987, Interés superior del menor. Su función normativa como pauta interpretativa para solucionar conflictos por incompatibilidad en el ejercicio conjunto de los derechos de los niños; Tesis 1a./J. 18/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1ª Sala, t.I, marzo de 2014, p. 406, Registro No. 2 006 011, Interés superior del niño. Función en el ámbito jurisdiccional; Tesis 1a. LXXXIII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1ª Sala, t.I, febrero de 2015, p. 1397, Registro No. 2 008 546, Interés superior del menor como elemento de interpretación en el ámbito jurisdiccional.

En lo que se refiere a la CrIDH, el ISN también ha sido materia de interpretación desde hace más de dos décadas. El órgano jurisdiccional interamericano en la OC 17/2002 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* dedica el título VII al ISN y señala que:

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Uno de los primeros casos en los que se pronuncia sobre los derechos de NNA es “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala (1999)²⁹, aunque, pese a que se menciona la CDN, no se hace una alusión específica al ISN. Es en la sentencia *Bulacio vs. Argentina* (2003)³⁰ en donde se señala que el ISN rige en las medidas de protección de los derechos de NNA:

134. Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño (...).

A partir de *Bulacio vs. Argentina*, la Corte Interamericana ha sido consistente en invocar los derechos de NNA y el interés superior del niño cuando de los hechos se desprenden presuntas violaciones a los derechos de NNA.³¹

²⁹ Corte IDH “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *Vs. Guatemala* (19 de noviembre de 1999) Serie C No. 63.

³⁰ Corte IDH *Bulacio vs. Argentina* (18 de septiembre de 2003) Serie C No. 100, párrafo 134.

³¹ Corte IDH *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (8 de julio de 2004) Serie C No. 110; Corte IDH “Instituto de Reeduación del Menor” *vs. Paraguay* (2 de septiembre de 2004); Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005); Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2005); Corte IDH, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (2005); Corte IDH, *Vargas Areco vs. Paraguay* (26 de septiembre de 2006) Serie C No. 155; Corte IDH, *Servellón García vs. Honduras* (21 de septiembre de 2006) Serie C No. 152; Corte IDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia* (1 de julio de 2006) Serie C No. 148; Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006) Serie C No. 146; Corte IDH, *Tiu Tojín vs. Guatemala* (26 de noviembre 2008) Serie C No. 190; Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (24 de noviembre de 2009) Serie C No. 211; Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay* (24 de agosto de 2010), Serie C No. 214; Corte IDH, *Rosendo Cantú vs. México* (31 de agosto de 2010), Serie C No. 216; Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (25 de mayo de 2010) Serie C No. 212; Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (16 de noviembre de 2009) Serie C No. 205; Corte IDH, *Gelman vs.*

VI. Los derechos del NNA en los planes de desarrollo de México

El artículo 25 de la Constitución mexicana establece que:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.³²

De acuerdo con estos fines, al inicio de cada gestión debe elaborarse un Plan Nacional de Desarrollo al que debe sujetarse la Administración Pública Federal: (...) Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.³³

Desde 2014, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) debe ser aprobado por la Cámara de Diputados al inicio de cada gestión del Ejecutivo Federal.

Uruguay (24 de febrero de 2011) Serie C No. 221; Corte IDH, *Familia Barrios vs. Venezuela* (24 de noviembre de 2011) Serie C No. 237; Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012) Serie C No. 239; Corte IDH, *Fornerón e hija vs. Argentina* (27 de abril de 2012) Serie C No. 242; Corte IDH, *Furlan y familiares vs. Argentina* (31 de agosto de 2012) Serie C No. 246; Corte IDH, *Mendoza y otros vs. Argentina* (14 de mayo de 2013) Serie C No. 260; Corte IDH, *Personas dominicanas haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (28 de agosto de 2014) Serie C No. 282; Corte IDH, *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela* (27 de agosto de 2014) Serie C No. 281; Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional* (19 de agosto de 2014); Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador* (1 de septiembre de 2015) Serie C No. 298; Corte IDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* (20 de octubre de 2016) Serie C No. 318; Corte IDH, *Carvajal y otros Vs. Colombia* (13 de marzo de 2018) Serie C No. 352; Corte IDH, *Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala* (9 de marzo de 2018) Serie C No. 351; Corte IDH, *VVRP, VPC y otros Vs. Nicaragua* (8 de marzo de 2018) Serie C No. 350; Corte IDH, *Favela Nova Brasília Vs. Brasil* (16 de febrero de 2017) Serie C No. 333; Corte IDH, *Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala* (24 de agosto de 2017) Serie C No. 339; Corte IDH, *Vereda La Esperanza Vs. Colombia* (31 de agosto de 2017) Serie C No. 341; Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua* (8 de marzo de 2018) Serie C No. 350; Corte IDH, *Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala* (9 de marzo de 2018) Serie C No. 351; Corte IDH, *Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia* (13 de marzo de 2018) Serie C No. 352; Corte IDH, *Coc Max y otros (Masacre de Xamán) Vs. Guatemala* (22 de agosto de 2018) Serie C No. 356; Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala* (23 de agosto de 2018) Serie C No. 359; Corte IDH, *Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia* (21 de noviembre de 2018) Serie C No. 368; Corte IDH, *Alvarado Espinoza y otros Vs. México* (28 de noviembre de 2018) Serie C No. 370.

³² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25, párrafo primero.

³³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 26.A., párrafo segundo.

Es así que el PND constituye el eje rector de cada gestión de gobierno, de ahí que pueda ser de utilidad su análisis para determinar la presencia del principio del ISN como eje transversal de la política pública, atendiendo a la CDN, las observaciones del Comité y, en el caso de México, la Constitución Política.

Los planes nacionales de desarrollo han sido omisos en identificar el ISN y los derechos de NNA en todas las medidas que tomarán durante los seis años que duran las gestiones presidenciales en México. Aún más, las menciones a NNA son mínimas y siempre circunscritas a otros grupos poblacionales.

En el caso del PND 2007-2012³⁴ hay apenas una mención a los derechos de NNA dentro del eje 3, correspondiente a la igualdad de oportunidades.

Eje 3. Igualdad de oportunidades

Objetivo 17

Abatir la marginación y el rezago que enfrentan los grupos sociales vulnerables para proveer igualdad en las oportunidades que les permitan desarrollarse con independencia y plenitud.

3.7 Familia, niños y jóvenes

Los cuatro principios fundamentales de la Convención de los Derechos Humanos de los Niños son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto de los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Como se desprende del texto, pese a que menciona los cuatro principios de la CDN y los vincula con la dignidad humana, finalmente concluye con una visión de la

³⁴ 33. Poder Ejecutivo Federal, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/pnd.htm> (Última consulta: 4 de junio de 2019)

infancia parcial y preconvencional, al hacer una lectura de que el instrumento internacional contempla únicamente salud, educación y ciertos servicios.

El PND 2013-2018 menciona a NNA en dos rubros: México en paz y México incluyente. En el primero aborda la violencia en contra de NNA al tratar el tema de la seguridad pública y menciona el ISN en las acciones de acciones para atenderla.

I. MÉXICO EN PAZ

I.1. Diagnóstico: México demanda un pacto social más fuerte y con plena vigencia

Seguridad pública

Para que un país logre la paz debe comenzar por prevenir la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, y lograr el goce efectivo de sus derechos. Además, debe atender oportuna y sensiblemente a quienes han sufrido violencia, así como observar el principio del interés superior de la niñez en todas las actuaciones que se realicen tanto para la prevención como para la respuesta. En este sentido, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés) señala como un reto para México el hecho de que los registros administrativos no capturan las diversas manifestaciones de violencia de manera desagregada y comprensiva. Algunas formas de violencia contra la infancia tales como el maltrato, la violencia sexual, la trata y la explotación no son visibles en los sistemas de información y las estadísticas oficiales.³⁵

En el segundo rubro, que aborda la atención a grupos tradicionalmente discriminados (personas mayores, indígenas, personas con discapacidad), el

³⁵ Al parecer el PND se refiere a las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al tercer informe periódico de México emitidas en 2006. En el numeral 13 señala que *“Al Comité también le preocupa la falta de datos actualizados y desglosados sobre el número y la situación geográfica de los niños que no asisten a la escuela, los niños de 6 a 14 años que trabajan, los casos de violencia y abuso de niños, los niños víctimas de explotación comercial y sexual, los niños víctimas de trata, los niños privados de libertad, los niños migrantes e indígenas y los niños que no fueron inscritos después de nacer”*. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales México, Comité de los Derechos del Niño, 42º periodo de sesiones, CRC/C/MEX/CO/3 (8 de junio de 2006).

documento se refiere vagamente al ISN para incrementar la inversión en el *bienestar de los más pequeños*.

II. MÉXICO INCLUYENTE

II.2. Plan de acción: integrar una sociedad con equidad, cohesión social e igualdad de oportunidades

En segundo término, se propone transitar hacia una sociedad equitativa e incluyente. Para lograrlo, se plantea generar esquemas de desarrollo comunitario con un mayor grado de participación social. Asimismo, se busca articular políticas que atiendan de manera específica cada etapa del ciclo de vida de la población. Necesitamos hacer de México un país para todas las generaciones. Se buscará garantizar los derechos de la infancia a través de un mejor diseño institucional y programático, además del incremento de la inversión en el bienestar de los más pequeños de acuerdo con el principio del interés superior del niño establecido en la legislación nacional e internacional. Asimismo, se propiciará el desarrollo humano integral de los adultos mayores brindándoles todas las oportunidades necesarias para alcanzar un nivel de vida digno y sustentable.

(...)

Llama la atención que ninguno de los planes de desarrollo retome la agenda planteada por el Comité en las observaciones a los informes periódicos ni establezca acciones claras para garantizar los derechos.

Cabe señalar que en el momento en que se redactó este texto aún está en revisión para su aprobación el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, razón por la cual no puede hacerse una evaluación sobre la inclusión del ISN. Sin embargo, la agenda de los derechos de NNA no parece ser visible tampoco en la actual administración.

VII. La función del ISN en el razonamiento práctico

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación de ISN tanto del Comité de los Derechos del Niño, como de la CrIDH y de la SCJN coinciden en la obligación de las

autoridades de los países de garantizar sistemáticamente sus derechos y adoptar todas las medidas para que éstos sean respetados. Sin embargo, la proyección del ISN sobre el ámbito de lo público sigue aún poco presente. Por ello he propuesto en otros trabajos (González Contró, 2012) que el ISN, en su carácter de principio, tiene desde hace muchos años un papel relevante en los sistemas jurídicos y que, tal como corresponde a su naturaleza, debe ser determinado en cada caso concreto³⁶. La presencia del ISN en el razonamiento jurídico obedece a la naturaleza específica de los derechos de NNA que tiene un tratamiento jurídico muy diferente al de los derechos humanos de las personas adultas (González Contró, 2009), cuya característica principal es la limitación en el ejercicio de la autonomía, debido a su condición de personas en desarrollo³⁷.

En otro texto en coautoría he argumentado sobre la aparente contradicción que parece darse en la afirmación de la universalidad de los derechos humanos y la

³⁶ “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan... Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.” Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., trad. de Marta Guastavino, España, Editorial Ariel, 1989, pp. 74, 75 y 77.

³⁷ Hay una distinción clásica en la teoría del derecho, particularmente en derecho civil entre “capacidad de goce” y “capacidad de ejercicio”, según la cual las personas menores de edad tendrían capacidad de goce de sus derechos, pero no la facultad de ejercerlos. Esta distinción sirvió como justificación de la exclusión de NNA como verdaderos titulares de derechos, por lo que debería ser superada para integrar explicaciones que reconozcan la autonomía progresiva y la titularidad plena de derechos de todas las personas que, durante mucho tiempo, han sido calificadas como incapaces jurídicamente. Incluso algunos autores que parecen estar lejos de toda sospecha de conservadurismo caen en este tipo de discursos discriminatorios, Uno de ellos es (Luigi Ferrajoli 2001) “Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas... En nuestra definición, estas clases de sujetos han sido identificadas por los *status* determinados por la identidad de “persona” y/ o de “ciudadano” y/o “capaz de obrar” que, como sabemos, en la historia han sido objeto de las más variadas limitaciones y discriminaciones. “Personalidad”, “ciudadanía” y “capacidad de obrar”, en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos) de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en *droits fondamentaux*.” Parece ser que en el garantismo ferrajoliano los derechos humanos están reservados a cierto tipo de personas. Lo que subyace a este razonamiento es una peligrosa visión de que ciertas personas son superiores a otras.

exclusión de NNA de la titularidad de algunos derechos derivada del proceso de especificación de los derechos³⁸. Esta aparente paradoja puede superarse a partir de la interdependencia de los derechos y del concepto de “momento” de un Derecho:

(...) proponemos el concepto de “momento” de un derecho. En una red interdependiente cada derecho tiene ciertos momentos, determinados por la dinámica de la propia red y la situación en la que la persona o el colectivo se encuentran, en los que se hace más relevante y se expresa objetivamente en la acción exterior (Compte Nunes y González Contró, 2018, p.143).

La idea de “momentos” en que se expresan los derechos permite sostener la universalidad de los derechos humanos, aceptando la necesidad de hacer adecuaciones en atención a la situación de desarrollo de NNA. Por otra parte, enfatiza también la idea de interdependencia de los derechos, que refuerza el ISN como la interpretación sistemática de los derechos de NNA.

En esta línea de argumentación, el principio del ISN puede desempeñar tres funciones en el razonamiento práctico:

- 1) Como principio que establece una presunción a favor de la prevalencia de los derechos de una NNA cuando debe hacerse una ponderación en caso de conflicto dos o más derechos.

Esta ha sido la función más socorrida en las decisiones judiciales, cuando el juzgador debe decidir entre algún derecho de una NNA y el de una persona adulta. Se trata de una presunción, pues no supone que en cualquier caso el derecho del NNA debe prevalecer, sino cuando así se justifique. Ello se desprende claramente de la redacción del artículo 3 de la CDN que establece que el “una consideración primordial a la que se atenderá es el ISN” y no “la consideración primordial”. Vale la pena destacar que, la misma CDN marca una

³⁸ “El derecho al trabajo ilustra claramente una aparente paradoja cuando hablamos de niños: cuanto más se especifican los derechos humanos para responder a las necesidades específicas de ciertos grupos en condición de vulnerabilidad, menos universales se vuelven los derechos. La especificación de los derechos tiene como consecuencia en este caso la prohibición del trabajo infantil y la generación de estrategias para su erradicación (...)”. (Compte Nunes y González Contró, 2018, p.141).

excepción en los casos de adopción en los cuales el ISN es “la consideración primordial” (art. 21).

- 2) Como principio que implica la facultad de suplir la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas públicas.

Esta segunda función es necesaria en atención al tratamiento jurídico de las NNA y su condición de personas en desarrollo que no reconoce autonomía de voluntad y capacidad para dar consentimiento en algunos casos. Esta función debe tener como presupuesto el derecho del NNA a ser escuchado en los asuntos que le afectan, pues la facultad para suplir un consentimiento no debe ser interpretada nunca como una excepción a la obligación de tomar en consideración los puntos de vista de NNA. Algunos de los supuestos en que entraría esta función son los siguientes:

- Cuando la NNA decide voluntariamente³⁹ no expresar su opinión. Uno de los derechos distintivos de NNA es su derecho a no tomar una decisión y que una persona adulta la tome por el/ella.
- En los casos en que la opinión expresada por NNA no sea lo mejor para garantizar sistemáticamente sus derechos. Este caso puede darse cuando, por su condición de persona en desarrollo, la NNA tenga limitantes en la capacidad para prever las consecuencias que acarrearía su decisión o se vea influido por terceras personas. En estos casos surge una obligación de la autoridad de fundar y motivar a profundidad porqué la decisión no se orienta hacia lo expresado por el NNA.
- En los casos que implica decisiones que afectan a un grupo de NNA y en los que no hay consensos en lo expresado por NNA.

³⁹ Es importante señalar que esta decisión debe ser de acuerdo con los estándares señalados en la Observación General no. 12. Ver, Observación General No. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño, 51º periodo de sesiones, CRC/C/GC/12 (20 de julio de 2009).

- En las decisiones que afectan a grupos de NNA que deben ser tomadas por órganos de representación popular en cuya elección no intervinieron NNA.

En esta función del principio del ISN es importante destacar que, debido a que NNA están excluidos del ejercicio de los derechos políticos que implican la autodeterminación normativa⁴⁰, debe existir un mecanismo para que vean representados sus derechos. Debido a que NNA no pueden expresar sus preferencias políticas a través del voto, los representantes populares deben utilizar el ISN para hacerlos presentes en la agenda pública. Cabe señalar que ésta es una de las funciones menos presentes, pues hay una tendencia a considerar los casos que afectan a NNA en su ámbito personal y no en su proyección en la esfera pública. Si tomamos en cuenta la OG no. 12, es una obligación tomar en consideración el ISN en cualquier medida que tome cualquier autoridad y que afectará derechos de NNA. Difícilmente se encontrará una medida de cualquier orden de gobierno que no afecte algún derecho, por lo que este principio debería ser transversal a la actuación pública.

3) Como principio que supone la obligación de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

Esta formulación que toma el artículo 1 de la Constitución mexicana, debe entenderse a la luz del principio del ISN en varios sentidos:

- En primer lugar, implica una obligación activa de la autoridad (toda autoridad) de eliminar todos los obstáculos que impide el efectivo ejercicio de los derechos de NNA. Ello implica desde medidas legislativas, de aplicación de la ley y el

⁴⁰ “La noción de «libertad positiva» hace referencia a que el sujeto es en cierta medida, autor de las normas que se le aplican y deriva según Berlin del deseo del individuo de ser su propio dueño; en palabras de Hierro, consiste en la «autodeterminación normativa». Es posible, desde mi punto de vista, distinguir dos vías de interpretación de esta autodeterminación que obedecen a ciertas concepciones del hombre y a la creencia en la existencia de verdades cognoscibles: la primera es como autonomía moral, relacionada con el autogobierno interno y la segunda como participante en el procedimiento de creación de las normas que regulan la convivencia social.” (Hierro, 1999, p.15).

principio en todas las instancias, hasta la promoción de campañas que combatan las representaciones sociales que obstaculizan los derechos de NNA. Ejemplos de estas representaciones son la idea de que NNA no pueden participar o la normalización del maltrato infantil.

- Esta obligación supone también una visión interdependiente de los derechos. No es poco frecuente que, en el caso de NNA, se jerarquicen los derechos. Por ejemplo, hay una idea muy extendida de que el derecho a la salud es más importante que el derecho a participar, o que el derecho al juego es menos importante que el derecho a la educación. Es necesario cambiar las formas de considerar los derechos de NNA, incluidos los mismos poderes públicos.
- También es importante resaltar el papel de la autoridad respecto del cumplimiento de los derechos de NNA, en especial cuando quienes ejercen los deberes de cuidado primario. En estos casos el ISN impone poner en el centro a NNA, por ejemplo, en los casos que se discute sobre el “derecho” de las personas a adoptar o a decidir sobre la vacunación o la alimentación de sus hijo/as. En estos casos el acceso y la garantía de los derechos deben estar a disposición de todas y ser garantizados sin condiciones ni consideraciones.
- En esta línea de argumentación, es de resaltar que hay derechos que requieren de ciertas condiciones para su garantía, uno de ellos es el derecho al juego, que necesita de espacios seguros y de una cultura de respeto a la libertad de NNA. En éstos no debe haber marcha atrás y deben ser el eje de la política pública.
- Finalmente, hay ciertos derechos que constituyen una deuda histórica con NNA. Uno de ellos es, sin duda, el derecho a la participación pública accesible y significativa. En algunos lugares hay ejercicios interesantes, pero ningún país ha logrado de manera satisfactoria garantizar este derecho en la esfera pública, por ello es necesario seguir avanzando desde la especificidad de los derechos de NNA. En el caso mexicano una buena práctica es la consulta infantil y juvenil que organiza el Instituto Nacional Electoral desde 1997 de manera concurrente con las elecciones federales de México.

VIII. Conclusiones

- El ISN ha representado, sin duda alguna, un elemento de gran importancia en la interpretación de los derechos de NNA. Aun antes de su reconocimiento formal y su desarrollo por parte del Comité y de la jurisprudencia, la idea de que NNA deben tener una protección especial en el ordenamiento jurídico y en los procesos jurisdiccionales, ha estado presente desde hace muchos años. Ello muestra su carácter de principio.

- Hay avances muy importantes en el reconocimiento del ISN, así como en la aplicación en los casos concretos. Muestra de ello es su inclusión tanto en la Constitución mexicana, como en la LGPDNNA. De la misma manera, como se ha expuesto, el Poder Judicial Federal, en especial la SCJN ha aplicado el ISN para desarrollar criterios generales. Sin embargo, falta aún la proyección del ISN en la política pública. En el caso concreto del México el ISN debería constituir un eje transversal del Plan Nacional de Desarrollo para orientar la planeación del país a la garantía plena de los derechos de NNA.

- La visión de las funciones del ISN en el razonamiento práctico de todas las decisiones que afectan la vida de NNA permite justificar la proyección hacia la esfera pública y tender un vínculo con los derechos humanos. A partir de la idea de “momentos” de los derechos es posible superar la paradoja que implica el reconocimiento de las personas menores de edad como titulares de derechos aun cuando ciertos derechos humanos no correspondan a la infancia y adolescencia. Este modelo refuerza asimismo al principio de interdependencia de los derechos y a la aplicación sistemática de los mismos de acuerdo con el ISN.

- No obstante lo anterior, sigue representando un gran desafío la aplicación del ISN de manera transversal en las políticas públicas y la participación de NNA en la esfera pública. En este sentido, debemos repensar el significado de la participación política y la ciudadanía para avanzar hacia visiones más incluyentes.

- Por último, un gran desafío radica en las percepciones sociales. Si bien el avance legislativo y jurisprudencial ha conseguido garantizar de manera más efectiva

los derechos de NNA, la visión sobre la infancia y adolescencia en una buena parte de la población sigue respondiendo al modelo minorista-privatista que no permite ver más allá de NNA como hijos. Para ello es necesario trabajar en la transformación de las representaciones sociales. Ello constituye una obligación ineludible del Estado.

Bibliografía

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, (1999) “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Santiago de Chile: UNICEF, No. 1.
- COMPTE NUNES, Guillem y GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (2018) “El derecho al trabajo de los niños: un caso límite para el concepto de ciudadanía laboral”, en PADRÓN INNAMORATO, Mauricio (coords.), *Trabajo y Derechos en México: Nuevas afectaciones a la ciudadanía laboral*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 835.
- DWORKIN, Ronald (1989) *Los derechos en serio*, 2ª ed., trad. de Marta Guastavino, España: Editorial Ariel.
- FERRAJOLI, Luigi (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Madrid: Ed. Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (2007) *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México: Ed. Fontamara.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica y PADRÓN INNAMORATO, Mauricio Enrique (2017) “¿Es el Derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?”, en PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat et al. (coords.), *Temas Selectos de Vulnerabilidad y Violencia contra niños, niñas y adolescentes*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 766.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (2009) “La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Una mirada crítica desde los derechos de niños, niñas y adolescentes”, en CABALLERO OCHOA, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México: Editorial Porrúa.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (2012) “Derechos de niñas y niños” en Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXI Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, Tomo I, 8ª Edición, México.

- HIERRO, Liborio L. (1999) “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, Antonio (ed.) *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona: Bosch-ESADE.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003) “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos Serie Derechos.

Otras fuentes

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Examen de los informes presentado por Los Estados Partes con Arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, 22º periodo de sesiones, CRC/C/15/Add. 112 (10 de noviembre de 1999).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales México, 42º periodo de sesiones, CRC/C/MEX/CO/3 (8 de junio de 2006).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General No. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado, 51º periodo de sesiones, CRC/C/GC/12 (20 de julio de 2009).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general No.5 (2003) medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 4y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º periodo de sesiones, CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANO, 2019, México. PODER EJECUTIVO FEDERAL, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/pnd.htm> (Última consulta: 4 de junio de 2019)
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Noticia histórica de la publicación y difusión de la jurisprudencia, Abril 2019. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfContenido.aspx?control=Contenidos/ucNoticia&file=NoticiaHistorica&Info4=Info4>
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Acuerdo General No. 9/2011, 29 de agosto de 2011. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/document

[o/2016-11/Acuerdo%20General%20Plenario%20-
2011%20\(INICIO%20D%C3%89CIMA%20%C3%89POCA%20SIF\)_0.pdf.](https://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/acuerdos_generales/ACUERDO%20GENERAL%205_2013.pdf)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Acuerdo General Número 5/2013,
13 de mayo de 2013.
[https://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/acuerdos_ge
nerales/ACUERDO%20GENERAL%205_2013.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/acuerdos_generales/ACUERDO%20GENERAL%205_2013.pdf)

30 años de la noción interés superior del niño. Su interpretación y aplicación en el instituto de la adopción y del arresto domiciliario

30 years of the best interests of the child. Its interpretation and application in the institute of adoption and house arrest

Por Laura Noemí Lora*

Fecha de recepción: 17/09/2019

Fecha de aceptación: 16/10/2019

Resumen: Este artículo aborda el concepto de “interés superior del niño” y expresiones similares, (vgr. “lo mejor para el niño” y “lo más beneficioso para el niño”) su significado y criterios utilizados en su aplicación, a partir de nociones e interpretaciones normativas, realizadas por profesionales de distintas ocupaciones jurídicas, que se desempeñan como doctrinarios, jueces, defensores, asesores y/o funcionarios administrativos en Argentina. Parte del relevamiento de información se realiza a través de un recorrido por las producciones científicas de los integrantes de equipos UBACyT Grupos en Formación, de distintas programaciones científicas.

Las interpretaciones y aplicaciones del concepto nos ofrecerán parámetros no solo respecto del contenido utilizado en un área del derecho de familia: el instituto de la adopción, sino también en un área particular del derecho penal: el del arresto domiciliario en un contexto y época determinada.

* Abogada. Doctora en Derecho. Área Social, Especialista en Sociología del Derecho y en Administración de Justicia. Títulos obtenidos y expedidos por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente investigadora de la Facultad de Derecho, UBA. Dicta las asignaturas Metodología de la Investigación social, Problemas actuales de Sociología del Derecho y Los criterios de selección en el instituto de la Adopción. Profesora de Posgrado y Doctorado de la UBA. Directora del Proyecto UBACyT, Modalidad I (2018-2010) Derecho, Sociedad e Infancia. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Miembro del Board del RCSL y Vicepresidenta de la SASJu. Contacto a través de correo electrónico: lauranoemilora@derecho.uba.ar.

Palabras claves: Interés superior del niño; adopción; arresto domiciliario.

Abstract: This article addresses the concept of "best interests of the child" and similar expressions, (e.g. "the best for the child" and "the most beneficial for the child") its meaning and criteria used in its application, based on normative notions and interpretations, made by professionals from different legal occupations, who serve as doctrinarians, judges, defenders, advisors and/or administrative officials in Argentina. Part of the information gathering is done through a tour of the scientific productions of the members of UBACyT teams, Groups in Formation, of different scientific programs.

The interpretations and applications of the concept will offer us parameters not only concerning the content used in an area of family law: the adoption institute, but also in a particular area of criminal law: the house arrest in a specific context and time.

Keywords: Best interests of the child; adoption; house arrest.

Sumario: I. Introducción. 1. ¿Qué se entiende por Interés Superior del Niño? II. El "interés superior del niño" en casos de adopción antes y después de la "Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes" (n°26.061). III. El "interés superior del niño" como pauta de otorgamiento del beneficio de arresto domiciliario en casos de mujeres embarazadas y/o con hijos menores de cinco años. IV. Conclusiones. Bibliografía

I. Introducción

La utilización del concepto "interés superior del niño" (en adelante ISN) en el ámbito del derecho, con la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)¹ en el ordenamiento jurídico de la República Argentina,

¹ Es importante recordar que la CIDN, no constituye el primer instrumento internacional que proclama o reconoce lo mejor para los niños o su interés superior. Existen otros antecedentes internacionales, así la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) donde se menciona la expresión ISN y la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959) mediante la cual se establece de forma expresa al ISN como principio (art. 2).

generó un fuerte impacto socio-jurídico que incluyó no solo debates e interrogantes en relación a su significado, su interpretación y a los criterios para su aplicación, sino también múltiples modificaciones producidas por los órganos legislativos relativas a las personas menores de dieciocho años de edad: “los niños”.

Paralelamente desde una perspectiva sociológica Pavez Soto (2012) señala que los niños y las niñas son considerados “[...] actores sociales que participan de diversas maneras en la vida social, aunque de forma diferente a las personas adultas, tal vez por eso no siempre su acción social es visible para toda la sociedad”. De esta manera aparece con la sociología contemporánea la necesidad de revisar el concepto de infancia y estudiar cómo las leyes y las políticas públicas destinadas a estos actores sociales los afectan y de qué modo los niños, niñas y adolescentes participan.

Desde una perspectiva histórica nacional, cabe destacar que la CIDN fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como Ley n°23.849 en 1990², pocos meses después de su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas.³ La misma se incorpora a nuestra Constitución Nacional, a través del artículo 75 inc.22, mediante la última reforma constitucional ocurrida en el año 1994 adquiriendo igual jerarquía.

Con la incorporación de este tratado internacional, no solo se asume una responsabilidad estatal ante los seres humanos “desde su concepción y hasta los dieciocho años de edad”⁴ en relación al cumplimiento y reconocimiento de los derechos que allí se incluyen, de manera efectiva y concreta, sino que también se establecen conceptos-nociones vinculadas a la niñez, entre ellas el ISN.

El artículo 3, a través del párrafo 1 establece: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,*

² Ley sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada 16 de octubre. Boletín oficial 22 de octubre.

³ La Asamblea General aprueba y abre para la firma la Convención mediante resolución 44/25 de fecha 20 de noviembre de 1989 entrando en vigor el día 2 de septiembre de 1990. En la actualidad solo Estados Unidos no ha firmado la Convención. El último país en firmar ha sido Sudán del Sur.

⁴ Según la reserva realizada por Argentina en relación al artículo 1° de la CIDN, que declara que debe interpretarse en este sentido qué se entiende por niño.

las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

1. ¿Qué se entiende por Interés Superior del Niño?

Para construir un concepto socio-jurídico de manera integral e interdisciplinaria, se indaga en distintas fuentes que lo abordan: en las normativas, la producción académica especializada, los estudios de doctrina y la jurisprudencia de las distintas ramas del derecho, así como también en las definiciones, prácticas de los profesionales, actores y movimientos sociales involucrados en las temáticas y problemáticas atravesadas por el término en distintas áreas del derecho de familia y del derecho penal. Todo ello, sin dejar de tener en cuenta el contexto socio-histórico y político en el que estos conocimientos se producen.

La CIDN, junto a otros instrumentos específicos de protección de derechos humanos⁵ fueron fuentes de renovación de un conjunto de normativas que incorporan la concepción del niño como persona, de su desarrollo integral, reconociéndose como “sujetos de derechos” con fundamento en la dignidad, equidad, justicia social, y en los principios ISN, no discriminación, solidaridad y participación, gestando un nuevo paradigma de niñez.

Sin embargo estas renovaciones, no incluyeron una definición de ISN, como tampoco una noción de qué se entiende por “sujeto de derecho”. En este contexto, los distintos modos de pensar y de regular los derechos de los niños plantean diversos problemas sociológicos como el de la subjetividad, es decir el niño vinculado con su medio familiar, cultural, social, jurídico y político. ¿Qué es la subjetividad? ¿Qué

⁵ Esto incluye entre otros instrumentos las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, aprobadas en noviembre de 1985; Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad (1990) las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (conocidas como Directrices de Riad) adoptadas y proclamadas respectivamente por la Asamblea General mediante Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990 y 45/112 del 14 de diciembre de 1990, entre otras que no abordaré, ya que la cuestión del ISN pretende abordarse de manera reduccionista con la idea de identificar la cultura jurisdiccional y doctrinaria de Argentina.

aspectos del ser humano comprende? Estos interrogantes no serán aquí abordados, pero son centrales en los estudios sociológicos de la infancia y sus nuevos paradigmas.

Poco a poco el contenido ISN se irá elaborando a partir de los estudios de la literatura especializada, la doctrina, la práctica jurisprudencial nacional e internacional, entre otros antecedentes.

Asimismo, la renovación implicó un proceso de adecuación de las leyes nacionales, políticas y prácticas a la CIDN por parte de los Estados que la habían ratificado. Las dificultades que trajo este proceso dieron lugar al antecedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que en su Opinión Consultiva N° 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” define al ISN como *“principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”*.⁶ Asimismo, la CIDH concluye en su opinión que el ISN implica el ejercicio pleno de los derechos del niño.⁷

En Argentina, nuevos modos de pensar y abordar la infancia, se receptaron en la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes n°26.061, sancionada y promulgada en el año 2005⁸. Esta ley, a diferencia de la CIDN, brinda una definición de ISN, sistematiza significados que se fueron produciendo desde la aplicación y uso del concepto. Sus diseños institucionales

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/2002 del 28 de Agosto del 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 56, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, pág. 61.

⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su conclusión 2 de la Opinión Consultiva N° 17/2002 expresa que el ISN *“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”*.

⁸ A nivel provincial se han dictado leyes de protección integral con posterioridad a la sanción de las leyes nacionales 26.061, y 23.849 que sanciona la CIDN, e inclusive hay leyes provinciales sancionadas con anterioridad a la ley nacional 26.061 de 2005. Anteriores a la ley nacional 26.061 fueron la Ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada en 1998, promulgada en 1999; Ley del niño y del adolescente de la provincia de Mendoza n° 6354 (1995) Asimismo son anteriores las leyes dictadas en las provincias de Chubut, Salta, Neuquén, Tierra del Fuego, Misiones, Jujuy y San Juan.

pensados para la atención de niñas, niños y adolescentes (NNyA), a partir de su implementación producirán transformaciones en la relación entre el Estado y los NNyA. De sus normas surge la división de las temáticas de atención entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, desplazando al ámbito administrativo las situaciones de características “socio-asistenciales”, que la anterior Ley de Patronato 10.903, que se deroga, judicializaron. Desde la esfera administrativa se implementará, el sistema de protección y promoción de derechos para las problemáticas sociales ahora desjudicializadas⁹.

La Ley, en su art. 3 asocia al ISN con las nociones de “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos [...] del niño/a como “sujeto de derecho”, su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; y su centro de vida, entendido por tal, el lugar donde el niño hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Por último, realiza una aclaración fundamental: *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.*

Sabemos que la manera de entender un conflicto o posicionarse ante él contiene la dimensión subjetiva del “otro” que es el niño hacia el cual el juez, dirige su acción / “decisión”. A partir de aquí surge la pregunta ¿los jueces al decidir con fundamento en el ISN, entendido como la máxima satisfacción de sus derechos, ¿cómo pondera los

⁹ Se ha realizado un diagnóstico de fortalezas y debilidades, relativo a las posibilidades que la implementación de la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes (NNyA) tiene para garantizar el interés superior del niño (ISN) elaborado a partir de lo expresado por operadores jurídicos respecto de sus prácticas, en Lora Laura N., Dir. (2014) *Cuadernillo de Enseñanza Nuevas aproximaciones socio jurídicas al modo de pensar la infancia*. En este trabajo se explora el significado, ejercicio y alcance del derecho del niño a ser oído/escuchado y su participación efectiva en los procesos judiciales y/o administrativos que lo afectan; su vinculación con el “abogado del niño” y la distinción entre dicha figura y la del Defensor Público de Menores e incapaces. También se refieren conflictos de articulación entre los organismos de aplicación de la ley nacional. Disponible en:

<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-lora.pdf>

derechos? ¿Cuántos derechos son considerados y enunciados a través de sus decisiones? ¿Qué criterios los operadores jurídicos estatales utilizan para seleccionar un derecho en detrimento de otro?

Algunas respuestas a estos interrogantes se irán encontrando en el siguiente desarrollo del tema

II. El “interés superior del niño” en casos de adopción antes y después de la “Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes” (n°26.061)

Respecto del uso y contenido de esta noción en materia de adopción de niños, se realizó un estudio a través del cual se buscaron, se seleccionaron notas y comentarios doctrinarios publicados en las revistas jurídicas “Jurisprudencia Argentina”, “El Derecho” y “La Ley”; se identificaron las interpretaciones y aplicaciones del concepto esbozadas en las sentencias y definiciones brindadas por informantes claves a través de entrevistas (Lora: 2007) hasta la aplicación de la ley de adopción 24.779.¹⁰

De la doctrina analizada, se destacan algunas afirmaciones como las siguientes:

“...El principio del ISN ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, dando lugar a posiciones que van desde la denuncia de su indeterminación y consecuente inutilidad práctica; pasando por los que afirman el peligro de su uso abusivo; aquellos otros que identifican el principio con los derechos reconocidos; y los que resaltamos su utilidad e importancia desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños.” (Diez Ojeda, 1999:238).

¹⁰ La ley 24.779 fue sancionada el 28 de febrero de 1997, promulgada el 26 de marzo de 1997 e incorporada al Código civil como título IV. Dicha normativa establecía en el artículo 317 entre los requisitos para otorgar la guarda de un “menor”, en el inc. c) tomar conocimiento de las condiciones personales de los adoptantes o de la familia biológica, teniendo en consideración las necesidades o intereses del niño. También, y con esta finalidad, el juez debía valorar los medios de vida, cualidades morales y personales de los adoptantes. La ley de adopción de menores 19.134 fue sancionada en 1971.

Bidart Campos en un comentario a una sentencia se refería al ISN de esta manera:

“[...] Felizmente, tres magistrados de un tribunal colegiado de familia de instancia única se dieron cuenta de que el interés superior del niño y la protección integral de la familia son principios constitucionales, con fuerte anclaje -además- en el derecho internacional de los derechos humanos, que deben prevalecer sobre la ley cuando, en un caso concreto, sus circunstancias conducirían a una solución “legal” intrínsecamente injusta. Y, por supuesto, a una solución que por su injusticia sería inconstitucional [...]”.

“Con la muy buena argumentación usada en la sentencia se deja bien en claro que los estándares de “interés superior del niño” y “protección integral de la familia” no son slogans vacíos ni expresiones decorativas. Al contrario, cuando los jueces saben emplearlos mediante una interpretación aplicativa a las circunstancias del caso que resuelven, muestran que en la apertura de las fórmulas hay espacio para cuantos contenidos hagan falta de acuerdo a la singularidad de cada situación.” (1999: p. 16-17)

De las interpretaciones acerca del ISN esbozadas en las sentencias analizadas, a continuación se transcribe un fragmento que surge a partir del interrogante que se formula un juez: ¿A qué se refiere el ISN al que cuidadosamente reitera la Convención en el art. 3 incs. 1 y 3, 18 inc.1, 20 inc. 1 y 37 inc. c?, a lo que responde: “El principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico, de modo tal que lo que hoy se estima beneficia al niño o joven, mañana se puede pensar que lo perjudica. Constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso” ¹¹

¹¹ Sentencia de 1 Instancia Santa Fe, junio 30 de 1994 y Sentencia de Cámara Civil y Comercial de Santa Fé, Sala 3 21 de diciembre 1995 T.J.A., y otra, adopción plena. Considerando IV punto c, pp.41- 42. En la sentencia se cita un artículo de doctrina escrito por Grosman, Cecilia: (1993) “Significado de la convención de los derechos del niño en las relaciones de familia”, La Ley T.1993-B Sec-Doctrina

Por otra parte, el carácter de “principio jurídico” que ostenta el “ISN”, da lugar a que su definición o desarrollo conceptual, considere múltiples y diversas funciones normativas que a través de la doctrina se le reconocen, por ejemplo: elaboración de normas legales o reglamentarias, solución de conflictos de derechos, orientación de las políticas públicas y los modos de actuar en el ámbito familiar y/o privado, etcétera. Estas funciones, en el instituto de la adopción se evidencian en distintos hechos, como relevante podemos referir la elaboración y sanción de la Ley de Adopción 24.779 que modifica la ley de adopción 19.134 vigente desde 1971 por advertir que la misma no se adecúa a la CIDN.¹²

De los criterios y aplicaciones realizadas del concepto, la función de solución de conflictos de derechos, la identificamos en el siguiente párrafo de una sentencia de adopción:

“... El interés de esta es el que debe regir la solución, y los derechos que pudieran corresponderle a la madre biológica o a los adoptantes deberán ser apreciados desde el punto de vista más favorable al bienestar de aquella.”¹³

Asimismo, en esta materia, han sido considerados los aportes de la Licenciada en Psicología y Trabajo Social Eva Giberti. De alguno de sus textos sobre adopción escritos durante este período, surgen las siguientes afirmaciones:

“Lo mejor para el niño” (el interés superior del niño) es una expresión paradigmática que puede cumplir una función aleatoria cuando se la integra en un texto como la CIDN, pero que aislada, arriesga un grado de libertad desmesurada para quienes tienen que definir la entrega de un niño en adopción” (Giberti: 1997:47).

Por último, a continuación se hará referencia a dos respuestas brindadas por jueces de familia, una vez que se les preguntó en relación al significado del ISN:

¹² Mediante esta ley 24.779 (1997) se deroga la 19.134 (1971) y por primera vez se incorporan al Código Civil de la Nación normas relativas al instituto de la adopción.

¹³ “Esta y aquella” hacen referencia a la niña. CNCiv., sala C, junio 28-979 El Derecho, t. 84, pp. 314/319

Juez 1.-“Yo creo que eso es una evaluación que hay que hacer en cada caso en concreto que es lo mejor para el chico. Creo que no existen reglas fijas, cada niño es distinto, cada necesidad de un chico es distinta y bueno habrá que ver en cada caso que es mejor”.

Juez 2 “El interés superior del niño es el interés en primer lugar por los derechos de un niño aquí y ahora, no se trata ni de la protección física, ni económica, ni material es en primer lugar la protección de la mayor cantidad de derechos posibles en una circunstancia temporal determinada para un niño en particular”¹⁴

Es dable recordar que hasta este momento no existía una definición del concepto ISN, tal como actualmente la conocemos a partir de lo establecido en el art. 3 de la ley nacional 26.061.

Luego de la sanción de esta ley, que como dijimos sistematiza significados utilizados durante la aplicación del concepto, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14/2013 caracterizará al ISN como un concepto triple “*un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés del niño en una situación concreta.*”¹⁵

¹⁴ Entrevistas realizadas en el año 2005 en el marco del proyecto de tesis doctoral *La calidad de vida en el instituto de la adopción Perspectiva socio jurídico* (Lora: 2007).

¹⁵ Observación General No.14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) del 29 de mayo de 2013, disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf El objetivo principal de esta Observación es mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado, siendo obligación de todos los Estados partes respetarlo y ponerlo en práctica constituyéndolo en una consideración primordial, y que se adopten todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivo este derecho. Como se refirió, el Comité estipula que la expresión "ISN" abarca las tres dimensiones expuestas: de derecho sustantivo, principio interpretativo y norma procedimental; respecto de esta última, puede señalarse que el Estado argentino tiene pendiente la consagración de una norma de procedimientos que contenga disposiciones específicas sobre la aplicación del ISN en procesos judiciales en los que intervengan NNyA. Si bien se ha avanzado en estándares jurídicos a nivel nacional, siendo posible señalar en este sentido la sanción del nuevo CCyC que reconoce al ISN como un principio rector en materia de infancias, adolescencias y familias; aún no se ha modificado el código procedimental de fondo, de alcance nacional que ayude a materializar el alcance del ISN. Hasta el momento, en Argentina, ante la ausencia de normas procedimentales, se utilizan protocolos de actuación que se van elaborando con ayuda de organismos

Directamente vinculado al instituto de la adopción, el Comité de los Derechos del Niño indica que el ISN debe ser “la consideración primordial”, es decir, el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción.¹⁶

Casañas y Funhoff (2017) analizando sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 26.061, identifican la siguiente noción:

“... en virtud de un recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M.G.G. en la causa “G., M.G. s/ protección de persona”, el Máximo Tribunal se refiere al ISN indicando que “proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.”¹⁷

Palliotti (2017) cita la siguiente jurisprudencia en la que se observa un contenido distinto del concepto

“La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto en el fallo “m., M.S. s/Guarda” mayo 2015 como en el “G.,B.M.s/ Guarda” del 4 de noviembre de 2014..ha dejado sentada la trascendencia de dotar de contenido al tan vapuleado “interés superior del niño y en este sentido ha sostenido que no se trata de un concepto abstracto sino que “...tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias...” y que por ello, cada supuesto exige una respuesta personalizada que debe ser evaluada especialmente al momento de decidirse. Agregó que “las resoluciones relativas a la modificación del estado del menor deben adoptarse previa ponderación exhaustiva de las derivaciones que las medidas pueden

especializados como UNICEF, en fueros específicos, siendo el fuero penal el más avanzado en la materia.

¹⁶ Observación General No.14 del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 38. Ob. Cit.

¹⁷ Las autoras citan el fallo de la CSJN., Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M.G.G. en la causa “G., M.G. s/ protección de persona”, Considerando 4 del voto mayoritario de los jueces Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni, sentencia del 05/09/2007. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=mostrarTomo&tomoId=408>

provocar en su desarrollo integral y no sobre la base de teorizaciones desarrolladas en abstracto..."(p.65).

A modo de conclusiones provisionarias se podría afirmar, en esta etapa, que la definición del ISN como *un parámetro objetivo que permite una decisión que se define por lo que resulte de mayor beneficio para ellos* aparece como novedosa, respecto de anteriores definiciones del concepto en las que se resalta: *su indeterminación, o su evaluación en el caso en concreto en donde hay que evaluar que la aplicación legislativa no produzca efectos injustos* o cuando se sostiene que *permite la realización efectiva y concreta de derechos; o lo que hoy se estima beneficia mañana se puede pensar que perjudica*, entre otras definiciones que se brindan a partir de las funciones que cumple como principio.

También lo novedoso en esta etapa posterior a la ley 26.061, pero anterior a la entrada en vigencia del CCyC, es la referencia a la *ponderación exhaustiva de las derivaciones que las medidas pueden provocar en su desarrollo integral*.

Continuando con las inquietudes en relación a los significados que adquiere el concepto en el transcurso del tiempo, teniendo en consideración distintos hitos jurídicos, ahora nos referimos al comentario a un fallo realizado por la doctrina del cual surge:

[...] La sentencia que se comenta, al igual que numerosas decisiones que involucran a niños y adolescentes, contiene aseveraciones de tinte general sobre el interés superior del niño. En nuestro criterio, esta técnica tan generalizada no es tolerable después de la sanción de la ley 26.061, que a diferencia de otras de la legislación comparada, se "animó" a definir qué es el interés superior del niño, por lo que hoy está claro que la función judicial no se agota en mencionar el principio sino en explicitar, detalladamente, cómo ese concepto se aplica al caso, cómo cada uno de los derechos del niño mencionados en la Convención y en la ley se protegen mejor en el contexto socio-jurídico involucrado. Este deber judicial estaba acentuado en el caso, desde que los apelantes invocaron como causa de nulidad de la sentencia que "si bien menciona el interés superior del niño, no realiza una

interpretación puntual del mismo en el caso concreto, no describe las conductas que habrían materializado la violación de ese interés".

En definitiva, cualquier sentencia que se refiere al interés superior del niño, hoy, por mandato legal, debe señalar de modo puntilloso cómo los intereses de los padres y del niño están en contraposición; dicho de otro modo, cómo los padres, sustancialmente, en realidad, defienden su propio interés desentendiéndose del mejor interés del hijo. [...] (Kemelmajer de Carlucci y Herrera, 2011)

Otro hito fundamental en relación al ISN, no solo en materia de adopción en Argentina, surge a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial¹⁸ en el año 2015, que deroga algunas normas como por ejemplo las de la Ley de Adopción N° 24.779. La elaboración de este Código cumple la función de adecuación legislativa de la normativa interna del Estado a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En las nuevas disposiciones y en relación al instituto de la adopción, el artículo 595 establece que el ISN es uno de los principios fundamentales a tener en cuenta a lo largo del proceso junto al respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, priorizando 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; el derecho a conocer los orígenes; el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Respecto de la interpretación y aplicación de los principios generales en los procesos de familia se debe seguir lo dispuesto por el art. 706 del CCyCN:

¹⁸ Ley 26.994 sanciona el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Sancionada el 1 de Octubre y promulgada el 7 de Octubre de 2014. Boletín oficial 8 de octubre. Vigencia a partir del 1 de agosto 2015. Mediante esta ley se derogan los Código Civil y de Comercio de la Nación.

[...] El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

[...] c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Así, vemos como el nuevo CCyC recepta la noción, pero no la define. Es importante aclarar que además de estas normas y en relación al ISN en el instituto de la adopción se incorporaron también el artículo 604 que versa sobre adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial y establece como deber del juez: *valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño*. Asimismo, el art 621 haciendo referencia a las facultades judiciales establece que el juez otorgará la adopción atendiendo fundamentalmente al ISN.

Como se dijo, la reforma del Código Civil viene a consagrar una adecuación de la normativa interna y, a su vez; una adecuación a las obligaciones asumidas internacionalmente, en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que Argentina ha adherido con anterioridad; algunos de los cuales incluso gozan de jerarquía constitucional desde el año 1994. Específicamente, en relación a los derechos de la infancia, cabe destacar a la CIDN como el dispositivo central de la *doctrina de la protección integral*, que constituye un salto cualitativo en la consideración social de la infancia. Ambas adecuaciones normativas, hacia *dentro* y hacia *afuera*, durante la vigencia del anterior Código Civil de la Nación se encontraban pendientes de realización.

Esta armonización legislativa se presenta como superadora de resquicios y concepciones del viejo paradigma del patronato en relación a la infancia, aunque no del todo suficiente; por cuanto aún persisten prácticas de distintos operadores, propias de la doctrina de la situación irregular de la infancia, como se señalará *infra*" (Medina: 2017).

La atención primordial al "interés superior del menor" a la que hacen referencia los arts. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 706 inc. c del Código Civil

y Comercial, apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección.

Este principio proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos que lo tienen bajo su cuidado y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquéllos.

De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el de los niños, reconociendo las propias necesidades y la aceptación de los derechos de quienes no pueden ejercerlos por sí mismos (conf. C. 100.587, sent. del 4-II-2009; C. 119.647, sent. del 16-III-2016). M., T. L. s/Abrigo Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Fecha: 19-10-2016 Cita: IJ-CCLI-408

Analizando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Pennise Iantorno y Panatti (2019) han señalado que

“En materia jurisprudencial interna, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha marcado que el principio del "interés superior del niño", establecido en el artículo 3.3 de la Convención de los Derechos del Niño, obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los niños, puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten¹⁹. 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 un trato diferente en función de las condiciones especiales, para lo cual el Estado argentino se comprometió a adoptar medidas positivas²⁰. 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

¹⁹ Las autoras citan el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación R. 551. XLVIII. RHE caratulado R., B. S. Y OTROS c/ s/incidente tutelar, sentencia del 22/12/2015.

²⁰ Las autoras citan el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 339:381 (2016).

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 beneficio²¹.

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 niño²².

De algunas de las entrevistas que se han realizado recientemente buscando responder a la pregunta por si se garantiza el ISN, se comparten aquí las siguientes respuestas:

“No siempre se garantiza el ISN, hay muchos actores interviniendo en el proceso y cada uno tiene interpretaciones disímiles, que muchas veces conllevan a una puja entre los mismos dejando de lado “el interés superior del niño.”²³

“Considero que la ley tiene la intención de hacerlo, pero que en la práctica concreta, lamentablemente, no siempre se logra, por cuestiones de nuestra idiosincrasia, que están en proceso de modificación, y en ocasiones por falta de recursos, o tiempos burocráticos.”²⁴

²¹ Las autoras refieren: Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 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.

²² Según las autoras que se referencian: Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 330:642, voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

²³ Entrevistado informante clave área de protección y promoción integral de los derechos del niño, provincia de Buenos Aires

²⁴ Entrevistado

III. El “interés superior del niño” como pauta de otorgamiento del beneficio de arresto domiciliario en casos de mujeres embarazadas y/o con hijos menores de cinco años

El Proyecto UBACyT “Los conflictos socio jurídicos en torno a la infancia. Nuevos escenarios”²⁵ abordó al fenómeno social y jurídico conceptualizado como infancia poniendo en el centro de la discusión, desde la filosofía que subyace, la fragilidad de los niños, niñas y adolescentes, de las instituciones y de la comunidad. Siguiendo los lineamientos de Resta (2011) se resaltó el hecho que el reconocimiento normativo de los derechos humanos a los niños no soluciona esta fragilidad sino por el contrario muchas veces las intervenciones para garantizar el interés superior del niño refuerzan la estructural debilidad que ningún derecho podría nunca colmar.

Luego de estudiar la situación de los niños que conviven con sus madres en establecimientos carcelarios de Argentina, (Lora 2016) se visibilizó la escasez de los distintos recursos necesarios para garantizar la calidad de vida de las personas y los escenarios de violencia a los que están expuestos no solo los niños sino también sus madres y solo a modo de una breve referencia basta mencionar que en los establecimientos penitenciarios la violencia encuentra las condiciones para retroalimentarse en las muchas “faltas”, “necesidades-derechos insatisfechos”, falta de alimentación, de vivienda digna, de información, de educación, de trabajo, de amor, de agua potable, de atención médica, de vida social, de ser tratado igual, de participación en las decisiones, de acceso a la justicia. También en lo que no se puede hacer: no poder dar de “comer”; criar a los hijos; sostenerlos; llevarlos al colegio; hacerse cargo. Finalmente se evidencia lo que no se puede ser y ser al mismo tiempo: no ser capaz/ser incapaz; no ser responsable/ser irresponsable; no ser rico/ser pobre; no ser normal/ser anormal.

²⁵ Programación científica UBACyT 2016-2018, (Categoría Grupos en Formación. Código 20020130200039BA) Lora Laura N., Directora. Integrantes: Medina Laura Vanesa, Moreno Buján, Marcela, Delgadillo Sergio, Castro Berny Barquero, Rivas Nadia.

A estos establecimientos los niños llegan mediante la intervención estatal, que encuentra fundamentos en leyes y tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos aplicados con criterios objetivos y subjetivos de distintos actores. A partir de aquí surgen algunos interrogantes: ¿los criterios utilizados por los operadores jurídicos, en algunos casos amparados en la noción del interés superior del niño (ISN), vulneran derechos fundamentales de los niños? Una pregunta central en el marco de este estudio fue ¿Qué sentido adquiere la expresión ISN en estos contextos? En síntesis, lo que está faltando es la calidad de vida. Faltan las capacidades para que las personas puedan convertir sus derechos en libertades. Falta garantizar el interés superior del niño.

Ampliando la mirada normativa, ya en el campo del Derecho Penal, encontramos las siguientes leyes sancionadas en consonancia con el avance de las convenciones de derechos humanos: La Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, que derogó la antigua ley penitenciaria nacional vigente desde 1958 y la Ley 26.472 que a través del art. 32 amplía las posibilidades de casos que dan lugar al beneficio del arresto domiciliario, entre éstos se incluyó el caso de la mujer embarazada y el de la madre de un niño menor de 5 años o de un discapacitado a su cargo. Esta última ley tuvo entre sus fundamentos de reforma la salvaguarda del ISN adecuando la legislación a la CIDN verificando de esta manera la función trascendental del principio ISN en la modificación normativa

De la transcripción del debate parlamentario en la Cámara de Diputados puede leerse, por ejemplo, lo manifestado por la diputada Marcela Rodríguez, quien expresó:

“Esto no significa eliminar el reproche penal...lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos [...]. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la CIDN.

Respecto del uso y contenido del concepto ISN al momento de aplicar la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 26.440 y su modificatoria 26.492 analizamos con los integrantes del equipo UBACyT algunos pronunciamientos judiciales de la Cámara

Nacional de Casación Penal identificando los criterios que se adoptan para la concesión o denegación del arresto domiciliario de mujeres embarazadas y/o con hijos menores de cinco años en las distintas Salas que componen la Cámara Federal de Casación Penal. (Lora y Delgadillo: 2016)

A continuación se transcriben fragmentos de las sentencias seleccionadas y analizadas en el marco de los proyectos referidos, para acercarnos a identificar el significado del concepto interés superior del niño, criterios y funciones de su aplicación.

El ISN debe ser valorado en cada caso concreto. Vale recordar que “en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal *social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia*” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002). En este sentido, la Convención establece que los Estados se comprometieron a evitar que los menores sean separados de su núcleo familiar.

El Derecho Penal debe interpretarse de manera humanitaria y en atención a las normas superiores (Art. 75, inc. 22 CN) En este caso, el principio rector que debe guiar la resolución del caso, es el interés superior del niño. Eso implica hacer efectivo el derecho de los menores a ser oídos y debidamente defendidos.²⁶

En su voto, el Dr. X retoma la doctrina de CSJN (Fallos 324:975) diciendo que el interés superior del niño es principio orientador a la hora de tomar decisiones que afecten a menores de edad. Y considera que aquel concepto es sinónimo de “la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”²⁷.

²⁶ Fallos citados en el trabajo de referencia: CNCP- Sala IV Causa N° 14.564 “N. R. L. B., s/recurso de casación” del 06/03/12.

²⁷ Fallos citados en el trabajo de referencai: CNCP- Sala IV, Causa N° 15.008, “S.S.A., s/recurso de casación” del 27/03/12.

En el fallo la defensa entiende que la denegatoria del beneficio de prisión domiciliaria lesiona el interés superior del niño como sinónimo de su derecho a mantener una relación estrecha con su madre.

Que, si bien el límite de edad del menor que la ley impone como requisito para conceder el beneficio es superado en el caso de marras, el interés superior del niño debe primar sobre criterios objetivos que estipule la ley local. El parámetro etario debería ser más bien un criterio.²⁸

En un reciente fallo de la CNCP 2017 se sostuvo²⁹:

“...debo detenerme con cierto esfuerzo en constatar la paradoja, lamentablemente frecuente, de que aparece políticamente correcto abogar por los derechos de los niños, y de que se formulan reiteradas advocaciones a las autoridades estatales para que tomen una consideración primordial del interés superior del niño en todas las decisiones que les conciernan a éstos (art. 3 CDN), pero que, cuando llega el momento de discutir sobre la mejor decisión al mejor interés de los niños, quienes abogan y hacen advocaciones fallan en mostrar en cada caso en concreto, que es lo más adecuado al mejor interés del niño en el caso concreto...”

En el presente caso todos hablan del “interés superior” de las niñas hijas de la condenada, pero ninguno le da suficiente consistencia y concreción a este interés más allá de afirmaciones genéricas sobre el derecho de los niños (no de estas niñas) a vivir y ser criados por sus padres, o de los derechos de los niños (no de estas niñas) a no ser separadas arbitrariamente de su madre. Lo que se dice desde ese abordaje general serviría para éste, o para cualquier otro caso, y vaciaría de sentido el verdadero criterio operativo del art. 3 CDN...”

²⁸ Fallo analizado en el trabajo de referencia CNCP Sala IV Causa 14.564 N R L B op. Cit. 2012

²⁹ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1, CCC55611/2014/TO1/3/CNC1, “F., C. o A.L., M.G. s/ rechazo de prisión domiciliaria”, Reg. N° 204/2017, 28/03/2017 (Voto del Juez Dr. Luis M. García).

Palliotti, (2017) cita la siguiente jurisprudencia en la que identifica la noción que se estudia en el presente artículo:

“...se trata [...] de emprender un balance de los intereses en conflicto, teniendo en cuenta de manera preferente-aunque no necesariamente dirimente-el interés superior del niño...”

De tal afirmación, surge cuál será el razonamiento para determinar qué parámetros deben sopesarse a la hora de delimitar cuándo está comprometido el interés superior del niño:1) identificar cuáles son los intereses en conflicto, 2) hacer un balance de éstos, y 3) determinar el grado de consideración. Si es o no preferente o primordial- en relación al vinculado estrictamente con los niños” (p.63)

IV. Conclusiones

Del contenido extraído a través de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, así como también de las respuestas brindadas por jueces, posteriores a 1994, momento en que la CIDN adquiere jerarquía constitucional, y hasta la elaboración y aprobación de Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños se observa que en la década de los 90 el significado del ISN fue caracterizado como indeterminado, vago, impreciso al mismo tiempo que se resaltaba su utilidad e importancia desde una perspectiva interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños (Diez Ojeda, 1999). Bidart Campos resaltaba la importancia del ISN como principio constitucional y Grosman C. nos refería que estaba sujeto a la comprensión y extensión propias de cada sociedad y momento histórico. Con posterioridad se lo consideró un principio rector-guía (2002) para quienes toman decisiones respecto de los derechos reconocidos a los niños, en tanto personas, con su propia dignidad. A partir de la Ley 26.061 toda vez que un niño se encuentre involucrado en un conflicto se deberán evaluar y adoptar medidas y decisiones, que garanticen la máxima satisfacción de sus derechos, sus derechos a no ser discriminados, a ser oídos, a participar de los conflictos que lo involucren considerando su edad, grado de madurez y su capacidad de discernimiento. Más

precisamente, de lo que se trata es que se les permita ejercer sus derechos en tanto titulares de esos derechos siendo el ISN un límite al ejercicio del poder del Estado y al poder de los progenitores y/o cualquier otro adulto vinculado a los niños. De aquí que el art. 3 de la ley 26061 en su parte final resalta: *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.*

Respecto de las funciones de este principio se le reconoce la de modificar normativas, efectivizar derechos expresamente reconocidos, resolver conflictos de intereses entre los niños y los adultos e inclusive entre los niños y los intereses colectivos, siendo prevaleciente el interés de los niños por sobre el de los adultos y por sobre los criterios objetivos establecidos en la ley, máxime si de su aplicación se producen efectos injustos o que no sean en su mayor beneficio.

A partir de la aprobación y sanción de la ley que recepta el Código Civil y Comercial, se observa la continuación del proceso de adecuación jurídica del Estado nacional argentino a los estándares normativos internacionales en relación a los niños, niñas y adolescentes, donde se reafirma el carácter de primordial del ISN en todas las medidas o decisiones que les afecten, tanto en la esfera pública como en la privada, pero no se lo define. También se observa un avance cualitativo en la consideración del ISN en la práctica judicial, tanto como un derecho subjetivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental. Se resalta que la decisión se fundamenta en *lo que resulte de mayor beneficio para los niños y/o niñas tanto respecto de sus derechos como de sus intereses.* También se destaca, que aún se encuentra pendiente la consideración del ISN como una norma procedimental, tal como lo prevé la Observación General Nro.14; pues en la actualidad no existe ninguna referencia normativa a los derechos de la infancia y adolescencia y su instrumentación en los procesos judiciales en los que intervengan, en el código de procedimientos de fondo, esto es de alcance nacional.

En el ámbito penal, el interés superior del niño prevalece por sobre el interés social del Estado en perseguir y sancionar las conductas delictivas. Implica hacer efectivo el derecho de los menores a ser oídos y debidamente defendidos; y en esa

medida, su contenido debe determinarse en cada caso concreto. Sin embargo, se verifica que aún no se encuentra garantizado, hay diversas sentencias que expresan la falta de traslado a los Defensores de menores y por lo tanto muchas veces se decreta la nulidad de lo actuado, ya que no hubo representación de los derechos e intereses de los niños/niñas. Además de que, como quedó demostrado no se hace efectivo el derecho al nivel de vida suficiente del sector de la población que comprende a los NNYA que permanecen en instituciones carcelarias, acompañando a sus progenitoras en esa situación. El nivel de vida suficiente está establecido en el art 27 párrafo 1³⁰ de la CIDN pero nadie lo menciona. Si lo mencionan habría que avanzar hacia el párrafo 2 del mismo artículo³¹.

En definitiva, la obligación del Estado nacional³² tendiente a dar efectividad y a garantizar un nivel de vida adecuado de NNYA, como un derecho y como consideración de su interés superior, en material penal se encuentra pendiente, pues no los asiste ni en materia de nutrición, ni de vestuario ni de vivienda.

Bibliografía

- BIDART CAMPOS, Germán, (1999) nota al fallo T. Colegiado Familia N° 1 Quilmes, Setiembre 23.999 V.; D.A. La Ley, t. 1999, F. p.16.
- CASAÑAS M.P., FUNHOFF L. (2018) "El interés superior del niño desde la perspectiva del adoptado." Trabajo final presentado en la asignatura "Los criterios de selección en el instituto de la adopción" Departamento de Ciencias Social. Facultad de Derecho. UBA. Inédito

³⁰ 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

³¹ A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

³² 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

- DELGADILLO, Sergio A. (2013) "Mujeres detenidas con hijos menores de (5) años y/o embarazadas. Prisión domiciliaria: principios que operan sobre la cuestión al momento de administrar justicia. "Interés superior del niño"". XIII Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica "*Debates socio jurídicos e torno a los cambios sociales en Latinoamérica*", Viedma, Río Negro los días 8, 9 y 10 de octubre de 2012. CD del congreso: ISBN: 978-950-673-992-8.
- DELGADILLO, Sergio A. (2016) "Medidas alternativas a la prisión. Detención domiciliaria", en LORA Laura N. (comp.) *La infancia herida Perspectiva socio-jurídica*, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Eudeba.
- DIEZ OJEDA, Augusto (1999), "El interés superior del niño necesidad de su regulación legal", nota al fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires, septiembre 29-998, S., M. M. publicado en La Ley t.1999-C, pp. 238 a 253.
- GAITÁN MUÑOZ, Lourdes, (2006) "La nueva sociología de la infancia. Aportaciones de una mirada distinta" en Revista Política y Sociedad, Volumen 43, N° 1, 2006, Sociología de la Infancia, Publicación de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología.
- GIBERTI, Eva (1997), *La ética y la adopción*, Buenos, Aires, Ed. Sudamericana.
- GROSMAN, Cecilia (1993) "Significado de la convención de los derechos del niño en las relaciones de familia", La Ley T.1993-BSec-Doctrina.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa (2011) "Familia de origen vs. Familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción", en *Sup. Const.* 2011 (noviembre), 09/11/2011, 20 - LA LEY 2011-F, 225.
- LORA, Laura N., (2006) "Discurso jurídico sobre el ISN" en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales*, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Mar del Plata, Ediciones Suárez, pp. 479 a 488.
- LORA, Laura N., (2007) *La calidad de vida en el instituto de la adopción. Perspectiva socio-jurídica*, Tesis doctoral defendida en el mes de abril de 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director Dr. Tulio Ortiz.
- LORA, Laura N., (2014) "Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios. Escenarios de conflicto" Orunesu C. y Slavin P. (Comps.) *Debates en Filosofía y Ciencia Política*, Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2012, pp 183-204.
- LORA, Laura N., (2016) "Niños y madres en cárceles. Nuevos escenarios" en LORA Laura N. (comp.) *La infancia herida Perspectiva socio jurídico*, Ciudad de Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).
- LORA, Laura N., (directora); MEDINA, Laura V.; DELGADILLO, Sergio; CUSTODIO ALVES, Raquel; LASTAU, Débora (2014) *Cuadernillo de Enseñanza Nuevas aproximaciones socio-jurídicas al modo de pensar la infancia*, Programación científica

- UBACyT 2010-2012. Código de Proyecto 20020090200433 disponible en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-lora.pdf>
- LORA, Laura N., (directora); MEDINA, Laura V.; DELGADILLO, Sergio; MORENO BUJÁN, M., BARQUERO CASTRO, B. (2012-2015) *La infancia herida. Perspectiva socio jurídica*, Programación científica UBACyT Código N°20020110200313.
- MARTÍNEZ SOBRINO, José V. (2017) “El interés superior del niño como pauta de otorgamiento del arresto domiciliario”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, Editores, pp.
- MEDINA, Laura V., (2013) “Aspectos Socio-Jurídicos del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes”, presentada en el XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano De Sociología Jurídica “Conflictos sociales y confrontaciones de derechos en América Latina”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, SASJu -Sociedad Argentina de Sociología Jurídica-, Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, República Argentina, días 17, 18 y 19 de octubre de 2013. ISBN 978-987-29256-2-8.
- MEDINA, Laura V., (2017) “El Acceso a la Justicia de NNyA frente a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación”, producido en el marco del proyecto UbacyT 2016-2018. En prensa, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- ORESTE GALLO, Gustavo, (2017); “Arresto domiciliario e interés superior del niño. Criterio sociojurídico de los operadores”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, Editores.
- PANATTI, Marcela V. y PENNISE IANTORNO, María S. (2019) “Evaluación y determinación del Interés Superior del Niño en los procesos de familia. Propuesta de un Protocolo de actuación”, artículo inédito, 2019.
- PALLIOTTI Adriana, (2017) “El interés superior del niño como baremo del artículo 34, inciso f, de la ley 24.660”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, Editores.
- PÁVEZ SOTO, Iskra (2012) “Sociología de la Infancia: las niñas y los niños como actores sociales”, *Revista de Sociología* N° 12.

Jurisprudencia

- Cámara Nacional Civil, Sala C, junio 28-979 El Derecho., t. 84, pp. 314/319.
- Sentencia de 1 Instancia Santa Fe, junio 30 de 1994 y Sentencia de Cámara Civil y Comercial de Santa Fé, Sala 3 21 de diciembre 1995 T.J.A., y otra, adopción plena. Considerando IV punto c, pp.41-42.

Legislación: Instrumentos Internacionales

- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General (OG) CRC/C/GC/14: Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos *Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño* Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002., párrafo 56, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, p. 61.
- CIDN aprobada por la Asamblea General de las ONU en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley n° 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990. Asimismo, se incorpora a nuestra CN en el artículo 75, inciso 22, en el año 1994.
- La ley 24.779 de Adopción fue sancionada el 28 de febrero de 1997, promulgada el 26 de marzo de 1997, incorporada al Código Civil como Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero. Disposiciones Generales. Adopción Plena y Simple. Nulidad e Inscripción. Efectos de la adopción conferida en el extranjero. Disposición Transitoria. Deroga la Ley N° 19.134 y el artículo 4050 del Código Civil.
- Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad se sancionó el 19/06/96 y promulgó el 08/07/96, B.O. 16 de julio de 1996.
- [Ley N° 26.472](#). Modificaciones a la ley 24.660 al Código Penal y al Código Procesal Penal. Sancionada el 17/12/2008, promulgada el 12/01/2009, B.O. 20/01/2009. Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Sancionada el 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005, B.O. 26/10/2005 Reglamentada por el Decreto 415/2006 del 17/04/2006. Decreto N° 415/2006. Apruébese la reglamentación de la Ley N° 26.061. Disposiciones transitorias". 17/04/2006. Publicación B.O. 18/04/2006.
- Ley 26.994. Sancionada 1 de octubre de 2014. Promulgada 7 de octubre de 2014.

La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad

The centrality of the correct interpretation of the best interests of the child in the conflicts of international child abduction

Por María Susana Najurieta*

Fecha de recepción: 15/06/2019

Fecha de aceptación: 06/08/2019

Resumen: Los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos constituyen un flagelo que ningún Estado puede combatir en forma aislada, sino mediante mecanismos de cooperación internacional sustentados en la confianza sobre la actuación de todas las autoridades administrativas y judiciales orientadas en la realización del interés superior del niño concreto involucrado en este tipo de litigios familiares.

Los instrumentos de cooperación internacional, tales como las comunicaciones judiciales directas, la intervención de los jueces de enlace de cada país obligado por los convenios, el reconocimiento anticipado de resoluciones o medidas cautelares de protección, etc., deben ser perfeccionados para asegurar la integridad física, psíquica y emocional del niño. No debe soslayarse que se trata de una crisis en la familia y que, salvo casos excepcionales, el derecho debe favorecer la recomposición de las relaciones familiares, a fin de impedir que la torpe resolución de un conflicto de desplazamiento

* Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Titular de Cátedra de Derecho Internacional Privado, profesora de posgrado de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesora invitada en universidades nacionales y privadas de la República Argentina. Premio "Diploma al mérito KONEX" en Humanidades-Derecho Civil en 2016. Miembro de la AADI, de la ASADIP y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Ex Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires.

o retención ilícitos se transforme en el largo plazo en un daño permanente para el niño o niña.

Palabras clave: Restitución Internacional de menores; Interés superior del niño; Derecho Internacional Privado.

Abstract: Conflicts of displacements and illegal withholdings constitute a scourge that no State can fight in isolation, but through international cooperation mechanisms based on confidence in the actions of all administrative and judicial authorities aimed at realizing the best interests of the specific child involved in this type of family litigation.

Instruments of international cooperation, such as direct judicial communications, the intervention of the liaison judges of each country bound by the agreements, the early recognition of resolutions or precautionary measures of protection, etc., must be perfected to ensure physical integrity, psychic and emotional of the child. It should not be overlooked that it is a crisis in the family and that, except in exceptional cases, the law should favor the recomposition of family relationships, in order to prevent the clumsy resolution of a conflict of displacement or illegal retention from being transformed in a long term into permanent damage to the child.

Key words: International Child Abduction; Best interests of the child; Private International Law.

Sumario: I. Introducción. II. El dilema sustancial: el interés superior del niño en la configuración de las excepcionales causales que justifican el rechazo a la restitución. 1. Formulación del interés superior del niño en los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos. 2. La comprensión del interés superior del niño por la jurisprudencia y la armonización de la realidad con los imperativos que emanan de otros derechos fundamentales. III. El dilema procesal: la exigencia de celeridad en el procedimiento de restitución a fin de no deformar su finalidad. 1. El nefasto impacto del transcurso del tiempo en el logro de los objetivos de los convenios de restitución internacional de niños. 2. Interferencias que responden a finalidades ajenas a las necesidades de un niño desplazado o retenido ilícitamente. IV. Reflexiones conclusivas. Bibliografía

I. Introducción

Tener como consideración primordial el interés superior del niño es una obligación que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda institución o persona en la esfera pública o privada –expresión que incluye a todos los Poderes del Estado y a los miembros de la comunidad civil-, con la finalidad de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos fundamentales del niño y su desarrollo holístico¹.

Es un concepto plasmado en los documentos internacionales de protección de la infancia desde antiguo², que ha impactado de manera vehemente –a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las subsiguientes reformas en las legislaciones nacionales e instrumentos internacionales³- tanto en las autoridades administrativas como en las judiciales y en los restantes operadores en la problemática de la infancia.

Comprende una multiplicidad de despliegues: a) como *derecho sustantivo del niño* que le garantiza su ponderación y preeminencia al momento de balancear los distintos intereses en juego en un conflicto concreto y determinado; b) como *aplicación de todas las garantías procesales* que pueden afectar a un niño involucrado en un procedimiento sobre un conflicto que le concierne (derecho a ser escuchado, a la defensa profesional de sus intereses, a la motivación de la decisión, a la no discriminación y a la celeridad del proceso, entre otros); y c) como *principio jurídico interpretativo fundamental* que impone que, en caso de existir distintas interpretaciones

¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1, CRC/C/GC/14, párrafos 1 y 4). El término desarrollo se comprende como un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño (Observación General N° 5, párrafo 12).

² Conf. Declaración de los Derechos del Niño de 1959, párrafo 2.

³ La ley argentina N° 26.061 es resultado del gran impacto que la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo sobre el derecho de la infancia en la Argentina. En el plano de las convenciones internacionales a nivel mundial, provocó la revisión de numerosos instrumentos vigentes, tal como la Convención europea en materia de adopción de niños de 1967 (preámbulo de la Convención europea en materia de adopción de niños, revisada en noviembre de 2008).

posibles, prevalezca aquella que concrete de manera más efectiva el interés superior del niño⁴.

En la evaluación que precede toda toma de decisiones concretas, debe ponderarse la característica dinámica del desarrollo del niño, los elementos que pueden impactar en su vida en forma inminente y a mediano y largo plazo, como así también la percepción del tiempo -muy distinta por parte de los niños a la de los adultos- y el impacto nefasto de las demoras, las incertidumbres, los procedimientos pendientes y los conflictos irresueltos en la formación espiritual y social de los niños.

II. El dilema sustancial: el interés superior del niño en la configuración de las excepcionales causales que justifican el rechazo a la restitución

El primer considerando del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores afirma categóricamente que los Estados partes han acordado las disposiciones del convenio “profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia” y, por ello, en protección de los derechos de custodia y de visita en vigor en cada uno de tales Estados, asumen la obligación de garantizar la inmediata restitución a su centro de vida, en caso de haber sufrido un desplazamiento o una retención ilícitos (artículo 1, a y b del Convenio). A pesar de la claridad de los textos, la aplicación del interés superior del niño como la principal consideración ha dado lugar a diversas interpretaciones por parte de los distintos tribunales nacionales - generales o especiales-, las cuales, a su vez, han variado con los tiempos⁵.

⁴ Observación General N° 14, citada en la nota 1 precedente, párrafos 1 y 6.

⁵ Un fallo recientemente dictado en materia de competencia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación muestra que tanto el voto mayoritario como la disidencia invocaron la orientación y el condicionamiento de la decisión al principio del “interés superior del niño”, a pesar de arribar a resultados disímiles: la mayoría atribuyó competencia a la justicia del fuero civil provincial y la disidencia entendió que la acción de restitución debía continuar ante el juez federal N° 2 de Mendoza (*in re* FMZ 36636/2018/CS1, “K., K.J. c. P., C.S. s/civil y comercial - varios”, del 26.12.2018).

La correcta interpretación, que surge del informe de la Dra. Pérez Vera⁶, es expuesto explícitamente en textos más recientes, con el propósito de orientar a los operadores y a los jueces en la comprensión de un procedimiento autónomo respecto del contencioso sobre el fondo de la custodia, donde la ponderación del interés superior del niño debe efectuarse apreciando la unicidad y la dignidad del menor de edad en el concreto conflicto en que se encuentra, que lo afecta por el impacto del desarraigo, por la pérdida de contacto regular con uno de sus progenitores y por el alejamiento del niño de todo aquello que constituía su medio de relacionamiento regular.

En este orden de ideas, establece el artículo 2, segundo párrafo, de la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños⁷: *“Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”*.

1. Formulación del interés superior del niño en los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos

Cuando se ha producido un desplazamiento o una retención ilícitos, el niño ha perdido el contacto regular y continuo con uno de sus progenitores y su vida se organiza en torno al sustractor (Fernández Pereiro y Trecca, 2017), a la familia del

⁶ El informe de la Prof. Elisa Pérez Vera explica que el texto de la convención omite deliberadamente la referencia al interés superior del niño en las disposiciones, a fin de evitar las flexibilidades de un término poco preciso, que pudiera ser usado como correctivo de las finalidades del tratado (párrafo 23 del informe explicativo, www.hcch.net, espacio “enlèvement d’enfants”. <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>

⁷ Ley Modelo elaborada por un grupo de expertos coordinado por el Juez y profesor uruguayo Pérez Manrique, bajo la convocatoria del Instituto Interamericano del Niño y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

sustractor y, si corresponde por su edad, a su ámbito de escolarización. Es evidente que la posibilidad de presentar el caso ante juez competente para la decisión de fondo se ha tornado imposible por la fuerza de los hechos puesto que estamos por hipótesis en ausencia del niño y de uno de sus progenitores del medio jurisdiccional donde se radicaba el centro de vida. La realidad más próxima a la solución del conflicto consiste en decidir con toda celeridad la restitución del niño a su anterior centro de vida a fin de dar intervención al juez competente que es quien dispone de la totalidad de los elementos que configuran la concreta realidad del menor de edad.

Las maniobras para profundizar los lazos del niño víctima con el Estado de refugio, lejos de contribuir a su mejor interés, constituyen formas de injerencia indebida en la vida de familia pues, a pesar de una aparente normalidad, revelan la complicidad de un sistema –ajeno a la residencia habitual que el niño tenía- en dar una respuesta eficiente y, por ende, favorecen la prolongación del daño. Por ello, el sistema jurisdiccional del Estado de refugio debe contar con herramientas apropiadas para lograr:

- a) Que el defensor del niño vele por los intereses de su defendido (Fernández Pereiro y Trecca, 2017, p.171), con preferencia a los intereses antagónicos de los padres;
- b) Que el ministerio público y los jueces cuenten con suficiente formación como para dirigir el proceso –la prueba, la escucha del niño, la organización del regreso seguro del menor de edad a su residencia habitual, etc.-;
- c) Que la decisión sobre la procedencia de la restitución se tome con la mayor celeridad, pero sin menoscabo al derecho de defensa del niño y de los adultos en pugna; y
- d) Que la ejecución de la orden de restitución, si se dicta en tal sentido, esté combinada con garantías efectivas para asegurar la protección del niño en el trance del regreso⁸.

⁸ Conferencia de La Haya, Guía de Buenas Prácticas. Cuarta Parte (Ejecución). Disponible en español en <https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf>.

En suma: el interés superior del niño debe ser apreciado en la íntegra realidad de un niño concreto, pero siempre en relación al conflicto particular, es decir, un niño que ha sido sustraído o retenido ilícitamente por uno de sus progenitores violando el derecho de custodia vigente en el centro de vida que el menor de edad tenía con anterioridad a la vía de hecho. Por ello es una deformación fomentar que los progenitores desplieguen el conflicto sobre el fondo del derecho de custodia en el Estado de refugio, dado que se trata de un medio ajeno a la vida del niño.

Dos situaciones favorecen la desviación del procedimiento, a saber: 1) la pérdida de contacto entre el progenitor reclamante y el niño desplazado o retenido ilícitamente; en efecto, la ruptura de la relación puede llegar a anular el beneficio del regreso, pues puede haberse producido un daño permanente, si bien también es posible mitigar sus efectos mediante tratamientos de revinculación⁹; y 2) la denuncia de la madre contra el padre reclamante por causa de abuso sexual del padre hacia su hija o hijo como pretensión para demorar el procedimiento mediante la complejidad de la intervención de un juez penal, o de la oficina de protección de la infancia del Estado de refugio, soslayando el daño que puede causarse al menor de edad –que será sometido/a a estudios periciales médicos y psicológicos para confirmar o descartar la denuncia-, víctima atrapada por segunda vez en la pelea de los adultos. Si la denuncia es mentirosa, el surgimiento posterior de la verdad no reparará la producción del daño.

Sobre este tema, tanto la jurisprudencia nacional como extranjera¹⁰ nos deja enseñanzas relevantes. En jurisprudencia extranjera, citaré una sentencia uruguaya, del Tribunal

⁹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Contacto transfronterizo relativo a los niños: Principios Generales y Guías de Buenas Prácticas (2008), www.hcch.net (https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf; disponible en inglés, francés, árabe y español). (Flores Ríos y Benavides Santos, 2017, p.239).

¹⁰ En jurisprudencia argentina, puedo citar entre muchos: CSJN, caso “Q., A. c/M.V.C. y otros s/reintegro de hijo”, sentencia del 25.10.2016. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó la restitución de dos niños a los Estados Unidos de América después de siete años de lucha judicial y tras haber intervenido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala IV), tribunal que decidió el 26.02.2014 que no existía suficiente mérito para procesar o sobreeser al imputado A.Q. También merece citarse el caso “S”, fallado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos

de Apelaciones de Familia de primer Turno, de Montevideo, que muestra cómo recurrir a medidas eficaces para que la “seguridad y protección” del niño no sea una mera declamación.

Se trata del caso “N.S.V”, fallado por el citado tribunal el 22 de diciembre de 2016. En primera instancia se desestimaron las excepciones opuestas por la madre y se ordenó el regreso de la niña al Reino de España acompañada necesariamente de un familiar diverso al padre. En el curso del procedimiento, la madre había opuesto la excepción del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya, invocando situación intolerable y abuso sexual del padre hacia la niña, situación esta última que no había podido ser demostrada.

En la sentencia n° 431/2016 del 22.12.2016, el Tribunal confirmó la orden de restitución pero dispuso: “...Condiciónase la restitución efectiva de la niña de autos a la acreditación por parte del requirente, en los presentes autos y ante la Sede a quo: A) del efectivo reconocimiento de la presente orden por la autoridad judicial competente del Reino de España previsto en el artículo 11 del Convenio. B) de que se encuentra firme el fallo de sobreseimiento de la Sra. U. en la causa penal en su contra de referencia en el Considerando III de la presente decisión. Confirmándose el fallo en lo demás. Una vez acreditado, levántese el cierre de fronteras, entréguese la documentación personal y testimonios que se solicitaren, a sus efectos...”.

Posteriormente, el Juzgado de ejecución constató el cumplimiento de las condiciones establecidas por el Tribunal para proceder a la restitución: “...Por acreditado el cumplimiento de las condiciones impuestas por el Tribunal ad quem para la restitución dispuesta...” (sentencia interlocutoria N° 4194/2017, del Juzgado Letrado de Familia de 8° Turno de Montevideo). Contra la decisión N° 431/2017, la madre interpuso un recurso de revisión que dio jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Por unanimidad, dicho tribunal rechazó el recurso de revisión y, finalmente, se ejecutó el regreso de N. al Reino de España. La niña

Aires, tribunal que negó la restitución de una adolescente de 13 años a Bélgica, por sospecha fundada de abuso por parte de hermanastros mayores ante la pasividad del padre (Tagle de Ferreyra, 2015, p.24).

regresó con su madre y se mantuvo vigente la restricción de acercamiento del padre (a no menos de 500 metros de la niña y de su madre).

En el curso de dicho proceso, se estableció que las denuncias de abuso y maltrato eran infundadas, se levantó la orden de restricción de acercamiento que “castigaba al padre” y se dispuso el comienzo de la revinculación entre la niña y su progenitor.

La jurisprudencia argentina nos ha dado ejemplo de los riesgos de confundir las funciones de los jueces de enlace de la Red de La Haya con la función jurisdiccional del juez dotado de la competencia para tomar la decisión sobre la restitución (Tagle de Ferreyra, 2017).

Es responsabilidad de los jueces que ordenan la restitución de un menor de edad, no sólo declamar la importancia de la seguridad y protección del niño sino organizar un protocolo de conductas efectivas, entre las que se encuentran “condicionar” la ejecución hasta lograr la efectiva intervención de las autoridades de protección administrativa o judicial del Estado al cual se reintegra el menor, para suprimir el peligro de que las sospechas hayan sido justificadas y asegurar que el protagonista más vulnerable, que es el niño, esté protegido en concreto y no en abstracto.

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación impone a los jueces la obligación de asegurar estas garantías (artículo 2642, segundo párrafo CCCN).

2. La comprensión del interés superior del niño por la jurisprudencia y la armonización de la realidad con los imperativos que emanan de otros derechos fundamentales

Examinaré tres casos, fallados por la Corte Europea de Derechos Humanos en los años 2010, 2013 y 2015, que revelan la dificultad de elaborar una fórmula que exprese un adecuado equilibrio de derechos fundamentales del niño, involucrados en un desplazamiento o en una retención ilícitos, especialmente cuando se trata de

superiores tribunales que no tienen el contacto directo con el niño y con el legajo que reúne los antecedentes del concreto conflicto.

En primer lugar, presentaré el caso “**Neulinger y Shuruk c. Suiza**”¹¹. Versa sobre un niño nacido en Tel Aviv, Israel, en 2003, de un matrimonio compuesto por madre suiza y padre israelí. El divorcio se decretó en 2005, con tensiones respecto de la custodia del niño, puesto que la madre temía que el padre desplazara al pequeño fuera del país por razones vinculadas a fanatismo religioso. El juez dispuso la guarda del niño a cargo de la madre y un régimen limitado de visitas para el padre, pero no autorizó el viaje de la madre y el niño a Suiza, a visitar a los abuelos maternos. El juez israelí estableció que el niño no debía dejar el país. Sin embargo, la madre se desplazó en forma clandestina a la Confederación Helvética, al cantón de Vaud, en junio de 2005. Pronto la Autoridad Central suiza recibió la demanda de restitución encaminada por la Autoridad Central de Israel, que hizo saber la existencia de organismos de protección de cuadros de violencia familiar disponibles en Tel Aviv. La señora Neulinger presentó un informe psicológico que demostraba que el niño no tenía lazos ni recuerdos del padre y que el regreso lo expondría a una situación intolerable. El juez de primera instancia de Vaud negó la restitución el 22 de mayo de 2007. Apelada la decisión, fue revocada por el Tribunal Federal suizo, que consideró no probada la excepción de “grave riesgo” y ponderó especialmente la ayuda y contención de especialistas que la madre podía obtener en Tel Aviv, si regresaba con el niño, tal como le había sido ofrecido. El 26 de agosto de 2007, el Tribunal Federal suizo ordenó la restitución del niño S. a Israel. Sin embargo, el juez de ejecución de Lausana dispuso la realización de estudios sobre el menor de edad y la ejecución no tuvo lugar.

La madre presentó demanda contra Suiza ante la Corte Europea de Derechos Humanos por considerar que la sentencia del 26 de agosto de 2007 del Tribunal Federal suizo -que había ordenado el regreso del niño a Tel Aviv-, era violatoria de los derechos del niño y de su vida privada y familiar, en los términos del art. 8 del

¹¹CEDH, caso “Neulinger y Shuruk c. Suiza”, aplicación n° 41.615/07, fallada por Gran Sala el 6 de julio de 2010.

Convenio europeo de derechos humanos. El considerando 139 de la sentencia del 6 de julio de 2010 que hizo mayoría en la CEDH, afirma lo siguiente: *"...la Corte debe determinar si los tribunales nacionales llevaron a cabo un examen a fondo de la situación de la familia y de toda una serie de factores, en particular aspectos médicos, materiales, psicológicos y emocionales, e hicieron una equilibrada evaluación de los intereses respectivos de cada persona, con una preocupación constante para determinar cuál sería la mejor solución para el niño..."* ("Neulinger y Shuruk c. Suiza", considerando 139).

Los fundamentos de este considerando provocaron perplejidad en la comunidad internacional. Ello se debe a que el más alto tribunal europeo de Derechos Humanos condenó a Suiza¹² porque sus jueces no habían realizado una ponderación del interés superior del niño que se correspondiera con un debate sustancial y profundo de "los intereses respectivos de cada persona", es decir, exigía una ponderación propia del derecho de fondo sobre la custodia. Esta profundización no es pertinente para la apreciación de los extremos a fin de resolver, en forma limitada y rápida, un conflicto de desplazamiento o de retención ilícitos.

La dificultad en lograr argumentos de mayoría en ese fallo, los fundamentos del voto en disidencia¹³ y el error en el enfoque, habida cuenta la finalidad y características del procedimiento de cooperación establecido por el Convenio de La Haya de 1980, hicieron esperar que, en ocasión de un nuevo caso, se produjera una nueva reflexión y se produjera una modificación en el concepto del interés superior del niño que se ciñera mejor a la protección de los derechos fundamentales comprometidos en un conflicto de restitución internacional.

La ocasión se presentó en el caso "**X. c. Letonia**"¹⁴, que finalizó con sentencia de la Gran Sala en noviembre de 2013. La niña había nacido el 9 de febrero de 2005 en

¹² La mayoría de los jueces entendió que no era convincente la invocación del interés superior del niño para justificar el regreso a Israel en las circunstancias del caso. El Tribunal concluyó que si se hubiera ejecutado la orden de regreso a Tal Aviv, se hubiera cometido violación del art. 8 en combinación con el artículo 6.1. de la Convención.

¹³ El voto disidente del juez Zupancic, muy breve, destacó que la decisión de la mayoría configuraba un claro apartamiento de la doctrina de la CEDH en el precedente "Maumousseau et Washington c. France", asunto n° 39388/05 fallado el 6.12.2007.

¹⁴ CEDH, caso "X c. Letonia", asunto n° 27853/09, fallado el 26 de noviembre de 2013.

Australia, fruto de la relación de la señora X –que pidió que su nombre no se difundiera- nacional de Letonia, en pareja con T., nacional australiano. Cuando la niña nació, la madre estaba unida en matrimonio con un tercero, por lo cual registró a la niña como hija de madre soltera, recibiendo una pensión de apoyo del Gobierno australiano. La madre obtuvo su divorcio y también la nacionalidad australiana, pero se separó de T. y llevó a la niña con ella a Letonia, sin el conocimiento del padre de la pequeña, que tenía 3 años al tiempo del desplazamiento ilícito. El señor T. debió tramitar un reconocimiento de paternidad, a fin de tener legitimación para reclamar por sus derechos y los de su hija, situación que se esclareció el 6 de noviembre de 2008, en decisión que estableció que ambos progenitores tenían la responsabilidad parental sobre la niña según el derecho australiano.

El padre reclamó la restitución –con una certificación judicial sobre sus derechos según el derecho de Australia- a través de la Autoridad Central australiana y la Autoridad Central de Letonia, con asiento en Riga. La Oficina de Protección de la Infancia de Letonia se opuso al regreso en apoyo de la madre, manifestando que la niña ya estaba arraigada en Letonia. Sin embargo, el juez de primera instancia ordenó la restitución a Australia de conformidad con el Convenio de La Haya, destacando que tal instrumento no contempla el arraigo como causal autónoma de rechazo a la restitución. La madre apeló la sentencia acompañando una certificación de un psicólogo de parte, según la cual la niña estaba muy unida a su madre y toda separación sería un trauma importante para la pequeña. La Corte de Apelaciones de Riga confirmó la orden de restitución y otorgó un plazo de un mes para ejecutarla. La madre adelantó que no la cumpliría. Una vez vencido el plazo final fijado para el 19.02.09, solicitó con urgencia una audiencia que le fue concedida para el 16.04.09. En tanto, el padre T. se hallaba en Letonia tramitando un pedido de contacto con su hija para favorecer la ejecución de la orden de regreso. Casualmente, se encontraron T. con X. y la niña en un paseo público y, en un momento dado, T. tomó a la niña de la mano y se alejó en un auto, rumbo a Estonia. La madre acudió a la Autoridad Central letona, a fin de que se reclamara la restitución a la Autoridad Central de Estonia, sin embargo

se le comunicó su situación de incumplimiento de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Riga. La niña comenzó a residir con su padre en Australia, donde el padre promovió un juicio de custodia que le fue atribuida a él, con un régimen de visitas a favor de la madre.

La madre promovió proceso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, por entender que el tribunal de Apelaciones de Riga, al ordenar la restitución de la niña a Australia, había violado sus derechos amparados por el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos. La importancia de este fallo –en donde se condenó a Letonia por haber dictado *una decisión judicial sin suficiente motivación*, y donde la condena consistió en que Letonia debía asumir las costas y gastos incurridos por la señora X.- *reside en una revisión explícita y fundada del concepto del interés superior del niño que debe ponerse en práctica en los litigios de desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos.*

En primer lugar, los considerandos 96 a 100 del voto de mayoría expresan el vasto consenso logrado en torno a la idea de que el “interés superior del niño” debe primar en todas las decisiones que le conciernan. La CEDH afirma que ese principio es el que también sustenta el sistema del Convenio de La Haya de 1980, que asocia ese interés superior al restablecimiento del *statu quo*, mediante el dictado de una orden de restitución inmediata al país de la residencia habitual anterior a la vía de hecho, teniendo en cuenta que, excepcionalmente, el no regreso puede estar justificado por la demostración del riesgo grave a exponer al niño a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable.

El tribunal destacó: a) que el concepto del interés superior del niño no puede ser apreciado de manera idéntica en un contencioso sobre el fondo del derecho de custodia y en un proceso de restitución internacional tras un desplazamiento o retención ilícitos (considerando 100); b) que la noción de interés superior en este último tipo de procesos debe apreciarse a la luz de los artículos 12, 13 –en sus párrafos primero, a y b, y segundo- y 20 del Convenio de La Haya (considerando 101); y c) que la evaluación de la situación del niño concreto corresponde en primer lugar a las

autoridades nacionales competentes -que tienen el contacto directo y personal con el menor de edad- y que no debe soslayarse que un tribunal supranacional de derechos humanos no tiene por función reemplazar o substituir esta función ejercida por las autoridades locales.

Ahora bien, en su misión de controlar la invocada violación al artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos, el tribunal estimó que es posible llegar a una interpretación armoniosa de los imperativos del Convenio europeo y de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980, y esa armonización consiste en dos condiciones: 1) dar una decisión apropiadamente motivada sobre el rechazo de alegaciones referidas a las excepciones al regreso contempladas en el Convenio de La Haya, y 2) no dar argumentos relativos al interés superior del niño de manera abstracta y estereotipada (considerandos 106 y 107, caso “X. c. Letonia”).

La CEDH afirmó, asimismo, que al ordenar el regreso del niño al Estado de su residencia habitual anterior a la vía de hecho, los jueces deben asegurarse de que existan garantías convincentes de protección concreta del niño para el supuesto de presentarse algún riesgo (considerando 108). En el conjunto de la argumentación, surge claramente la rectificación de la doctrina sentada en el precedente “Neulinger” de 2010.

El tercer caso que considero relevante a los fines de esclarecer los principios en juego y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es el asunto “**Ferrari c. Rumania**”¹⁵, fallado en 2015. El niño había nacido en la Argentina en el año 2005, de padre argentino y de madre con doble nacionalidad, argentina y rumana. La residencia habitual de la familia estaba en la Argentina; el padre era piloto de avión y realizaba numerosos viajes por razones de trabajo. En el año 2007 otorgó autorización de viaje a favor de la madre para que el niño y ella visitaran a la familia materna en Rumania, con regreso el 15 de octubre de 2007. Posteriormente, la madre comunicó que permanecería en Rumania con el niño, y, además, que había promovido demanda de

¹⁵ CEDH, Aplicación n° 1714/2010, “Ferrari c. Rumania”, fallado el 28 de abril de 2015.

divorcio y solicitud de custodia. El padre presentó demanda de restitución por retención ilícita de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. La Corte de distrito ordenó el regreso del niño y esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Bucarest. La orden de regreso debía ejecutarse antes del 8 de enero de 2009. Sin embargo, la madre no la cumplió y presentó demanda de anulación de la decisión de la Corte de Apelaciones de Bucarest, por haber omitido ponderar el consentimiento dado por el padre al “cambio de residencia” en atención a que no podía ocuparse del niño. La Corte de Bucarest hizo lugar a la acción de la madre y anuló su propia decisión por nuevo fallo del 4 de mayo de 2009. Seguidamente, el tribunal asumió jurisdicción sobre el fondo de la custodia, que atribuyó a la madre, otorgando derechos de relacionamiento personal al padre.

En tanto, el padre demandó a Rumania ante la Corte Europea de Derechos Humanos, por violación del artículo 8 del CEDH e injerencia indebida en su vida de relación con su hijo. La Corte le dio la razón pues estimó que la sentencia de anulación de la orden de regreso a la Argentina era carente de motivación dado que la Corte de Apelaciones de Bucarest había interpretado erróneamente una autorización de viaje con fecha de regreso explícitamente establecida, que no consistía en modo alguno en un consentimiento para cambiar la residencia habitual del niño. El tribunal europeo otorgó daño moral a favor del padre y el reintegro de gastos y costas.

La formulación del interés superior del niño como la obligación de restituirlo a su residencia habitual anterior a la vía de hecho, es una presunción *iuris tantum*, es decir, admite la prueba de las excepciones plasmadas en el convenio interpretadas de manera estricta. Sin embargo, ello no significa una interpretación abstracta y una decisión automática, sin ponderación de las razones y pruebas aportadas por el oponente. La consideración del interés superior del niño como derecho sustancial supone que existen otros derechos en juego. Ellos pueden ser, según las circunstancias, el derecho al bienestar, a la educación de excelencia, a la cobertura de las contingencias de salud, al relacionamiento con otras figuras positivas de la familia –abuelos, tíos, primos-. El peso de estos derechos empalidece cuando la configuración del interés

superior del niño significa garantizar su vida, su vida personal sin daños duraderos y con expectativas de desarrollo.

III. El dilema procesal: la exigencia de celeridad en el procedimiento de restitución a fin de no deformar su finalidad

Toda idea de celeridad debe respetar las garantías procesales de los niños y la atención que requieren por su especial condición por parte de la familia, de la sociedad y del Estado (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Un primer presupuesto es que la ley prevea su representación –especialmente porque se trata de un conflicto entre sus representantes legales- y su fácil acceso a medios de solución de controversias –mediación, audiencia administrativa y/o procedimiento judicial-, en condiciones de gratuidad y de comprensión lingüística¹⁶. El segundo presupuesto es que, en caso de poner en marcha un proceso jurisdiccional, éste debe ser conducido por personas idóneas y formadas en la perspectiva de los derechos fundamentales de los niños. Satisfechos estos presupuestos, resta enfrentar las consecuencias del inevitable paso del tiempo.

1. El nefasto impacto del transcurso del tiempo en el logro de los objetivos de los convenios de restitución internacional de niños

Los conflictos de desplazamientos o retenciones ilícitos son de conocimiento limitado a la procedencia de la restitución o al rechazo de la solicitud. La verificación de las condiciones para ordenar el regreso¹⁷, la escucha del niño, la producción de prueba estrictamente ceñida a los presupuestos fácticos de las excepciones y la organización de la protección del niño en ocasión de la restitución, deben resolverse

¹⁶ Documento elaborado en el seno de la OEA, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de los derechos humanos”.

<http://www.cidh.org/pde%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

¹⁷ Esto es, los presupuestos materiales y temporales y la configuración de la conducta ilícita (artículos 3 y 5 de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; artículos 3 y 4 de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores).

en muy reducido tiempo. Los convenios establecen la obligación que los Estados asumen de aplicar el procedimiento más breve que conozca su legislación procesal o que se dicte especialmente para tramitar estos conflictos (artículo 2 del Convenio de La Haya de 1980). También establece que si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas, esta situación habilita a la Autoridad Central requerida, por propia iniciativa o a pedido de la Autoridad Central del Estado requirente, a pedir y a recibir explicaciones sobre las razones de la demora.

Ello significa que el ideal a alcanzar en cuanto a la duración del trámite, desde la iniciación hasta la finalización del procedimiento, es un lapso breve de seis semanas. Las legislaciones nacionales deben aspirar a este ideal y, si no fuera posible, deben arribar a una resolución firme en un lapso de dos o tres meses, incluyendo la garantía procesal de la doble instancia¹⁸.

Citaré un instrumento reciente, de *softlaw*, como son las Conclusiones y Recomendaciones aprobadas en la séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de las convenciones de 1980 y de 1996¹⁹. Los delegados destacaron la obligación que tienen los Estados parte de poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos escritos u orales destinados a garantizar la ejecución efectiva y rápida de las órdenes de regreso.

La carencia de procedimientos específicos regulados en las legislaciones procesales nacionales ha llevado al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente y a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a encomendar a un grupo de expertos la elaboración de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de

¹⁸ Las Bases para la reforma procesal en materia de familia establecen que el proceso debe estar estructurado en dos instancias de conformidad con el derecho a disponer de un recurso rápido y sencillo plasmado en la Opinión Consultiva N° 17/2002 del 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (párrafos 121 y 122).

¹⁹ “La Septième reunión de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996 achève ses travaux”. Documento del 2.11.2017, disponible en www.hcch.net, espacio “enlèvement d’enfants”; conclusiones 13 a 15.

Niños²⁰, la cual ha inspirado reformas legislativas en países centro y sudamericanos²¹. Al tiempo de escribir este trabajo, la República Argentina tiene en vigor el “Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños”, elaborado por la Comisión de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (All y Rubaja, 2017).

La demora desproporcionada en dictar o en ejecutar la decisión relativa a los conflictos de restitución internacional ha sido materia de condena a los países miembros del sistema europeo de derechos humanos, con sustento en la violación a la prohibición de injerencia indebida en la vida privada y familiar del niño en combinación con la norma que impone el respeto a las garantías procesales. Citaré dos casos paradigmáticos fallados por la Corte Europea de Derechos Humanos, uno de ellos en el año 2000, en el asunto “IgnaccoloZenide c. Rumania”²² y otro en época más reciente, el asunto “Ferrari c. Rumania”²³, resuelto en el año 2015, ya citado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la exigencia de celeridad en los procedimientos administrativos y judiciales atinentes a la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad. Ha sostenido que “aquellos procesos judiciales relacionados con [...] la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”²⁴.

²⁰ El texto puede verse en www.hcch.net/upload/iap28ml_spf; conf. nota 7 precedente.

²¹ Tal el caso de la República Oriental del Uruguay (ley 18.895); la República Dominicana (resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia); de Chile (Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia del 3.11.1998; etc.); de El Salvador (decreto legislativo 839 del 26.03.2009); de Panamá (decreto ejecutivo N° 222/2001). En Argentina, en el orden nacional, se presentó un proyecto legislativo “Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre la restitución de niños y niñas y régimen de comunicación o contactos internacionales” (expediente N° 5903-D-2014, que ha perdido estado parlamentario). Un nuevo Anteproyecto se encuentra en estudio, propuesto por el Poder Ejecutivo Nacional (IF-2017-17624988-APN-DDMEAPYA#MRE). En el orden provincial, algunas provincias argentinas han aprobado regulaciones específicas para los procedimientos de restitución en el ámbito local.

²² CEDH, caso “Ignaccolo-Zenide c. Rumania”, Aplicación N° 31679/96 del 25 de enero de 2000.

²³ CEDH, caso “Ferrari c. Rumania”, ya citado en nota 18 precedente, del 28 de abril de 2015.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2011. Medidas Provisionales respecto de Paraguay, asunto “L.M.”, párrafo 16.

Si este principio es fundamental en el debate sobre el fondo –dado que pone en juego la ruptura del relacionamiento regular del niño con uno de sus progenitores-, tanto más justificada es su aplicación en el contencioso limitado a la restitución de un niño ilícitamente desplazado o retenido.

Los tribunales latinoamericanos han dado ejemplo de las conductas que deben evitarse cuando están involucrados derechos de los niños. Tal el caso “Alejandro Esteve e hijos c. Brasil”²⁵, cuya admisibilidad fue declarada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 2 de noviembre de 2011, en relación con los artículos 8.1, 17, 19, 24 y 25 en concordancia con el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los niños D., de tres años, y P., de siete meses al tiempo de los hechos, vivían con sus padres en San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina. La madre, nacional de Brasil, no regresó con los niños tras unas vacaciones en Río de Janeiro y los retuvo en marzo de 2003. El 28 de marzo de ese año el Segundo Tribunal de Familia de San Isidro otorgó la guarda provisoria de D. y de P. al padre, señor Alejandro Esteve, nacional argentino, y ordenó el regreso de los niños a la República Argentina. En paralelo, la Autoridad Central argentina solicitó a la Autoridad Central brasileña la restitución de los menores de conformidad con la Convención Interamericana sobre restitución internacional de niños. En agosto de 2003 el exhorto quedó radicado en el Juzgado 12 Vara Federal de Río de Janeiro, que citó a una audiencia que se llevó a cabo el 31 de marzo de 2004, con la presencia del reclamante señor Esteve.

En mayo de 2005 ese tribunal federal declaró extinguido el juicio por falta de legitimación activa. Por apelación, el Tribunal Regional Federal de la 2da. Región del Estado de Río de Janeiro dictó sentencia el 24 de marzo de 2008, por la que revocó la cuestión sobre la legitimación, rechazando el reclamo de restitución con el argumento de que los niños se hallaban arraigados al Brasil. Dos recursos extraordinarios fueron presentados en el Supremo Tribunal Federal de Brasil en julio de 2009, los que estaban

²⁵ Informe N° 173/11, Petición P-897-04-Admisibilidad, “Alejandro Daniel Esteve e hijos c. Brasil”, del 2 de noviembre de 2011.

pendientes al tiempo de expedirse la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello significa que desde la retención de los niños en marzo de 2003 a septiembre de 2010, habían transcurrido largos años en un procedimiento de discusiones bizarras, en donde el derecho a la restitución al centro de vida se confundía con el reclamo de la madre por alimentos y con la persecución penal de la madre por impedimento de contacto, instada por el padre.

La Comisión Interamericana observó que –al tiempo de emitir la declaración– habían transcurrido más de ocho años desde el inicio del proceso de restitución. Destacó que “...la justicia federal brasileña demoró más de un año y medio en emitir una sentencia de primera instancia y, posteriormente, tardó otro año y medio en elevar el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia. Como regla general, un proceso debe realizarse prontamente para proteger los derechos del interesado. Según ha señalado la Corte Interamericana, la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional y no debe conducir a que la actuación se detenga o se demore hasta la inutilidad...”²⁶. En conclusión, la Comisión Interamericana estimó que podían haberse configurado violaciones a los derechos de Alejandro Daniel Esteve y de sus hijos D. y P.

En época más reciente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó la Medida Cautelar N° 356-16 en relación al niño “A.R. respecto de Argentina”²⁷.

El niño A.R. nació el 2 de abril de 2008 en los Estados Unidos de Norteamérica y fue llevado por su madre ese mismo año a la Argentina. En febrero de 2009 el padre reclamó la restitución de su hijo a través de la Autoridad Central de los Estados Unidos con fundamento en la Convención de La Haya de 1980. La decisión de primera instancia del 24 de noviembre de 2009 ordenó la restitución y fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala E) el 27 de mayo de 2010. La primera intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo lugar el 20 de diciembre

²⁶ Considerando 35 del Informe N° 173/11, con cita de la CIDH, caso “Velázquez Rodríguez. Excepciones Preliminares”, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, N° 1, parr. 93.

²⁷ Comisión IDH, Resolución 26/2017 del 27 de julio de 2017. Medida Cautelar N° 356/16 “Niño A.R. respecto de Argentina”.

de 2010. En dicha sentencia, descartó la configuración de alguna de las excepciones opuestas y confirmó la orden de restitución. La Corte Suprema exhortó a los padres a colaborar en la ejecución de la orden de restitución a fin de evitar situaciones traumáticas para el niño. Sin embargo, la orden no tuvo ejecución.

El 22 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo una segunda intervención y dejó firme la orden de regreso, exhortando al juez de primera instancia a no dilatar los tiempos de cumplimiento de la sentencia. La señora Juez de primera instancia debió establecer un período de revinculación del niño con su padre, en atención a la ruptura del contacto y al transcurso del tiempo. El último plazo fijado para la ejecución era el 16 de mayo de 2017. Sin embargo, el 12 de mayo de 2017 el niño A. R. tuvo que ser internado en un hospital neuropsiquiátrico por un grave cuadro de depresión. La señora juez de primera instancia suspendió el regreso provisoriamente por la fuerza de los hechos. El informe médico señaló que A.R. se encontraba en situación de extrema vulnerabilidad, con ideas de muerte y autoagresión.

En ese contexto, la Comisión Interamericana entendió que el niño A.R. se encontraba en una clara situación de riesgo y que el Estado Argentino debía garantizar su recuperación y bienestar general mediante servicio y acompañamiento especializados. Concretamente, la Comisión Interamericana tuvo por configurados los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad y solicitó al Estado de Argentina que suspenda la ejecución de la orden de restitución dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20 de diciembre de 2010, "hasta que exista una determinación de los derechos del niño A.R. conforme a las circunstancias actuales, atendiendo al interés superior y a la luz del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en armonía con el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos del niño"²⁸.

En el primer caso, los tribunales del Brasil no habían dictado una resolución firme sobre la procedencia o no de la restitución después de más de ocho años. En el

²⁸ Considerando 32, apartado 'a', Resolución 26/2017.

segundo caso, los tribunales argentinos llegaron a una decisión definitiva en un año y once meses, pero no fueron eficaces en ejecutar la orden de restitución durante los siguientes seis años y medio, situación de incertidumbre que derivó en la enfermedad del niño.

Cualquiera fuese el resultado final de ambos conflictos, los objetivos de los convenios de restitución internacional fueron frustrados por el inexorable efecto del tiempo en la vida real de un menor de edad²⁹.

2. Interferencias que responden a finalidades ajenas a las necesidades de un niño desplazado o retenido ilícitamente

Los casos de desplazamientos o retenciones ilícitos se integran en los conflictos de familia, involucrando derechos fundamentales de los niños, es decir, derechos respecto de los cuales existe la obligación de los Estados de garantizar su operatividad conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. Es así que tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989 reglamentan el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contribuyendo a dar operatividad a otros derechos fundamentales.

Esta “publicización” del derecho privado familiar tiene como consecuencia otras interferencias del derecho público, tal como se revela en la jurisprudencia de superiores tribunales nacionales. Citaré tres ejemplos.

Caso “**Kovacs c. Kovacs**”, Corte Superior de Justicia de Ontario, 23 de abril de 2002³⁰

²⁹ Nieve Rubaja (2016) presenta casos de tribunales nacionales que evidencian las deficiencias en satisfacer los parámetros de celeridad. Entre ellos se destaca: Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1ª, 3 de diciembre de 2015, “G.L. en J° 13-00704210-2 (010302-50720) en G.L. por su hijo T.G.P. por restitución s/familia p/rec.extr. de inconstitucionalidad-casación”. Este caso dio lugar a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27.12.2016, que confirmó en lo principal la orden de reintegro (Fallos 339: 1773). A la fecha, no obstante, la restitución no pudo concretarse.

³⁰ Ontario Superior Court of Justice, April 23, 2002 “Miklos Kovacs applicant v. Miklosne Kovacs, respondent (niño Gyorgy Kovacs). 212 D.L.R.(4th)711,21 Imm.L.R.(3d)205,59 O.R.(3d)671,[2002]O.T.C.

El niño "G" nació en Hungría en 1997, del matrimonio celebrado en 1991 por M.K., húngaro, y X., nacida en Roma, Italia, perteneciente al pueblo ROM o romaní. La familia se integraba también con A., hija de una relación anterior de la madre. El marido tomó conocimiento de que la mujer pertenecía al grupo romaní con posterioridad al nacimiento del niño y ése fue el centro de las desavenencias. Se separaron en 2001 y ella partió con sus dos hijos a visitar familiares a la zona rural. No regresaron.

El señor K. interpuso reclamo el 13 de marzo de 2001 ante Interpol, denunciando a G. como niño secuestrado. La madre, el niño G. y la niña A. llegaron al aeropuerto de Toronto, Canadá, el 29 de marzo de ese año. En Migraciones, la madre solicitó el estatuto de refugiado para ella y para sus hijos. Afirmó haber sufrido discriminación y malos tratos por pertenecer a una minoría perseguida en Hungría, y denunció abuso físico y psicológico por parte de su marido, a quien describió como un hombre violento y habituado a vivir al margen de la ley.

La oficina de Migraciones del Canadá admitió que el niño "G." era buscado por Interpol y reclamado por su padre K. desde Hungría. En abril, la Autoridad Central de Ontario recibió el pedido de restitución por parte de la Autoridad Central de Hungría de conformidad con la Convención de La Haya de 1980. El padre hizo saber a través de la Embajada de Hungría en el Canadá, que no daría autorización para que su hijo G. recibiera el estatuto de refugiado. El tribunal federal suspendió el procedimiento relativo al estatuto de refugiado hasta tanto no se resolviera si correspondía restituir al niño a su anterior residencia habitual.

El caso llegó a decisión de la Suprema Corte de Ontario quien decidió no restituir al pequeño G. La razón determinante fue la comprobación del maltrato y del desprecio del marido hacia su mujer, por motivo de su pertenencia al pueblo romaní. Si bien la configuración de la situación de grave riesgo (artículo 13.1.b. de la Convención de La Haya) respecto del niño era dudosa, los tribunales del Canadá desconfiaron de la posibilidad real de las autoridades competentes de Hungría de

organizar la protección y seguridad del niño G. en caso de regreso, habida cuenta las condiciones de marginalidad en que se movía el padre³¹.

En la decisión parecen haber incidido dos factores: a) el impacto negativo de quien reclama la protección de la ley pero se halla al margen del sistema legal, y b) el conocimiento de las autoridades del Canadá sobre la fuerte discriminación sufrida por los romaníes en Hungría, situación que había determinado un importante flujo de inmigrantes gitanos que buscaban refugio en Canadá.

Caso “K”. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica, 13 de marzo de 2011

La niña había nacido en Green, Estado de Missouri, Estados Unidos de Norteamérica, el 5 de julio de 2008. En un episodio violento, cuando la niña tenía tres meses de edad, el padre empujó a la madre contra el sofá y posteriormente la arrojó al piso. La señora T.A. presentó denuncia policial y se refugió unos días en casa de familiares. En febrero de 2009, la madre y la hija -de siete meses- llegaron a Costa Rica. Poco después, en mayo de ese año, el padre reclamó la restitución de la pequeña a la residencia habitual en Green, Missouri, a través de la Autoridad Central de los Estados Unidos, con sustento en la Convención de La Haya de 1980.

El Juzgado de Niñez y Adolescencia de San José declaró el 7 de mayo de 2010 la ilicitud del desplazamiento y ordenó la restitución de la niña a los Estados Unidos. La orden de restitución fue confirmada por el Tribunal de Familia de San José. La madre interpuso *habeas corpus* ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica invocando el grave riesgo de colocar a la menor de edad -de tres años al tiempo de estos hechos- en peligro. Se sostuvo que la madre no podía regresar a los Estados Unidos pues se había promovido persecución penal en su contra y que la niña no podía ser confiada a un hombre violento, con antecedentes comprobados de violencia, con el cual no tenía lazos. La madre ofreció pruebas de amenazas telefónicas del padre contra

³¹ En efecto, estaba comprobada la persecución penal que pesaba sobre él en Hungría, por estafas reiteradas y fraude contra el Estado.

ella y entendió configurada la situación intolerable en que sería colocada la pequeña al ser separada de su madre, quien era su único sostén afectivo y emocional.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica hizo lugar al *habeas corpus* y no restituyó a la menor de edad, por mayoría de 5 votos contra 2. Uno de los votos disidentes, del Dr. Castillo Vázquez, se pronunció a favor de la restitución bajo la condición de suspender la ejecución hasta tanto el Estado requirente no ofreciera garantías de que la madre podía regresar a los Estados Unidos de Norteamérica sin sufrir persecución ni perjuicio con el propósito de discutir el derecho a la custodia de la niña.

Esta decisión suscita dos reflexiones. La primera, es la injerencia del derecho constitucional de algunos países de América Central y Latina -que ponen en juego institutos como el *habeas corpus* o el amparo constitucional o la protección de los nacionales- para desvirtuar los objetivos de los convenios de restitución y aplicarlos con una tendencia nacionalista ajena al espíritu de la cooperación internacional³².

La segunda reflexión es la necesidad de profundizar matices en el razonamiento de los jueces, a fin de aplicar medidas de protección como el condicionamiento de la decisión de regreso -tal como propuso el voto disidente del Dr. Castillo Vázquez- o la satisfacción anticipada de garantías de protección dictadas por el juez competente del Estado requirente (por ejemplo, convivencia de la madre que regresa con la niña hasta la audiencia de decisión de la custodia; órdenes efectivas de restricción de acercamiento para neutralizar la amenaza del padre violento o similares), a fin de restituir pero con la debida seguridad a los derechos de la niña³³.

³² Otro caso es: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 17.05.2013, www.incadat.com HC/E/CR 1320.

³³ En este orden de ideas ha avanzado el "(Projet de) Guide de Bonnes Pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants. Cinquième Partie – Article 13 (1) (b)". Este instrumento, aún no aprobado, impulsa la interpretación restrictiva de las causales de oposición al regreso y la obligación de agotar un abanico de herramientas -medidas cautelares, condicionamientos, órdenes espejo, etc.- destinado a garantizar la seguridad del niño que regresa, antes de resolver el rechazo de la restitución. Afirma que dentro de las responsabilidades de las Autoridades Centrales se encuentra la cooperación con la Autoridad central del otro Estado como así también con sus autoridades internas, a fin de responder rápidamente a los pedidos de informes de los tribunales sobre las medidas

Caso X, Corte Suprema de Islandia, sentencia del 9 de noviembre 2016³⁴

La madre de un niño de cinco años, ambos nacionales islandeses, pierde por decisión de un juez de Noruega la tenencia del menor de edad y, por sentencia judicial, el ejercicio de los derechos de custodia, la cual se transfiere a la Agencia Noruega de Protección de la Niñez. La madre y la abuela del niño lo desplazan a Islandia en el verano de 2016. La Oficina Noruega de Protección de la Niñez proporcionó una declaración de las autoridades noruegas según la cual el desplazamiento había sido ilícito y solicitó la restitución del niño a su residencia habitual en Noruega.

Un tribunal islandés de distrito ordenó la restitución. La madre y la abuela llevaron el caso ante la Corte Suprema de Islandia invocando violación al artículo 66.2 de la Constitución de ese país, según el cual ningún ciudadano islandés puede ser expulsado del Estado.

La Corte Suprema de Islandia rechazó el argumento constitucional y afirmó que dicha cláusula es pertinente en otro tipo de conflictos y no impide el funcionamiento de convenios internacionales específicos en la materia de restitución internacional, que se gobiernan por principios de la ley civil sin interferencias del derecho público de la nacionalidad.

IV. Reflexiones conclusivas

Los conflictos de desplazamientos y retenciones ilícitos constituyen un flagelo que ningún Estado puede combatir en forma aislada, sino mediante mecanismos de cooperación internacional sustentados en la confianza sobre la actuación de todas las autoridades administrativas y judiciales orientadas en la realización del interés superior del niño concreto involucrado en este tipo de litigios familiares.

Las resoluciones que se toman en el marco de los convenios internacionales, como así también todas las decisiones que se dictan fuera del ámbito de tales convenios

de protección existentes en su propio sistema destinadas a atenuar el riesgo grave que pudiera sufrir un niño que regresa. Conf. párrafo n° 95, p. 41.

³⁴ Corte Suprema de Islandia, N° 707/2016 del 9.11.2016. Puede verse en: www.bc.edu/content/dam/fils/centers/clough/constitutional-law/Review_of_ConLaw-final.pdf

pero inspiradas en sus soluciones –el rico *softlaw* elaborado a lo largo de muchos años de experiencia- no consisten en decisiones automáticas y abstractas, sino en resoluciones motivadas, ceñidas al caso concreto, en procura del interés superior del niño involucrado en un desplazamiento o en una retención ilícitos. No se trata de una resolución sobre el fondo del derecho de custodia, sino de una decisión sobre la procedencia o el rechazo de la restitución, que debe adoptarse de manera rápida y sin deformación de las finalidades del proceso, resguardando los derechos de defensa de todas las partes y dando preeminencia al interés del menor de edad.

Los convenios internacionales sobre la materia presumen que el interés superior del niño consiste en ser restituido rápidamente a fin de que el juez natural de su centro de vida anterior a la vía de hecho, sea la autoridad competente para regular la sustancia del derecho de custodia y asegurar el relacionamiento con ambos progenitores en la medida de lo posible. Esta regla general sufre excepciones muy precisamente definidas –que también expresan el interés superior del niño en los ámbitos sustanciales y procesales- que sólo pueden conducir al rechazo de la restitución una vez que haya fracasado la implementación de medidas –tanto en el Estado de refugio como en el Estado de la residencia habitual del niño- para disminuir o bloquear el riesgo que pueda amenazar al niño en ocasión de su regreso y hasta la decisión de fondo sobre el derecho de custodia.

Los instrumentos de cooperación internacional, tales como las comunicaciones judiciales directas, la intervención de los jueces de enlace de cada país obligado por los convenios, el reconocimiento anticipado de resoluciones o medidas cautelares de protección, etc., deben ser perfeccionados para asegurar la integridad física, psíquica y emocional del niño. No debe soslayarse que se trata de una crisis en la familia y que, salvo casos excepcionales, el derecho debe favorecer la recomposición de las relaciones familiares, a fin de impedir que la torpe resolución de un conflicto de desplazamiento o retención ilícitos se transforme en el largo plazo en un daño permanente para el niño o niña.

Bibliografía

- ALL, Paula y RUBAJA Nieve (2017) "El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños", Buenos Aires: Ed. La Ley, (AR/DOC/1426/2017).
- FERNÁNDEZ PEREIRO, A. y TRECCA D. (2017), "La necesidad de una reglamentación procesal para la resolución de los casos de sustracción internacional de niños", en la obra GODÍNEZ LÁZARO T.; RUBAJA N.; CASTRO, F. (Coord.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México: Ed. Porrúa, 1ª edición.
- FLORES RÍOS, M. A. Y BENAVIDES SANTOS, D. (2017) "Importancia de mantener el contacto personal entre el niño y el progenitor desplazado durante el proceso de restitución internacional de niños", en la GODÍNEZ LÁZARO T.; RUBAJA N.; CASTRO, F. (Coord.) *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México: Ed. Porrúa, 1ª edición.
- RUBAJA, Nieve (2016) "Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de la jurisprudencia reciente", en UZAL, María E. y NAJURIETA María S., *Derecho Internacional Privado*, Revista Jurídica de Buenos Aires, año 41, número 93, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- TAGLE DE FERREYRA, Graciela (2015) "Aplicar restrictivamente el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, equivale a no aplicarlo en ningún caso?", *Revista Derecho de Familia* n° III.
- TAGLE DE FERREYRA, Graciela (2017), "Funciones de los jueces de la red internacional de jueces de La Haya: experiencia de la jueza argentina (a nivel nacional e internacional)", en la GODÍNEZ LÁZARO T.; RUBAJA N.; CASTRO, F. (Coord.) *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México: Ed. Porrúa, 1ª edición.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. El interés superior del niño como epicentro de su tramitación

The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure. The best interests of the child as the epicenter of its processing

Por Isaac Ravetllat Ballesté*

Fecha de recepción: 26/07/2019

Fecha de aceptación: 06/09/2019

Resumen: Cumplidos cinco años desde la entrada en vigor del Tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, este mecanismo se enfrenta a diversos desafíos, del éxito con que se resuelvan dependerá su futura eficacia y consolidación.

En el presente artículo se procede al análisis pormenorizado de cuáles con las principales características que identifican al Tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Palabras clave: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño; Interés superior del niño.

* Profesor Asociado Profesor Asociado de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA). Vocal del Observatorio de Infancia del Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Correo electrónico: iravetllat@utalca.cl

Abstract: Five years after the entry into force of the Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, on a communications procedure, this mechanism faces several challenges, the success with which they are resolved will depend on their future effectiveness and consolidation.

In this article we proceed to a detailed analysis of which of them with the main characteristics that identify the Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, on a communications procedure.

Keywords: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child; Best interests of the child.

Sumario: I. Introducción: 1. Procedimiento de comunicaciones individuales. II. Comunicaciones entre Estados. III. Investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas. IV. A modo de conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

El 14 de abril de 2014, tres meses después del depósito en poder del Secretario General de las Naciones Unidas del décimo instrumento de manifestación de voluntad requerido¹ - umbral mínimo que se logró con la ratificación de Costa Rica -, entró en vigor de forma general el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Adoptado por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 - Resolución 66/138 -, este Protocolo instaura un procedimiento de comunicaciones individuales en virtud del cual "personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño y/o en sus Protocolos Facultativos sustantivos²", puedan instar al Comité de los Derechos del

¹ Según el artículo 19 (1), el protocolo debe entrar en vigor tres meses después de la fecha en que se deposite el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. Tal circunstancia acaeció con el depósito de la ratificación de Costa Rica.

² Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y Protocolo Facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados, adoptados por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000 (A/RES/54/263).

Niño para que se pronuncie acerca de tal controversia. Asimismo, también se prevé la posibilidad de que el requerimiento sea presentado por otro Estado – comunicaciones interestatales -, o incluso que el procedimiento se inicie de oficio, a instancias del propio Comité, si llegan a su conocimiento evidencias fehacientes de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la niñez.

Efectivamente, junto con las denominadas comunicaciones individuales, el tercer Protocolo facultativo también desarrolla el íter procedimental que debe proseguirse para el caso de las comunicaciones interestatales, si bien las hace depender de una cláusula de inclusión - *opting* o *contracting in*³; así como, un procedimiento de investigación de oficio para supuestos de violaciones graves o sistemáticas⁴, subordinado, en este caso, a una cláusula de exclusión - *opting* o *contracting out* -.

La entrada en vigor de este Protocolo Facultativo de 2011 constituye, en definitiva, a constituir un verdadero hito en la historia del sistema universal de protección de los derechos humanos, pues, a partir de ese preciso instante, todos los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas dotados de órganos propios de supervisión, sin excepción alguna, cuentan ya con un mecanismo directo de denuncia de vulneraciones de su articulado. En palabras de Cardona Llorens (2012, p.65) con este Protocolo Facultativo “los niños dejan de ser mini-personas con mini-derechos, para ser definitivamente personas con derechos plenos que pueden hacer valer no sólo en el ámbito interno sino también en el internacional”. Por su parte, de acuerdo con

³ El Protocolo - artículo 12.1 - permite, asimismo, a los Estados partes formular tal declaración de voluntad respecto de todos o sólo algunos de los instrumentos bajo supervisión del Comité de los Derechos del Niño: la Convención y los dos Protocolos facultativos sustantivos del año 2000.

⁴ El Comité de los Derechos del Niño hubiera preferido utilizar la expresión “violaciones graves o repetidas” en lugar de referirse a “violaciones graves o sistemáticas”. El órgano ginebrino encuentra que el adjetivo “sistemáticas” es demasiado restrictivo, ya que del mismo se desprende que el Estado ejerce una política deliberada de violación de los derechos del niño. Además, defendieron la necesidad de añadir en el Protocolo facultativo una disposición en la que se indicara que corresponde al Comité la competencia de elaborar unas normas que contengan los criterios con los que definir qué se consideran “violaciones” o “repetidas”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/HRC/WG.7/2/3, de 13 de octubre de 2010, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la propuesta de Proyecto de Protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 21.

Carmona Luque (2011, p.43) la doctrina-jurisprudencia derivada de este mecanismo especializado debe contribuir significativamente a la interpretación de la Convención, así como beneficiar a los mecanismos y órganos nacionales, regionales e internacionales.

Otro elemento digno de ser tomado en consideración, radica en la circunstancia de que a pesar de que este tipo de instrumentos fueron inicialmente concebidos en las Naciones Unidas pensando única y exclusivamente en los derechos civiles y políticos - derechos de primera generación -, hoy en día tal afirmación debe ser puesta en entredicho, al extenderse sus competencias a los derechos económicos, sociales y culturales - derechos de segunda generación-Muestra de ello es la aprobación y entrada en vigor tanto del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como del mentado tercer Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵. El primero, por su evidente adscripción a esta tipología de derechos, y el segundo, por partir de un enfoque omnicomprensivo que considera que todos y cada uno de los derechos humanos contenidos en el articulado de la Convención de 1989 son indivisibles e interdependientes entre sí.

No obstante lo apuntado *ut supra*, un dato preocupante, y que debiera llevarnos a la reflexión, hace alusión al reducido número de ratificaciones que ha obtenido este tercer Protocolo facultativo, sólo 42, frente a las 168 del Protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados y las 175 del relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Es más, de esos 42 Estados únicamente trece han reconocido de manera expresa la competencia del Comité de los Derechos del Niño para entender de las comunicaciones entre

⁵ Para Riquelme Cortado (2014, p. 12) un elemento a resaltar de la entrada en vigor de este Protocolo facultativo del año 2011, radica en el hecho de que, al igual que ocurriera con la entrada en vigor del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 10 de diciembre de 2008, el procedimiento se extiende por vez primera a los derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente considerados de segunda generación por imponer no obligaciones de resultado como las derivadas de los derechos civiles y políticos, sino meras obligaciones de comportamiento progresivo supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal. En un sentido similar se pronuncia Saura Estapá (2013), De Beco (2013, p.368).

Estados - artículo 12 ⁻⁶. Sin lugar a dudas, estas cifras denotan el escaso interés que ha suscitado entre los Estados, al menos por el momento, la posibilidad de dotar al órgano de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño de atribuciones de carácter cuasi-jurisdiccional⁷.

En el presente artículo se procede al análisis pormenorizado de cuáles con las principales características que identifican al Tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones. En primer término, se refiere a al iter procedimental que deben seguir las llamadas comunicaciones individuales: quién ostentan legitimación activa para su presentación; cuáles son las causales de inadmisibilidad previstas en el propio Protocolo facultativo; y, en qué se concreta el resultado final de este procedimiento cuasi-jurisdiccional, son solo alguno de los interrogantes a los que se trata de dar debida respuesta. Acto seguido, se hace mención al mecanismo de reclamación interestatal previsto por el Protocolo facultativo - 2011 -. En particular se indaga en los motivos que provocan que este recurso no sea particularmente atractivo para los Estados, lo que se traduce en una infrautilización del mismo. Por último, se relata la manera cómo el Comité de los Derechos del Niño puede actuar de oficio en caso de violaciones graves o sistemáticas contra los derechos de la niñez generados por actos u omisiones de un Estado parte.

1. Procedimiento de comunicaciones individuales

1.1. Legitimación activa

Toda persona o grupo de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una vulneración por el mismo de una o varias

⁶ A saber: Albania, Bélgica. Chile, República Checa, Finlandia, Alemania, Italia, Liechtenstein, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y Suiza.

⁷ Siguiendo esta misma lógica, Smith (2010, p.229) se hace eco de la histórica poca utilización de este tipo de mecanismos cuasi-jurisdiccionales en el seno de las Naciones Unidas. Una pequeña luz de esperanza se atisba en el horizonte al comprobar que durante los últimos años ha habido una tendencia al alza con respecto al número de comunicaciones presentadas ante el Comité de los Derechos del Niño. Para ser más exactos, de las 32 comunicaciones que han sido aceptadas a trámite desde el mes de abril de 2014, 27 lo fueron durante el año 2017, lo cual denota un ligero cambio de tendencia.

disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos sustantivos ostentan legitimación activa para presentar comunicaciones individuales ante el Comité de los Derechos del Niño. Siempre, por supuesto, que se reúnan los requisitos de admisibilidad recogidos en el artículo 7 del propio Protocolo.

Lo anterior se entiende sin exclusión alguna por razones de edad, no tan solo porqué en todo momento tanto el Protocolo - artículo 5 - como su Reglamento de aplicación - artículos 12 y 13 - utilicen la noción "persona"⁸, sino también por la circunstancia de que la mentada legitimación se reconoce con independencia de que el Estado parte contra el que se dirige la comunicación reconozca o no su capacidad jurídica - artículo 13.1 del Reglamento de aplicación -⁹. Es decir, a pesar de que en la normativa doméstica del Estado demandado no se reconozca a las personas menores de edad la autonomía suficiente como para presentar por sí requerimientos ante instancias resolutorias de conflictos, el Comité atendiendo a la edad y estado de madurez del sujeto - principio de la autonomía progresiva - puede hacer caso omiso de tales limitaciones. En caso contrario, podría darse la paradoja de que otros mecanismos cuasi-jurisdiccionales creados en el seno de otros Tratados internacionales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos fueran más accesibles a las demandas de las personas menores de edad que el propio Comité de los Derechos del Niño¹⁰.

⁸ Durante el segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo abierto encargado de elaborar un borrador de Protocolo facultativo, se consideró que el derecho a presentar una comunicación debía adjudicarse a "personas o grupos de personas", por ser éste un concepto más amplio que el de "niños o grupos de niños". ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/17/36, de 25 de mayo de 2011, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 38.

⁹ Entendemos que por capacidad jurídica de una persona el artículo 13 del Reglamento se está refiriendo a la posibilidad de que un sujeto pueda obligarse por sí mismo, y sin el ministerio o la autorización de otro. En otras palabras, lo que en algunos ordenamientos jurídicos se conoce como capacidad de ejercicio, o capacidad de obrar, o incluso capacidad de hecho.

¹⁰ El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido legitimación activa a las personas menores de edad en aquellos casos en que existe un conflicto de intereses entre el niño o la niña y su representante legal. En este sentido, el caso *A v. United Kingdom*, de 23 de septiembre de 1998.

Asimismo, también pueden presentar comunicaciones los representantes legales u otras personas que actúen en nombre de la presunta o presuntas víctimas con su consentimiento expreso. En este sentido, corresponde al Comité, siempre que existan dudas fundadas, la responsabilidad de indagar sobre si ese consentimiento se ha obtenido o no mediante presiones o incitaciones indebidas y si redundan, efectivamente, en el interés superior del niño/a.

Cabe, además, presentar comunicaciones en nombre de la presunta o presuntas víctimas sin contar con tal consentimiento expreso, siempre que el autor o los autores¹¹ de la comunicación puedan justificar sus actos y el Comité considere que la comunicación responde al interés superior del niño/a. En estos casos, cuando ello sea posible, la presunta o presuntas víctimas en cuyo nombre se actúa deben ser informadas, al igual que debe tomarse en consideración su opinión, en consonancia con su edad y estado de madurez.

De conformidad con este último punto, denotar que el Protocolo dota de cobertura a la posibilidad, ciertamente habitual en la práctica, de que grupos de niños, niñas y adolescentes en situación de particular vulnerabilidad sean asesorados y representados por entidades de la sociedad civil - ONGs-. Ante tal circunstancia, el Comité de los Derechos del Niño debe admitir este tipo de comunicaciones siempre y cuando se desprenda que son presentadas en nombre del o los afectados¹². Por el contrario, no deben prosperar los escritos de queja interpuestos por entidades privadas sin ánimo de lucro que aleguen, sin más, tener un "interés suficiente" en una cuestión,

¹¹ De acuerdo con el artículo 12 del Reglamento se entiende por autor o autores de una comunicación individual a "la persona o las personas que presentan la comunicación individual, sean o no la presunta o las presuntas víctimas".

¹² Buena muestra de ello serían las comunicaciones presentadas contra el Estado español por el trato irrogado al colectivo de adolescentes migrantes en situación irregular y sin referentes familiares a los que, según las comunicaciones presentadas, se les deniega de forma sistemática su derecho migratorio. Ver en este sentido las Comunicaciones núm. 39/2017, de 12 de junio de 2018 - CRC/C/78/D/39/2017 -; núm. 18/2017, de 8 de marzo de 2018 - CRC/C/77/D/18/2017; núm. 9/2017, de 20 de junio de 2017 - CRC/C/75/D/9/2017 -; núm. 8/2016, de 11 de julio de 2018 - CRC/C/78/D/8/2016 -; y núm. 1/2014, de 8 de julio de 2015 - CRC/C/69/D/1/2014 -.

ya que con ello se corre el riesgo de llegar a admitir denuncias meramente especulativas (De Beco, 2013, p.375).

En suma, si se interviene defendiendo los intereses de un grupo de personas - menores de edad - , se requiere que éstas estén directa y personalmente afectadas por la supuesta vulneración de la Convención y/o Protocolos facultativos sustantivos, cerrándose así la puerta a una suerte de *actio popularis*¹³ contra la legislación de los Estados partes¹⁴. En otras palabras, quedan fuera del Protocolo las *comunicaciones colectivas*, es decir, la posibilidad de que el Comité reciba y examine comunicaciones provenientes de instituciones nacionales de derechos humanos o de organizaciones no

¹³ Hasta el caso *Nicholas Toonen v. Australia*, Comunicación núm. 488/1992, de 4 de abril de 1994 - CRC/C/50/D/488/1992 -, el Comité de Derechos Humanos, órgano colegiado de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mantenía un claro criterio: para ser considerada como víctima, la persona demandante debía estar personalmente afectada por la acción u omisión del Estado parte. Sin embargo, a partir del mentado supuesto de hecho esta línea jurisprudencial ha mutado en cierta medida. Así, *Nicholas Toonen*, activista por la promoción de los derechos de los ciudadanos homosexuales en Tasmania, afirmó ser víctima de violaciones por parte del Estado Australiano de diversos preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, 17 y 26). Esta vulneración era producto de dos disposiciones del Código Penal de Tasmania que consideraban delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres. El Comité de Derechos Humanos al examinar la admisibilidad de la comunicación, con respecto a la cuestión de si el autor podía ser considerado víctima en el sentido del artículo 1 del Protocolo facultativo, observó que las disposiciones impugnadas por el autor no habían sido aplicadas por las autoridades judiciales de Tasmania desde hacía varios años. No obstante, consideró que el autor había hecho esfuerzos razonables por demostrar que la amenaza de aplicación y los efectos generalizados del mantenimiento de esas disposiciones sobre las prácticas administrativas y la opinión pública le habían afectado y continuaban afectándole personalmente. Por consiguiente, el Comité concluyó que el autor podía ser considerado como víctima y que sus denuncias eran admisibles *ratio temporis*. Un resumen de esta evolución la encontramos detallada en ZAYAS (DE), Alfred (2009): "Petitions before the United Nations Treaty Bodies: focus on the Human Rights Committee's Optional protocol", en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff, pp. 46-47.

¹⁴ El Comité de los Derechos del Niño, instituciones nacionales de derechos humanos, ONG(s) y el Unicef se mostraron favorables a la inclusión de un procedimiento de *comunicaciones colectivas* en el Protocolo facultativo, pues estimaron que colmaba una laguna de los mecanismos de protección. En especial con los niños y niñas que pertenecen a grupos vulnerables, como los internados en instituciones, los que son víctimas de la prostitución, o los sometidos a prácticas tradicionales. Incluso se barajó la posibilidad de admitirlas a través de una cláusula *opting* o *contracting in*. Es decir, autorizando que cada Estado parte pudiera declarar al momento de firmar o ratificar el Protocolo o de adherirse a él, si reconocía la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones colectivas. A pesar de ello, no lograron su cometido. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/HRC/WG.7/2/3, de 13 de octubre de 2010, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la propuesta de Proyecto de Protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 13-15.

gubernamentales – tanto nacionales como internacionales – que denuncien violaciones recurrentes de los derechos que asistan a un grupo de presuntas víctimas en el que no todas pueden ser debidamente identificadas¹⁵.

1.2. Requisitos de admisibilidad

Los requisitos de admisibilidad son los enumerados en el artículo 7 del Protocolo Facultativo, que si bien lleva por rúbrica “admisibilidad”, en realidad lista las causales que deben llevar al Comité de los Derechos del Niño a declarar inadmisibles una comunicación. En otras palabras, del mentado precepto extraemos, a *sensu contrario*, los requisitos formales que debe reunir toda comunicación para que sea aceptada por el órgano ginebrino. Analicemos pues cuáles son estos elementos.

1.2.1. Requisitos de forma

En primer lugar, es necesario que la comunicación no sea anónima y que se presente por escrito¹⁶. En este sentido, en el formulario deben precisarse con claridad:

¹⁵Sí se admite, en cambio, esta posibilidad tanto en la Carta Africana sobre Derechos y el Bienestar del Niño de 1990, como en el Protocolo adicional de la Carta Social Europea de 1995. En este sentido, Bekker (2013) y Belorgey (2011).

¹⁶ Originariamente, junto a la exigencia de que la comunicación fuera por escrito, se preveía que ello era sin perjuicio de que el Comité de los Derechos del Niño pudiera admitir evidencias no escritas en apoyo de las alegaciones contenidas en las comunicaciones. Esta última mención fue eliminada del redactado final del Protocolo facultativo – artículo 7.b) -, a pesar de existir un aparente consenso al respecto. Sin ir más lejos, el Protocolo facultativo a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad no contiene esta exigencia (adaptando, de este modo, el procedimiento de comunicaciones a la posibilidad real de que personas en situación de discapacidad, incluida la discapacidad intelectual, puedan tener acceso al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad). Precisamente por ello, el artículo 16.3, apartado f) del Reglamento de aplicación admite la posibilidad de que junto con la comunicación presentada por escrito se “proporcione material no escrito” a fin de complementarla. La exclusión de esta mención del redactado del Protocolo facultativo provocó las quejas de los representantes de las ONGs, más partidarios de incluir tal previsión en el texto del Protocolo y no en sus reglas de procedimiento. En este sentido, Erdem Türkelli, Vandenhole, y Vandembogaerde, (2013, p. 39). También en esta misma línea se ha pronunciado reiteradamente el propio COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009): *Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009* - Documento CRC/C/CG/12 -, párr. 21, al apuntar que “la plena aplicación del artículo 12 CDN exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura”. Así como en su posterior COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016): *Observación General N°. 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, de 6 de diciembre de 2016* - Documento CRC/C/CG/20 -, párr. 23, que estipular que “es necesario introducir

nombre completo de la persona, nacionalidad y fecha de nacimiento, así como un domicilio a efectos de correspondencia con el Comité. Además, para el caso de que la comunicación se presente en nombre de otra persona o un grupo de ellas – tal y como autoriza el artículo 5.1 del Protocolo y 13.2 del Reglamento de aplicación – deberán también identificarse – como no podría ser de otra forma – los datos personales del o los representados. Para este último caso, hay que adjuntar al formulario la autorización expresa del poderdante, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento, siempre que ello obedezca, por supuesto, al interés superior del niño/a o grupo de niños/as presuntamente víctimas de vulneraciones (De Beco, 2013, p.375).

De acuerdo con la práctica del Comité, es relevante destacar la importancia de tomar en consideración si la persona que presenta la comunicación es mayor o menor de edad. Para el primero de los casos, el escrito que contiene la queja debe ser inmediatamente reenviado por el Secretario General – Unidad de solicitudes – al Grupo de Trabajo encargado de entender de esa comunicación. Ello incluso si *prima facie* pareciera que dicha petición es fundadamente inadmisibile. Asimismo, la Unidad de solicitudes debe acusar recibo de la comunicación empleando un lenguaje amigable, con la mayor celeridad posible y siempre dentro de las dos semanas siguientes a la fecha de su recepción. Para el segundo de los supuestos, en cambio, cuando la comunicación es presentada por un adulto – incluido cuando actúan en representación de un niño, niña o adolescente –, la petición debe ser examinada y validada por la Unidad de solicitudes, que podría llegar a rechazarla si la considera claramente infundada.

Finalmente, apuntar que la identidad de toda persona o grupo de personas afectadas por cualquier medida emprendida en virtud del Protocolo no será revelada públicamente sin su consentimiento expreso. Además, todas las fases del procedimiento se desarrollan bajo una estricta confidencialidad. Sólo se hace público

mecanismos de denuncia y reparación seguros y accesibles con competencias para examinar las denuncias formuladas por los adolescentes”.

un resumen del procedimiento y del dictamen en los informes periódicos del Comité de los Derechos del Niño a la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este punto, no deben confundirse las nociones de anonimato y confidencialidad. Así, la transmisión de la comunicación del Comité de los Derechos del Niño al Estado parte demandado debe ser confidencial, es decir, no pública, lo que no significa anónima, pues tal circunstancia iría en detrimento de las facultades del Estado de examinar o de ofrecer una reparación adecuada.

1.2.2. No constituir un abuso del derecho o ser incompatible con las disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos

La primera de las causales contenida en el artículo 7 punto c) del Protocolo facultativo, al hacer mención como motivo de inadmisibilidad a que la comunicación “no constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones”, entendemos que, en realidad, trata de evitar la tentación de contemplar al Comité de los Derechos del Niño como un órgano de apelación ante una decisión doméstica que no satisfaga las pretensiones del denunciante. Sin embargo, no es tarea del Comité ginebrino reevaluar los hechos que motivaron la demanda en el orden interno, ni reinterpretar el Derecho nacional del Estado denunciado. Este mecanismo cuasi jurisdiccional no se erige en una cuarta instancia, sino que, por el contrario, debe limitarse a analizar la adecuación del comportamiento estatal a las obligaciones asumidas conforme a la Convención y los Protocolos facultativos del año 2000.

Asimismo, el inciso segundo de esta causal de inadmisibilidad, al aludir a la “incompatibilidad de la comunicación con las disposiciones de la Convención y/o de sus Protocolos facultativos”, ha sido utilizado por el Comité para dejar fuera de su conocimiento aquellos supuestos de hecho en que la presunta víctima no acredita ser menor de edad¹⁷, o cuando la posible vulneración de los preceptos contenidos en la

¹⁷ Esto sucede en el caso Y.M. c. España, de 31 de mayo de 2018, Comunicación n°. 8/2017 - CRC/C/78/D/8/2016 -. En este supuesto, la Policía Nacional española interceptó una patera en la que viajaba el autor de la comunicación, de nacionalidad argelina, cuando pretendía acceder de forma irregular a territorio español. En el momento de su detención, éste, que se encontraba indocumentado,

Convención afecta a una persona adulta y no a un sujeto que no haya alcanzado todavía los dieciocho años de edad¹⁸.

1.2.3. Existencia de otro procedimiento de investigación o solución internacional

El Comité de los Derechos del Niño tampoco admitirá aquellas comunicaciones sobre un asunto que ya esté siendo o haya sido examinado “según otro procedimiento de investigación o solución internacional de naturaleza equivalente”¹⁹. Se trata de la consagración convencional del principio *non bis in idem*. Este requisito supone que las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado que ha aceptado varios procedimientos de comunicaciones – mecanismos cuasi jurisdiccionales – y que, además, reconoce competencias a instancias jurisdiccionales supranacionales – como podrían ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos – deberán decantarse por una de esas hipotéticas vías.

manifestó ser menor de edad. No obstante, tras practicársele pruebas médicas – óseas – para comprobar tal afirmación, se consideró por parte de las autoridades españolas que la persona era de dieciocho años. Frente a la queja individual presentada ante el Comité de los Derechos del Niño, éste considera, sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo, que existe un documento oficial expedido por el Consulado de Argelia en Barcelona – lugar dónde había sido trasladado el autor – en que se constata que el mismo era mayor de edad. Y con base en tal evidencia declara inadmisibles la comunicación por ser “incompatible con las disposiciones de la Convención”.

¹⁸ Tal afirmación la extraemos del caso A.A.A. c. España, de 30 de septiembre de 2016, Comunicación n.º. 2/2015 – CRC/C/73/D/2/2015 -. La autora es tía paterna de una niña de 3 años de edad y mantiene un notorio enfrentamiento con su hermano, padre de la niña, y con la esposa de este. Ello, junto a unos supuestos problemas familiares de herencia, propiciaron que el matrimonio perdiera todo contacto con la familia paterna, incluida la autora, y que impidiera todo contacto de sus miembros con la pequeña. Pues bien, A.A.A., mayor de edad, tras agotar todos los recursos internos solicitando un régimen de visitas entre ella y su sobrina, presenta una comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño, en nombre propio y en el de su sobrina, alegando la vulneración de diversos preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ante tal tesitura, el órgano ginebrino, y en lo que ahora nos compete, considera que sostener, como lo había hecho la autora, una posible vulneración de sus derechos, como adulta, contenidos en la Convención, se torna como “incompatible con las disposiciones del mentado tratado internacional”, pues éste protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y no así los derechos de los adultos. Y precisamente esta argumentación es una de las causas que llevan al Comité a declarar como inadmisibles la queja.

¹⁹ Por ejemplo, si el caso ya hubiera sido presentado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cada una de esas posibles alternativas tiene sus ventajas e inconvenientes, por lo que resulta imprescindible analizar con la debida cautela los pros y contras que ofrecen cada una de ellas. Por ejemplo, deben tomarse en consideración, entre otros, los siguientes factores: posibilidad de actuar a partir de denuncias individuales; coste económico aparejado - algunos procedimientos requieren de la intervención de un abogado/a y otros, como la comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño, no -; posibilidad de obtener una reparación a través del mecanismo utilizado; fuerza vinculante para el Estado de la resolución o decisión adoptada; y plazos de presentación - en el caso del Comité se limita al año siguiente del agotamiento de los recursos internos -.

1.2.4. Agotamiento de todos los recursos internos disponibles

Antes de presentar una comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño reportando una supuesta vulneración de los principios o derechos dimanantes de la Convención o sus Protocolos Facultativos, se exige, como regla general, el agotamiento de todos los recursos internos disponibles, salvo que éstos se hayan prolongado injustificadamente o no sea probable que con ellos mejore la situación de la persona o grupos de personas víctimas de la vulneración.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos - órgano colegiado de supervisión del PIDCP - ha precisado que el requisito del agotamiento de los recursos internos abarca solamente los recursos efectivos y disponibles, en una interpretación que parece haberse hecho extensiva al resto de los Comités²⁰. Ahora bien, la mera existencia de un fallo anterior en sentido negativo, aun cuando sea sobre cuestiones similares a las del caso de autos, no exime al peticionario de intentar valerse del recurso interno previsto, ni tampoco las meras dudas acerca de la eficacia de esos recursos o la convicción de que valerse de ellos podría hacerle incurrir en gastos. Asimismo, son

²⁰ En este sentido se pronuncia el Caso William Torres Ramírez c. Uruguay, Comunicación núm. 4/1977, de 26 de enero de 1978, - en que indicó que el Estado debía probar "que existían posibilidades razonables de que tales recursos fueran efectivos".

inadmisibles las comunicaciones en las que el no agotamiento de los recursos internos se ha debido al vencimiento de los plazos para recurrir por inacción o negligencia imputable única y exclusivamente al actor, y no al Estado parte (Ochoa Ruiz, 2004).

1.2.5. Ser manifiestamente infundada o no estar suficientemente fundamentada

La comunicación debe contener unos mínimos visos de razonabilidad para que prosiga su tramitación, en caso contrario el Comité la declarará inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 7 apartado f) del Protocolo facultativo. Esto es precisamente lo que acaeció en el caso A.A.A. c. España, de 30 de septiembre de 2016, en que el Comité de los Derechos del Niño consideró que la autora de la queja, que reclamaba el derecho a relacionarse con su sobrina de tres años, no acreditó suficientemente que las autoridades judiciales españolas al ponderar el interés superior de la niña habían vulnerado el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹. Lo mismo ocurrió en el caso Z.Y. y J.Y. c. Dinamarca, de 31 de mayo de 2018, al entender el Comité de los Derechos del Niño que los autores – padres de un niño afgano contra los que pesaba una orden de expulsión del territorio danés – no demostraron que existiera un riesgo personal de que se produjera una violación grave de los derechos del pequeño tras su regreso al Afganistán²². Por último, hacer referencia al caso J.A.B.S. c. Costa Rica, de 17 de enero de 2017, donde el Comité determinó que la queja era infundada

²¹ Comunicación n.º. 2/2015 – CRC/C/73/D/2/2015 -. El Comité entiende que “como regla general, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales examinar los hechos y las pruebas, salvo que dicho examen sea claramente arbitrario o equivalga a una denegación de justicia. El Comité observa que las sentencias de primera instancia, apelación y casación se basaron en el interés superior de la niña para desestimar la demanda de la autora, interés debidamente justificado en el potencial efecto perjudicial que podría suponer para la niña iniciar una relación con una pariente desconocida que mantenía un alto nivel de conflictividad con sus padres. En ausencia de información adicional que permita justificar en qué medida se habría lesionado el principio del interés superior de la niña al desestimar la demanda de la autora, el Comité considera que esta queja no ha sido suficientemente fundamentada y la declara inadmisibles”.

²² Los autores de esta Comunicación n.º. 7/2016 – CRC/C/78/D/7/2016 – alegaron que si su hijo entraba en territorio afgano corría el riesgo de ser asesinado, al ser considerado un hijo ilegítimo nacido fuera del matrimonio – aunque sus padres sí estaban casados, dicho enlace se celebró sin el consentimiento de la familia de la madre – y, además, de confesión cristiana y no haber sido circuncidado.

por no quedar debidamente constatada la presunta vulneración del artículo 7 de la Convención – derecho a la identidad -, al no lograr el autor inscribir a sus hijos mellizos – nacidos en California vía fertilización in vitro con un óvulo de una donante y semen propio – en el Registro civil costarricense con dos apellidos: el primero del autor y el segundo de la donante de óvulo. Por el contrario, las autoridades registrales, amparándose en la legislación nacional, los inscribió con los dos apellidos paternos²³.

1.2.6. Competencia *ratione temporis*

Conforme a este requisito de admisibilidad, los hechos denunciados deben haber ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo facultativo para el Estado acusado, o que, habiendo comenzado antes, continúen o sus efectos se prolonguen tras dicho momento temporal. El Protocolo facultativo exige, además, que la comunicación se presente dentro de un año desde el agotamiento de los recursos internos del presunto Estado infractor, excepto si se dan circunstancias excepcionales debidamente acreditadas²⁴.

El Comité de los Derechos del Niño ya ha tenido la oportunidad de referirse a esta causa de inadmisibilidad contenida en el artículo 7 g) del Protocolo en un par de ocasiones. Concretamente, en el caso S.C.S. c. Francia, de 25 de enero de 2018²⁵ y en el caso A.H.A. c. España, de 4 de junio de 2015²⁶. En el primero de los asuntos, una madre, de nacionalidad rumana y etnia romaní, presenta comunicación en nombre de sus dos hijos, y de su nieto, por su expulsión el 16 de abril de 2015 del campamento en que vivían en Champs-sur-Marne – Francia -. Tras el análisis de admisibilidad, el órgano

²³ Comunicación n.º. 5/2016 – CRC/C/74/D/5/2016 -.

²⁴ ONG(s), instituciones nacionales de derechos humanos, así como los miembros del Comité de los Derechos del Niño, no consideraron apropiado aplicar tales plazos por ser ello “contrario al deseo expresado de que el procedimiento de comunicaciones fuera adaptado a los niños y fácilmente accesible para ellos”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/17/36, de 25 de mayo de 2011, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, párr. 55. De esa misma opinión son Langford y Clark (2011)

²⁵ Comunicación n.º. 10/2017, de 25 de enero de 2018 – CRC/C/77/D/10/2017 -.

²⁶ Comunicación n.º. 1/2014, de 4 de junio de 2015 – CRC/C/69/D/1/2014 -.

ginebrino opta por no pronunciarse sobre el fondo del asunto por falta de competencia *ratione temporis*, pues el Protocolo facultativo entró en vigor en Francia el 7 de abril de 2016. En el segundo de los supuestos, un ciudadano de Ghana alega la arbitrariedad de las autoridades españolas al serle denegada su condición como persona menor de edad e ignorarse la fecha de nacimiento que figuraba en su pasaporte, a pesar de que en ningún momento se impugnó su validez. El Comité tomando nota de la reclamación formulada por el autor y comprobando que todas las actuaciones de las autoridades españolas, tanto administrativas como judiciales, tuvieron lugar antes del 14 de abril de 2014, fecha de entrada en vigor en España del Protocolo facultativo, se inhabilita para examinar el fondo de la cuestión.

1.2.7. Competencia *ratione materiae*

La comunicación ha de referirse necesariamente a derechos y obligaciones contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y/o sus Protocolos facultativos sustantivos. Lo que se traduce en que deben invocarse presuntas vulneraciones de preceptos contenidos en cualquiera de esos instrumentos internacionales, pero no en otros.

Así, por ejemplo, en el caso A.A.A. c. España, de 30 de septiembre de 2016, la comunicación fue rechazada, entre otros motivos, por alegarse por parte de la autora supuestas violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que caen, en palabras del propio Comité “fuera del ámbito del presente procedimiento de comunicaciones”²⁷.

En lo tocante a las reservas, el Protocolo fía al régimen flexible de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) la prohibición de formular reservas incompatibles con su objeto y finalidad (artículo 19 apartado c)²⁸.

²⁷ Comunicación n.º. 2/2015 – CRC/C/73/D/2/2015 -.

²⁸ Para acceder a las declaraciones y reservas presentadas por los Estados https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&clang=en (Consultado, el 14 de febrero de 2019).

1.3. Examen de la cuestión en cuanto al fondo

El trato particular que dispensa el Protocolo facultativo – artículo 10.4 – a las comunicaciones en que se denuncian violaciones de derechos económicos, sociales y culturales protegidos por la Convención, limita el ámbito de examen del Comité a una prueba de razonabilidad, así como introduce la posibilidad de que los Estados parte puedan ejercer la facultad discrecional de “adoptar toda una serie de posibles medidas de política” para hacer efectivos este tipo de derechos de segunda generación²⁹.

Ahora bien, si bien es cierto que el precepto en cuestión parece responder al principio de la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, estipulado en los artículos 4 y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no es menos cierto que una previsión del estilo de la apuntada socava, bajo nuestro punto de vista, el carácter integral que informa el texto de la Convención, y se opone, por ende, al principio de indivisibilidad e interdependencia propio de los derechos humanos³⁰.

1.4. Resultado del procedimiento de comunicaciones

El procedimiento puede concluir bien con una decisión de no admisibilidad o bien con un dictamen sobre el fondo del asunto, en que el Comité de los Derechos del Niño indica si, sobre la base de las informaciones suministradas por las partes, considera que hubo o no vulneración de la Convención sobre los Derechos del Niño o cualquiera de sus dos Protocolos facultativos sustantivos. No se prevé posibilidad alguna de recurso u oposición a tal dictamen.

²⁹ Esta disposición está claramente inspirada del artículo 8.4 del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁰ Carmona Luque (2012, p.74) está de acuerdo con nuestra opinión quien sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño “reúne derechos y situaciones diversas relativas al niño cuyo análisis permite advertir la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales y la obligada atención a ambos para su efectiva satisfacción. Para un análisis pormenorizado del alcance del núcleo mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales ver Young, Katharine (2008) “The minimum core of economic, social and cultural Rights”, *Yale Journal of International Law*, N°. 33.

El dictamen emitido por el Comité de los Derechos del Niño ha de fundamentarse en los datos aportados por las partes en las declaraciones orales obtenidas durante el procedimiento, así como en la documentación procedente de los órganos de las Naciones Unidas o de cualquier otro organismo especializado que pueda ayudar a resolver la controversia.

En caso de constatarse la violación, el Comité nunca condena explícitamente al Estado. Por el contrario, la resolución se redacta en un tono sumamente cuidadoso y conciliador (el Comité *estima, considera, recomienda*); al fin y al cabo, se trata de una simple opinión o recomendación, sin carácter vinculante para las partes, y el Estado es libre de cumplir o no con la misma (Philips, 2013, p.8). En otras palabras, la finalidad del dictamen no consiste en deducir la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, sino en animar al Estado a cumplir con sus compromisos internacionales. Para ello es fundamental que el Comité en el desempeño de esta tarea evite adoptar un planteamiento de confrontación, sino que, por el contrario, potencie el dialogo, la persuasión y la cooperación³¹.

En última instancia, la verdadera eficacia de estos dictámenes radica en la presión política y moral que pueda ejercerse sobre el Estado acusado, en lo que se conoce como la “movilización de la vergüenza”, es decir, no se trata de una sanción jurídica, sino de tipo moral o político, por lo que el procedimiento no redundará necesariamente en una mejora de la situación del o los individuos reclamantes. Además, con el objeto de ejercer una presión adicional sobre los Estados con vistas a

³¹ Uno de los primeros casos en que el Comité de los Derechos del Niño considera que un Estado parte ha vulnerado alguno de los preceptos de la Convención es el caso I.A.M. c. Dinamarca, de 28 de enero de 2018 - comunicación N°. 3/2016, CRC/C/77/D/3/2016 -. En este supuesto, y ante la orden de expulsión de una madre de nacionalidad somalí, de Puntlandia para ser más exactos, junto con su hija por parte de las autoridades danesas. Se alega por la autora que dicha expulsión significará poner en grave peligro a la niña, en especial de ser sometida a una mutilación genital femenina. Tras admitir a trámite la comunicación, por reunir todos los requisitos exigidos por el artículo 7 del Protocolo facultativo, el Comité se pronuncia sobre el fondo y considera que “el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior de la niña al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de la autora de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada a Puntlandia, ni adoptó las salvaguardias debidas para garantizar el bienestar de la niña a su regreso, lo que supone una vulneración de los artículos 3 y 19 de la Convención”.

que cumplan con lo estipulado en los dictámenes, el artículo 11 del Protocolo y el artículo 28 de su Reglamento de aplicación, prevén un sistema de seguimiento, que sólo el tiempo determinará cuál es su verdadero nivel de eficacia.

En este sentido, y a la mayor brevedad, y en un plazo máximo de seis meses a partir de la transmisión del dictamen del Comité sobre una comunicación o de su decisión por la que se dé por concluido el examen de la misma a raíz de un acuerdo de solución amigable, el Estado parte presentará por escrito al Comité una respuesta en la que se incluirá información acerca de las medidas adoptadas o que se tenga previsión de adoptar a la luz del mentado dictamen o del acuerdo de solución amigable³².

Además, y con la clara intención de dar un seguimiento adecuado a las recomendaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño, las reglas de procedimiento estipulan, siguiendo el modelo iniciado ya por el Comité de Derechos Humanos, la designación de un relator o grupo de trabajo encargado de verificar las medidas adoptadas por el Estado parte³³.

II. Comunicaciones entre Estados

Este mecanismo de reclamación interestatal, que toma como modelo el sistema fijado en el artículo 32 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas³⁴, permite a los Estados partes en la

³² En igual medida, los artículos 11 (2) del Protocolo y 28 (4) del Reglamento de desarrollo, atribuyen al Comité de los Derechos del Niño la posibilidad de “solicitar al Estado parte que incluya información sobre las medidas adoptadas en respuesta a su dictamen, sus recomendaciones o su decisión por la que se dé por concluido el examen de la comunicación a raíz de un acuerdo de solución amigable en los informes que presente ulteriormente de conformidad con el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 12 del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el artículo 8 del Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados”.

³³ Por su parte, SCHMIDT (2009) nos ofrece una lectura un tanto crítica con respecto a la labor de los relatores o grupos de trabajo encargados del seguimiento de los dictámenes adoptados por los mecanismos de supervisión de derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas.

³⁴ Según LASO PÉREZ (2014 p.175) desde un punto de vista dogmático pone de relieve “la creación de una garantía colectiva en la aplicación del Tratado, a través de la cual se expresa el interés de todos los Estados en la aplicación efectiva de todas las disposiciones reconocidas en el acuerdo, reafirmando el carácter procedimental *erga omnes* de sus disposiciones”. Por su parte, OCHOA RUIZ (2004) nos

Convención sobre los Derechos del Niño presentar una queja contra otro Estado parte en la misma, si consideran que este segundo Estado no está cumpliendo con las obligaciones que le impone el Tratado internacional (artículo 12).

Efectivamente, tal y como establece la doctrina internacionalista, este mecanismo se caracteriza por estar sometido a una suerte de doble llave facultativa en tanto recae sobre los Estados partes la carga de hacer una declaración adicional a su manifestación de voluntad reconociendo la competencia del Comité para proceder a tales efectos. Sobre la dualidad del carácter facultativo del procedimiento se establece que el órgano ginebrino “no admitirá comunicaciones que se refieran a un Estado parte que no haya hecho esa declaración”, ni las “procedentes de un Estado parte que no la haya efectuado” (Riquelme Cortado, 2014, p.33).

Si bien es cierto que el Protocolo facultativo del año 2011 regula esta posibilidad, no debe obviarse la infrautilización que de esta vía se ha venido realizando a lo largo del tiempo³⁵. Ha tenido que aguardarse hasta el año 2018 para que, por vez primera en la historia, se presentaran dentro del sistema de mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, tres comunicaciones interestatales, concretamente frente al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -.

Las principales razones que explican el por qué este mecanismo no ha sido empleado hasta una fecha tan reciente son de diversa índole. En primer lugar, obedece a motivaciones de carácter político, como el temor a que el mecanismo pueda convertirse en arma arrojada en manos de los Estados. En segundo término, también existen argumentaciones de carácter más bien técnico que disuaden del empleo de este mecanismo. Para empezar, en la mayoría de instrumentos de derechos humanos - no

presenta un análisis exhaustivo de la génesis de este tipo de mecanismos de reclamaciones interestatales aplicados a tratados de protección de derechos humanos.

³⁵ Entiende SSENJONJO (2010, p.83), que a pesar de que este mecanismo no sea particularmente utilizado en la práctica, su mera previsión dota a la diplomacia internacional de una herramienta muy útil.

siendo la Convención sobre los Derechos del Niño una excepción – se configura esta posibilidad como meramente facultativa – a través de cláusulas *opting* o *contracting in* –, habiendo sido en general escasamente aceptada por los Estados. Por si ello fuera poco, el mecanismo está trabado por múltiples obstáculos procesales: el principal, agotar los recursos internos del Estado presuntamente infractor antes de presentar la reclamación en el plano internacional. Por último, los resultados que se prevé que se alcancen una vez concluido el procedimiento son extremadamente débiles. De no lograrse en algún momento del procedimiento una solución amistosa entre las partes enfrentadas³⁶, el Comité de los Derechos del Niño debe limitarse a redactar un informe en el que se recoja un resumen de los hechos acaecidos y se detallen las recomendaciones dirigidas al Estado parte infractor, las cuales no son de obligado cumplimiento para los mismos. En definitiva, existe un alto riesgo de que, una vez utilizado este instrumento, se genere o acreciente una tensión entre Estados, sin que los resultados obtenidos a cambio sean tangibles en favor de los individuos.

III. Investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas

Por último, apuntar que el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño – artículo 13 – prevé la posibilidad de iniciar, de oficio, un procedimiento de investigación, si el Comité de los Derechos del Niño recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención y/o en sus Protocolos facultativos sustantivos.

El Protocolo dispone el carácter obligatorio de la investigación de no mediar una expresa declaración de exclusión (*opting out*), que los Estados partes podrán formular en el momento de firmar, ratificar o adherirse al mentado instrumento internacional.

³⁶ Este desacuerdo entre dos Estados tratará de ser resuelto utilizando los buenos oficios o las facultades de conciliación del Comité de los Derechos del Niño, teniendo siempre en cuenta que la solución a la que se llegue habrá de estar basada en el respeto del principio del interés superior del niño/a.

IV. A modo de conclusión

Cumplidos cinco años desde la entrada en vigor del Tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, este mecanismo se enfrenta a diversos desafíos, del éxito con que se resuelvan dependerá su futura eficacia y consolidación.

Así, a modo de conclusión, presentamos aquellos desafíos que entendemos deben ser abordados de manera prioritaria.

En primer término, debe promoverse el aumento de las declaraciones de aceptación por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Curiosamente, entre los Estados que no han ratificado o se han adherido a este instrumento internacional se incluyen prácticamente todos aquellos en que los niveles de incumplimiento alcanzan cotas muy elevadas, lo que implica que buen número de vulneraciones sufridas por los niños, niñas y adolescentes quedan fuera del ámbito de actuación del Comité de los Derechos del Niño.

En segundo lugar, este procedimiento no es lo suficientemente conocido por parte de la ciudadanía en general y de las presuntas víctimas, reales o potenciales, en particular. No deja de ser llamativo que no se haya presentado ninguna comunicación en relación a ciertos países que han aceptado el procedimiento de comunicaciones – al menos, el individual – y que son evidentes infractores de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, tal y como atestiguan los informes periódicos examinados por el propio Comité de los Derechos del Niño. Por el contrario, las quejas se focalizan con respecto a algunos Estados, particularmente España y Bélgica, y sobre ciertas temáticas muy específicas, lo que nos lleva a pensar que estas denuncias son auspiciadas por un mismo equipo de juristas. Todo ello parece evidenciar que la posibilidad de hacer uso de este mecanismo cuasi-jurisdiccional ha sido escasamente difundida entre la población. Sumar a lo anterior, la escasa visibilidad con la que ya de por sí cuenta el Comité de los Derechos del Niño.

En tercer lugar, tratar de buscar la forma de agilizar los procedimientos. El Comité de los Derechos del Niño no funciona de manera permanente, sino que se va

reuniendo de forma discontinua, y además tiene otras funciones asignadas. Todo ello se traduce en una ralentización de las investigaciones y en la emisión de los dictámenes. Unir a lo apuntado que si el número de comunicaciones va en aumento durante los próximos años, y esa parece ser la tendencia, la capacidad de respuesta del órgano ginebrino será aún más lenta. Está por ver si el establecimiento de los grupos de trabajo y relatores sobre nuevas comunicaciones en el seno del Comité se tornará en una respuesta eficaz a la problemática descrita³⁷.

En cuarto lugar, incidir en el cumplimiento de las recomendaciones. El Comité debe mejorar su capacidad de persuasión para lograr que los Estados apliquen en todos los casos sus dictámenes. La solución prevista en el Protocolo - artículo 11 -, de solicitar una respuesta al Estado en el mismo texto del dictamen y fijar un plazo para proporcionarla, seis meses como máximo, y, en su caso, solicitar al Estado información sobre el cumplimiento del dictamen en su siguiente informe periódico, se nos antoja del todo insuficiente.

En quinto lugar, mejorar la coordinación entre los diferentes mecanismos de comunicaciones.

Por último, clarificar el valor de la jurisprudencia de las resoluciones emitidas por el Comité.

Bibliografía

- BECO (DE), Gauthier (2013) "The optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: good news?", *Human Rights Law Review*, Vol. 13, N° 2.
- BELORGEY, Jean Michel (2011) "La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité Européen des Droits Sociaux: esquisse d'un bilan", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, N°. 88..

³⁷ Estos mismos problemas ya fueron enfatizados por Smith, Lucy (2009) "Monitoring CRC", en Alfredsson, Gudmundur y Grimheden, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden: Martinus Nijhoff.

- BEKKER, Gina (2013) "The protection of asylum seekers and refugees within the African regional human rights system", *African Human Rights Law Journal*, Vol. 13, N° 1.
- CARDONA LLORENS, Jorge (2012) "La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N° 2.
- CARLSON, Scoot y GISVOLD, Gregory (2003) *Practical guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Transnational Publishers.
- CARMONA LUQUE, María del Rosario (2012) "Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N° 2.
- CARMONA LUQUE, María del Rosario (2011) *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Ed. Dykinson.
- ERDEM TÜRKELLI, Gamze, VANDENHOLE, Wouter y VANDENBOGAERDE, Arne (2013) "NGO impact on Law-Making: The case of a complaints Procedure under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 5, N° 1.
- LANGFORD, Malcolm y CLARK, Sevda (2011) "A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the second draft", *Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo*.
- LANGFORD, Malcolm y CLARK, Sevda (2010): "A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the first draft", *Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo*.
- LANGFORD, Malcolm y CLARK Sevda (2010): "The new kid on the block. A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child", *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 28, N°. 3-4.
- LASO PÉREZ, Javier (2014) "Instrumento de ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2.
- OCHOA RUIZ, Natalia (2004): *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid: Ed. Civitas.
- PHILIPS, Charlotte (2013): "Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure", *International Association of Youth and Family Judges and Magistrates*, Enero.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2018): “El defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina. De dónde venimos, para saber hacia dónde vamos”, *La Ley*, N° 2000.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2017) “El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 15, N° 1.
- RIQUELME CORTADO, Rosa (2014) “Entrada en vigor de los Protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a un procedimiento de comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 6, N° 2.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume (2013) “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, en BONET PÉREZ, Jordi y SAURA ESTAPÀ, Jaume (eds.): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHMIDT, Marcus (2009): “Follow-up activities by UN Human Rights Treaty Bodies and special procedures mechanisms of the Human Rights Council. Recent developments”, en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff.
- SMITH, Lucy (2009): “Monitoring CRC”, en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff.
- SMITH, Rhona (2010) “The United Nations Human Rights System”, en BADERIN, Mashood y SSENJONJO, Manisuli (eds.): *International Human Rights law. Six decades after the UDHR and beyond*. Surrey, Ashgate.
- SSENJONJO, Manisuli (2010) “Economic, social and cultural rights”, en BADERIN, Mashood y SSENJONJO, Manisuli (eds.): *International Human Rights law. Six decades after the UDHR and beyond*. Surrey, Ashgate.
- YOUNG, Katharine (2008) “The minimum core of economic, social and cultural Rights”, *Yale Journal of International Law*, N°. 33, pp. 113-177.
- ZAYAS (DE), Alfred (2009) “Petitions before the United Nations Treaty Bodies: focus on the Human Rights Committee’s Optional protocol”, en ALFREDSSON, Gudmundur y GRIMHEDEN, Jonas (eds.) *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller*. Leiden, Martinus Nijhoff.

Otras fuentes

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/17/36, de 25 de mayo de 2011, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), A/HRC/WG.7/2/4, de 18 de enero de 2011, Propuesta revisada de proyecto de protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), A/HRC/WG.7/2/3, de 13 de octubre de 2010, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la propuesta de Proyecto de Protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), A/HRC/WG.7/2/2, de 4 de octubre de 2010, Propuesta de proyecto de protocolo facultativo preparada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), A/HRC/13/43, de 21 de enero de 2010, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016): *Observación General N°. 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, de 6 de diciembre de 2016* - Documento CRC/C/CG/20 -.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013): *Observación General N°. 14. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29 de mayo de 2013* - Documento CRC/C/CG/14 -.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), *Observación General N°. 12, el derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009, - CRC/C/CG/12 -.*

El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos. Especialidades procesales en las causas con niñas y niños víctimas de violencia*

The right of children and adolescents to be heard. Procedural specialties in cases involving children victims of violence

Por Dra. Blanca Sillero Crovetto**

Fecha de recepción: 24/07/2019

Fecha de aceptación: 06/08/2019

Resumen: Desde el reconocimiento de los niños como sujetos autónomos, se aborda en el ordenamiento jurídico español el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y cuando son víctimas de violencia, es necesario exigir que las garantías procesales se respeten en todo momento y lugar. Todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por el interés superior; además hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial, en función de lo que exijan las circunstancias.

Palabras clave: Derecho del niño a ser oído, violencia, proceso, víctima.

Abstract: From the recognition of children as autonomous subjects, the spanish law approaches the right of children and adolescents to be heard and express their opinion freely in all matters that affect them and, when they are victims of violence, it is required that procedural guarantees are respected at all times and places. All decisions taken must obey the main purpose of protecting the child, safeguarding his

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Comportamientos basados en el discurso del odio" (DER 2017-84178-P) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cuya IP es la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello.

** Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga (bsillero@uma.es).

subsequent development and ensuring their best interests; besides, care must be taken to ensure that the intervention is the least harmful, depending on what the circumstances require.

Keywords: right of children to be heard; violence; judicial process; victim.

Sumario: I. Introducción. II. Niños y niñas víctimas de violencia. III. La denuncia y declaración del menor víctima en sede policial. IV. Declaración del menor en sede judicial: 1. El ofrecimiento de acciones y asistencia jurídica gratuita; 2. Posible exención del deber de declarar. V. Declaración del menor en la fase del juicio oral. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

La preocupación por la infancia aparece en declaraciones y convenios internacionales desde principios del siglo XX, pero hasta 1989 no se dio el salto cualitativo que implica aprobar un texto normativo de vocación universal. Dicho texto, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990².

Este nuevo marco jurídico-social se proyecta en España en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (en adelante Ley Orgánica 1/1996), que en su Exposición de Motivos se refiere a los niños “como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

¹ En este trabajo se utilizan indistintamente los términos “menor”, más común en el ordenamiento jurídico español, y “niños” “niñas” y “adolescentes” frecuentes en el ordenamiento internacional.

² El elevado número de Estados parte resulta muy expresivo del amplio consenso que suscita la idea de que los derechos de los niños han de ser un objetivo común y primordial de la humanidad, en Defensor del Pueblo, (2014) “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Madrid, mayo, pág. 9.

El artículo 12 CDN constituye una de las aportaciones más relevantes al derecho internacional de los derechos humanos y a una concepción del niño como sujeto de derechos. Supone una transformación del enfoque tradicional, que atribuye a los niños el papel de receptores pasivos de los cuidados y atenciones de los adultos –que serían los encargados de adoptar por sustitución las decisiones de mayor relevancia en aquello que les concierna-, para reconocerlos como protagonistas activos y, por tanto, llamados a participar en todo proceso de adopción de tales decisiones. El niño, pasa a ser contemplado como un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez.

De este enfoque parte el Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo doctrinal del artículo 12, a través de la Observación General 12 (2009), dedicada al derecho del niño a ser escuchado. Establece el artículo 12 CDN que:

“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”³.

El derecho del menor a ser oído y escuchado fue objeto de reforma en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley Orgánica 8/2015), realizando una diferenciación, entre el derecho a ser oído y escuchado y estableciendo la obligación de dar a la opinión del niño el peso que la

³ El Comité de los Derechos del Niño destaca de este precepto, que debe considerarse “como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del menor, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”, Parágrafo 2 de la Observación General 12.

misma merezca atendiendo a su edad y madurez, lo que hace que se logre el objetivo de una mayor consonancia con lo establecido en la CDN (Sánchez Hernández , 2017, p.98).

Dispone el artículo 9.1 Ley Orgánica 8/2015, lo siguiente:

“1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no

tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

El derecho de los niños a ser escuchados está 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 de decisiones que le afecten, artículo 3 CDN. Como el propio Comité afirma, los artículos 3 y 12 de la Convención tienen funciones complementarias de modo que el primero no puede ser correctamente aplicado si no se cumplen los requisitos del segundo. No es posible determinar correctamente el mejor interés del menor sin respetar los elementos de su derecho de ser escuchado. Del mismo modo, el interés superior del menor exige el respeto a su papel esencial en todas las decisiones que afecten a su vida⁴.

Al igual que con el artículo 12 de la Convención, el párrafo primero del artículo 3 ha sido objeto de una Observación General en la que se desarrolla y contextualiza el alcance de este precepto. La Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño (Liebel, 2015, p.43-61).

El análisis de esta Observación permite ofrecer algunos parámetros sobre el concepto de “interés superior del niño”:

- La Convención parte de un principio radical: el interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda

⁴ Observación General 12, párrafo 74.

al criterio de los Estados⁵.

La trascendencia de este principio lleva a que el artículo 11.2.a), de la Ley Orgánica 1/1996, lo considere uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, así como en múltiples normas internas.

- Se trata de un concepto complejo y no unívoco, que debe determinarse caso a caso. El comité alude a que se trata de un concepto “flexible y adaptable [...] teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”⁶ y nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 55/1996, 28 de marzo, se refirió como una “zona de incertidumbre o penumbra”. Es por ello que los cambios introducidos en la Ley Orgánica 1/1996, por la Ley Orgánica 8/2015, desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, modificando para ello el artículo 2 y, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos se define el concepto de interés superior desde un contenido triple. “Por una parte es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de tomar una decisión. Por otra parte, es un principio general interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.
- A la dificultad intrínseca que implica la determinación del superior interés del menor en cada caso se le une el riesgo de abuso del mismo por parte de

⁵ Afirma el Comité que “si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar”, Observación General 14, párrafos 6 y 37.

⁶ Observación General 14, párrafo 32.

autoridades, padres o tutores, o por profesionales, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea. El deber de escuchar la opinión del niño es una garantía frente a este riesgo⁷.

- En este sentido ya el Tribunal Constitucional en sentencia 141/2000, de 29 de mayo,, afirmó que: “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padre o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, al que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño” (Rivero Hernández, 2000, p.245-299).
- Para garantizar el derecho del menor a ser escuchado, la atención debida a su opinión, así como su superior interés, todas las personas con responsabilidades en estos procesos han de disponer de una formación específica en habilidades para el trato de menores.
- Los tribunales de justicia son directamente invocados entre las autoridades a las que incumben una especial obligación de dar satisfacción al interés superior del niño en todas las decisiones que adopten.

En la reciente Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia 64/2019, de 9 de mayo de 2019, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona⁸, respecto de la constitucionalidad del artículo 18.2.4 de la Ley

⁷ Observación General 14, parágrafo 34.

⁸ El Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia 14 de Barcelona, Xabier Abel Lluch, planteó la cuestión de inconstitucionalidad, por “las muchas dudas que se desprenden del nuevo artículo 18.4 Ley de jurisdicción voluntaria, pues se plantea una colisión entre el derecho a la intimidad del menor (artículo 18 CE) y el derecho de la defensa del letrado (artículo 24 CE), amén de que la ley de Jurisdicción Voluntaria rompe con la tradición jurídica precedente –y no modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil- y tampoco otorga al juez una facultad de soslayar en el acta las manifestaciones que afecten a la intimidad del menor y puedan ocasionar un conflicto de lealtades con sus progenitores”, en “La confidencialidad de la audiencia del menor”, *Diario La Ley*, nº 9148, 20 de mayo de 2019. (Clavijo Suntura, 2018)

15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que regula la forma como debe documentarse la exploración de menores, el Pleno ha desestimado por unanimidad la cuestión inconstitucional planteada.

La sentencia, redactada por el Magistrado Ponente Fernando Valdés-Dal-Ré, señala que el contenido de dicho precepto es constitucional porque no vulnera el derecho a la intimidad de los menores.

Recuerda el Tribunal que “El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (CDN). Como detalla la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al “interés superior del niño”, y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor.

Sentada esta premisa, debe constatar que el art. 18.2.4ª de la Ley 15/2015, al regular la audiencia del menor de edad, no hace otra cosa que incorporar una norma de obligada observancia a los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a sus intereses.

El acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser “oído y escuchado”, entre otros

ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Este derecho, introducido por primera vez en el art. 12.2 CDN, figura asimismo en el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante Instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992; y, con una fórmula más genérica, en el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a éste y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996).

El derecho del menor a ser "oído y escuchado" forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el

mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7, 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).

Sucede sin embargo que el propio ejercicio de este derecho puede producir afectación a otro derecho fundamental del que es titular el mismo menor de edad: su derecho a la intimidad, protegido por el art. 18.1 CE, y recogido en los arts. 16.1 CDN y 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996. El derecho a la intimidad, según ha reiterado la STC 58/2018, de 4 de junio, “tiene por objeto ‘garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida’ (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7)” (FJ 5).

La interrelación entre ambos derechos se aprecia con claridad en el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996, al fijar como regla general, aplicable a toda comparecencia o audiencia de los menores en los procedimientos judiciales, que la misma debe realizarse cuidando de preservar su intimidad.

Toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre ambos derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor: “todos los poderes públicos –incluido el judicial– deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad” (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5). Bien refleja este principio la citada Ley Orgánica 8/2015, que en su exposición de motivos destaca su importancia: “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar

de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial". Dispone en consecuencia el reformado art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996:

“En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.

En definitiva, el interés superior del niño, se concretiza, en materia de capacidad en el ejercicio progresivo de sus derechos y dentro de éstos está el ser oídos y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta. Este derecho a que su opinión sea tomada en cuenta se entronca con derecho al debido proceso, donde uno de los elementos esenciales lo constituye el derecho a la defensa, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída, comprendiendo en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que le afecten (De la Torre Vargas, 2018, p.135).

II. Niños y niñas víctimas de violencia

En España en el año 2017 según la estadística oficial del Ministerio del Interior:

- 38.433 personas menores de edad fueron víctimas de algún ilícito penal, frente a las 37.495 del año anterior.

- Las víctimas menores de edad suponen el 47,6% de todas las víctimas. - 4.542 menores de edad, fueron víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en

2017. Los más comunes contra ellos son, según las cifras de 2017, el abuso sexual (2.086); el exhibicionismo (495), la agresión sexual (443), la corrupción (433) y el abuso sexual con penetración (258).

- El 78% de los menores de edad víctima de estos delitos son niñas.

El número de casos de violencia contra la infancia registrados en el año 2017 por el teléfono de ayuda a la infancia y a la adolescencia de la Fundación ANAR fue de 6175 casos. Y también con los datos de esta Fundación, en el periodo 2009 a 2016 muestran un aumento espectacular del número de casos por violencia de cualquier tipo, multiplicándose por 4 en este periodo de tiempo.

7 menores de edad fueron asesinados por causa de violencia de género a lo largo de 2017.

Según el informe de Save the Children "Yo a eso no juego", en España, el 9,3% del alumnado considera que ha sufrido acoso en los últimos dos meses y un 6,9% se considera víctima de ciberacoso.

Los delitos que sufren los menores son más graves, más violentos y por tanto les afectan en mayor medida tanto a nivel personal, como social y relacional. Es preciso impulsar nuevas acciones dirigidas al conocimiento, a la prevención y a la solución del maltrato infantil, mediante la mejora de los protocolos y de los sistemas de trabajo interprofesional (Panchón Iglesias, 2003, p.46). El maltrato infantil y la violencia cotidiana que sufren niños, niñas y adolescentes son factores que influyen negativamente y de manera determinante en el desarrollo de sus destrezas y capacidades físico-mentales, genera condiciones de inseguridad e impide un correcto desarrollo en el ámbito social, lo que reduce según Villagrasa (2015, p.27) las posibilidades de interrelación con su entorno. Además, muchos niños, niñas y adolescentes desconocen que son sujetos de derechos.

En todas las actuaciones judiciales, como ya se ha puesto de manifiesto primará siempre el interés superior del niño como así lo declara el artículo 3.1 de la CDN.

La Observación General nº 13 (2011) sobre el "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", del Comité de los Derechos del Niño en su párrafo

54 dispone respecto de la intervención judicial, que: “Las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar. En particular, todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por el interés superior; además hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial, en función de lo que exijan las circunstancias”.

El Comité de los Derechos del Niño y respecto de las autoridades judiciales indica que deberán prestar especial atención a las siguientes salvaguardias:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión⁹.
- La determinación de los hechos. Para establecer los hechos y la información pertinente resulta necesario acudir a profesionales, personas cercanas al niño y testigos¹⁰.
- La percepción del tiempo. Los niños y los adultos no comparten la misma percepción del paso del tiempo, por lo que procesos de toma de decisiones que se demoran tienen para su desarrollo una particular incidencia de carácter adverso. Ello lleva al Comité a reclamar que se dé prioridad a estos procesos y que su tramitación sea ágil¹¹.
- Profesionales cualificados. Se abunda en la necesidad de intervenciones interdisciplinarias, dada la heterogeneidad de las características y necesidades de los niños¹².
- La representación letrada. El Comité reclama que los niños dispongan de abogados que atiendan específicamente a sus intereses en los procedimientos judiciales y administrativos¹³.
- La argumentación jurídica. “A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión [...] debe estar motivada, justificada y explicada.

⁹ Observación General 14, párrafos 89-90.

¹⁰ Observación General 14, párrafo 92.

¹¹ Observación General 14, párrafo 93.

¹² Observación General 14, párrafo 94.

¹³ Observación General 14, párrafo 96.

En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hechos referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del menor..."¹⁴.

En nuestro Derecho el deber de motivación de las sentencias es una exigencia constitucional, artículo 120 de la Constitución que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva.

- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones, además de la existencia de vías de recursos, tales mecanismos deben estar a disposición de niño "que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de sus representantes jurídicos"¹⁵.

Por otra parte, existe un concepto que gira en la mente del legislador y de los actores del proceso que va unido al de la víctima y que cobra especial significado cuando se trata de menores que han sido víctimas de delitos y es el de *victimización secundaria*. Es decir no sólo hay que tener en cuenta el daño que produce el delito en la víctima sino todo lo que va a venir a continuación, pues puede verse agravado ese perjuicio inicial, si bien no causado intencionadamente por los profesionales, sí a causa de la reiteración de la declaración en sede policial y judicial, el largo transcurso del tiempo desde que se inicia el proceso hasta que acaba con una sentencia definitiva y la falta de especialización de los profesionales que tratan con la víctima.

Son muchas las medidas a adoptar para evitar esa victimización:

- Los procedimientos en materia de protección de menores víctimas de violencia deben tener carácter preferente y se deben agilizar las causas judiciales cuando hay menores implicados, especialmente cuando se trate de víctimas de violencia y más en los casos de violencia sexual.

- Se debe procurar que la intervención en el proceso del menor sea lo menos perjudicial posible, en función de los que exijan las circunstancias y en la medida de lo posible, la intervención judicial debe ser de carácter preventivo.

¹⁴ Observación General 14, parágrafo 97.

¹⁵ Observación General 14, parágrafo 98.

- Las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar. En particular, todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al menor, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior y el de otros menores.

¿Con qué legislación contamos en esta materia en el ordenamiento jurídico español?

Para centrar a la cuestión es imprescindible que hagamos un repaso de la legislación donde se contienen todas y cada una de las especialidades procedimentales de todas aquellas causas con menores víctimas. Y la primera impresión que nos provoca es la dispersión normativa que hay sobre la materia, la insuficiencia de normas y sobre las que hay surge la necesidad de aglutinarlas en una sola norma que proteja de manera integral a estos menores que sufren la violencia acarreada de los delitos.

- Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

A pesar de los avances importantes que en la protección contra cualquier forma de violencia han supuesto estas normas, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2010, recomendó a nuestro país que se aprobase una ley integral sobre la violencia contra los niños, parecida a la aprobada contra la violencia de género, que garantizase la reparación de sus derechos y unas normas de atención mínima en las diferentes Comunidades Autónomas. Comité que volvió a recomendar que se agilizase la adopción de la ley integral sobre la violencia contra los niños tras su examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018.

Teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, así como los compromisos internacionales que se derivan de los Convenios adoptados en

el Consejo de Europa, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 26 de junio de 2014, acordó la creación de una Subcomisión de estudio para abordar el problema de la violencia sobre los niños y las niñas. La Subcomisión adoptó ciento cuarenta conclusiones y propuestas que dieron lugar a la Proposición No de Ley, por la que se insta al Gobierno, en el ámbito de sus competencias y en colaboración con las Comunidades Autónomas, a iniciar los trabajos para la aprobación de una Ley Orgánica para erradicar la violencia contra la infancia.

El 8 de enero de 2019, los Ministerios de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Justicia e Interior aprobaron un Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, que en caso de aprobación supondrá la modificación de la legislación referida, partiendo de que la Ley tiene por objeto el respeto de la dignidad, la libertad e igualdad de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos fundamentales garantizando el libre desarrollo de su personalidad en un entorno libre de violencia. Supera así la ley, las medidas de protección frente a la violencia sobre la persona menor de edad entendidas como acción administrativa con una aproximación basada en el respeto a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, a quienes se concibe en todo momento como titulares de derechos subjetivos. En este sentido dispone el artículo 1:

“1. La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a la integridad física, mental y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la concienciación, la prevención, la detección, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

II. *A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o moral, sea cual fuera su forma de comisión, incluida la realizada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

En todo caso se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, las agresiones y los abusos sexuales, la corrupción, el acoso escolar, la violencia de

género, la mutilación genital femenina, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio infantil, así como los actos de omisión producidos por las personas que deben ser garantes de la protección de las personas menores de edad”.

III. La denuncia y declaración del menor víctima en sede policial

¿Pueden los menores de edad por sí mismos denunciar sin la necesidad de estar acompañados de un adulto?, interrogante de gran relevancia, cuando la mayoría de los delitos que sufre el menor son cometidos por alguien de su entorno familiar más próximo.

La denuncia policial en puridad de conceptos no es un acto propiamente procesal, por lo que podríamos admitir la posibilidad que se sostiene, entre otros por el Defensor del Pueblo de abrirle la puerta a la denuncia verbal que será redactada por la policía y firmadas por el que lo transcribe y el denunciante¹⁶.

Que el menor tiene derecho a ser oído, lo garantiza el artículo 9 Ley 1/1996, de nueva redacción en 2015, en el que se garantiza el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación. Se garantiza el ejercicio de este derecho por sí mismo o a través de sus representantes, y si se deniega la audiencia al menor se tendrá que hacer mediante resolución motivada.

La Instrucción 1/2017, de 21 de abril de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores” en su artículo 5.2 dispone que “Los menores de edad víctimas o testigos de delito ostentan legitimación para interponer denuncia ante los agentes policiales sin necesidad de la presencia de quienes ejerzan su patria potestad o tutela” y además “cuando denuncien sin la presencia de sus representantes legales, los agentes que la reciban podrán poner en conocimiento la denuncia a aquellos, considerando el propio interés del menor y también, si se aprecia una posible situación de desamparo, en conocimiento del Fiscal”.

¹⁶ En el “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...”, *op. cit.* pág. 32.

Realizada la denuncia por el menor o por su representante hay que iniciar lo que se puede convertir en un calvario para el niño/niña que es el relato pormenorizado de los hechos, lo que es el inicio de la victimización secundaria (Diez Riaza y Gisbert Pomata, 2017, p.299). Por ello las claves de cómo han de realizarse la exploración de menores víctimas de delitos en sede policial, siguiendo la instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad y en consonancia con lo establecido en el artículo 21 del Estatuto de la Víctima de Delito se pueden concretar en los parámetros siguientes:

- El interés del menor y la eficacia del procedimiento.
- Funcionarios especializados en tratamiento policial de menores.
- Valoración de la práctica o no de la exploración.
- Acompañamiento del menor.
- Grabación y realización en salas adecuadas.
- En caso de dudas acerca de la minoría de edad deberá presumirse la minoría.

A los funcionarios de policía les corresponde realizar las primeras actuaciones preventivas para evitar la reiteración del delito y para la protección de la víctima en la fase de investigación policial hasta que se dé traslado a la autoridad judicial (Diez Riaza y Gisbert Pomata, 2017, p.302).

El capítulo IX del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia, se centra en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y consta de dos artículos, 46 y 47. El primero de ellos asegura que todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en todos sus niveles (estatal, autonómico, local), dispongan de unidades especializadas en la prevención y detección de situaciones de violencia sobre personas menores de edad y preparadas para una correcta y adecuada actuación en tales casos¹⁷.

El artículo 47 establece cuáles han de ser los criterios de actuación policial en caso de violencia contra la infancia y la adolescencia, la cual debe estar presidida por el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por la consideración de

¹⁷ Artículo 46.

su interés superior. Sin perjuicio de los protocolos de actuación a que están sujetos los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la ley recoge una relación de criterios de actuación obligatorios, cuya principal finalidad es lograr el buen trato al niño, niña o adolescente víctima de violencia y evitar la victimización secundaria.

Entre esos criterios de actuación obligatorios, es especialmente relevante la obligación de evitar con carácter general la toma de declaración a la persona menor, salvo en aquellos supuestos que sea absolutamente necesaria. Lo que es coherente con la reforma que se propone de la LECrim, por la que como veremos se pauta como obligatoria la práctica de prueba preconstituida por el órgano instructor. Con la finalidad última de que la persona menor de edad realice una sola narración de los hechos, en una única ocasión, ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo hagan ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento¹⁸.

IV. Declaración del menor en sede judicial

Si como es de desear el inicio de las actividades instructoras del juez son inmediatas tras la denuncia, lo que nos interesa en palabras de Diez Riaza y Gisbert Pomata (2017, p.303) es analizar cómo se ha de desarrollar la declaración del menor en sede judicial, iniciado el proceso y si esta se puede y/o debe configurarse como prueba preconstituida.

1. El ofrecimiento de acciones y asistencia jurídica gratuita

Dispone el artículo 109 de la LECrim que en el mismo acto en el que el juez recibe la declaración del ofendido del delito, es el letrado de la Administración de Justicia o personas en las que delegue que estén especializadas en la asistencia a las víctimas, los que le mostrarán su derecho a constituirse en parte en el proceso así como renunciar o no la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible y demás derechos recogidos en la ley.

¹⁸ Artículo 47.

Además, se añade a partir del 2015, un párrafo segundo en el que si el ofendido fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, se practicará igual diligencia con su representante legal o la persona que le asista¹⁹.

2. Posible exención del deber de declarar

¿Debe el menor debe ser informado por el juez instructor y por tanto acogerse a la exención del deber de declarar contenido en el artículo 416 LECrim que afecta a los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil? Exención que tiene su base en el artículo 24.2 de la Constitución Española que establece que “La ley regulará los casos, en que por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos”.

En el Estudio realizado por el Defensor del Pueblo sobre la escucha del menor en 2015, se advierte que por regla general al menor no se le informa expresamente de que no está obligado a declarar contra ciertos familiares lo que podría poner en tela de juicio la declaración del menor en el proceso y, por tanto, su eficacia procesal²⁰.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 699/2014, de 28 de octubre, en la que se da por válido el testimonio de un menor al que no se le advirtió que podía no declarar contra su padre que era el autor de los abusos cometidos contra él, entiende el Tribunal Supremo que “la exención del deber de declarar en ciertos supuestos no se configura

¹⁹ Será la policía judicial quien cumpla con este deber de información a la víctima, como se prevé en el artículo 771.1 LECrim, hasta que pasen a sede judicial. Además deberán ser informados de que por el solo hecho de ser víctimas de abuso y maltrato, menores de edad, gozan del derecho de asistencia jurídica gratuita como lo dispone la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en el apartado g del artículo 2, con independencia de la existencia o no de recursos para litigar. Derecho que se adquiere cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

²⁰ *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo* (2015), Defensor del Pueblo, Madrid, mayo, pág. 60.

como una garantía para el procesado sino que es una garantía para la víctima, por ello no se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado”.

El Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 94/2010 de 15 de noviembre, y respecto de la falta de información al testigo de la exención del deber de declarar, considera que “no supone ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una potestad de los testigos en beneficio de ellos”²¹.

No debemos olvidar de la madurez del menor, para determinar quien deba ser el receptor de la información sobre el derecho que le asiste al menor, y en su caso quien deba ser el que lo ejercite, el menor o su representante legal. El Tribunal Supremo, en este sentido ha afirmado que “no hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esta habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según su juicio ponderativo que deberá efectuar el juzgador. Los artículos 162.1 Código civil y 9 de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento”²².

El Anteproyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia contempla una disposición final tercera de modificación de la ley

²¹ Se afirma que “el Tribunal supremo en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los artículos 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el artículo 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien se admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”.

²² STS Sala Segunda, 699/2014, de 28 de octubre.

de Enjuiciamiento Criminal por la que introduce en el artículo. 416 LECrim dos importantes novedades:

1. Una norma específica sobre el ejercicio por parte de las personas menores de edad o con discapacidad del derecho de dispensa de la obligación de declarar en las causas penales seguidas contra sus parientes cercanos. Con ello se trata de colmar una laguna existente en nuestro derecho y se da una pauta clara y homogénea de actuación al órgano instructor. Se atribuye la decisión al representante legal de la persona menor de edad o con discapacidad, salvo en el supuesto de que exista un conflicto de interés entre ambas, en cuyo caso corresponde decidir al Ministerio Fiscal, En todo caso, la persona menor de edad o con discapacidad debe ser oída en relación a sus deseos y a su voluntad de participar o no en el proceso penal seguido contra su familiar. De este modo, se respeta el derecho de la persona menor de edad de participar en el proceso de determinación de su interés superior.
2. Se introduce una excepción en la dispensa de la obligación de declarar de los parientes de la persona investigada. Estas personas no podrán acogerse a la dispensa cuando la víctima del delito sea una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección que se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar. Con ello se sitúa en primer término el principio de interés superior del menor.

Quedaría redactado el artículo 416 como sigue:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

- a) *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil*

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las

manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

Tratándose de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, corresponderá a sus representantes legales decidir si ésta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y otro caso, se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente.

Las personas mencionadas en este apartado no podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar en el caso de que la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección que se halle sujeta a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar.

b) El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

c) Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación”.

Destacada es, también, la novedad de establecer como obligatoria, durante la fase instructora de un procedimiento penal seguido por un delito que atente contra bienes personales de una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, la práctica de la declaración de esa persona como *prueba preconstituida*. Se trata de un mecanismo necesario para evitar la denominada victimización secundaria y para lograr el objetivo de que la persona menor de edad o con discapacidad, no se vea expuesta a narrar de forma reiterada a

lo largo del procedimiento penal los hechos traumáticos que ha sufrido o ha presenciado.

Por otra parte, se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los requisitos básicos para que la prueba preconstituida se considere debidamente practicada por parte del órgano instructor. Se establece la obligación del órgano enjuiciador de tener por válida y suficiente la práctica de la prueba, de manera que no podrá acordar una nueva declaración de la persona en el acto del juicio oral, salvo contadas excepciones.

La práctica de la prueba preconstituida se extiende a aquellos supuestos en que la persona menor de catorce años o la persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir como testigo en el procedimiento penal, a fin de elevar el nivel de protección. Asimismo, se otorga al juez instructor la facultad de practicar prueba preconstituida cuando la víctima o testigo sea una persona mayor de catorce años, pero, por sus circunstancias personales y por el delito cometido, sufra una especial vulnerabilidad.

V. Declaración del menor en la fase del juicio oral

Son muchas las razones que desaconsejan según Diez Riaza y Gisbert Pomata (2017, p.327) la intervención de los menores en el acto del juicio pues esta participación redundaría en la victimización que se quiere evitar en el proceso y el tiempo transcurrido desde que se realizaron los hechos hasta que se produce la declaración desaconsejan su práctica. Razones como la posible contaminación del testimonio por la vulnerabilidad y fragilidad de un menor, su evolución y madurez, nada tiene que ver un niño de 5 años cuando ese mismo niño cumple diez.

Las razones por las que un menor ha de declarar en el acto del juicio son por una parte que no se ha preconstituido la prueba que evita su intervención en la vista, por otra parte por considerarse necesaria su presencia y esta no ha podido suplirse con las grabaciones de sus declaraciones o de haberlas no se han realizado con todas las garantías lo que invalida las mismas.

El artículo 25 del Estatuto de la Víctima dispone una serie de medidas para la protección del menor durante la fase de enjuiciamiento:

- a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- b) Medidas para garantizar que la víctima sea oída sin estar presente en la sala de vistas mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.
- d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, el Juez o Presidente del Tribunal podrán autorizar, sin embargo la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa²³.

Un ejemplo de que la situación ideal debiera ser que el menor no tuviera que declarar en juicio, en tanto que la regla general fuera la preconstitución de la prueba con todas las garantías lo encontramos recientemente en la Audiencia Provincial de Málaga, que en fecha 30 de junio de 2019 ha unificado los criterios para que los menores víctimas de delitos sexuales no tengan que declarar en el juicio y así evitar

²³ En los mismos términos el contenido de los artículos 707 LECrim: "Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos. La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección".

El artículo 681.3 LECrim, protege de manera concreta la intimidad del menor la disponer: "3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares".

daños psicológicos siempre que se hayan grabado sus testimonios en fase de instrucción con todas las garantías procesales. La Presidenta de la Audiencia Provincial de Málaga, Lourdes García Ortiz, ha subrayado que con esta medida se pretende evitar esa victimización doble que se le inflige a un menor que ha sufrido un abuso sexual y protegerlo ante esa especial vulnerabilidad que tiene en casos de esta naturaleza.

García Ortiz ha explicado que cuando se hace una unificación de criterio, los acuerdos se remiten a todos los órganos judiciales para que conozcan su visión. No obstante, estas decisiones "no son vinculantes, pero sí orientativas y sirven para intentar dar más seguridad jurídica en cuanto que la respuesta sea la misma en casos similares"²⁴.

Cada tribunal decidirá de forma individual, pero se pretende que el menor no tenga que revivir y recordar todo lo sucedido, aunque se insiste en la importancia de tomar declaración en fase de instrucción con todas las garantías para poder adoptar esta medida.

Es admisible que se sustituya la declaración del menor por la grabación de su declaración prestada en fase de diligencias previas, cuando sea previsible, con base en un informe psicológico, o ante la creencia fundada del juez o tribunal de que la declaración en el juicio pueda ocasionar al menor daños psicológicos. Para ello será necesario que la declaración de la víctima menor se haya grabado en condiciones que permitan su reproducción en el plenario y que se haya practicado con los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello implica "con la presencia del letrado defensor y del propio investigado" y que se adopten las medidas necesarias para evitar el contacto visual con la víctima²⁵.

²⁴ Estas unificaciones son remitidas posteriormente al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) y a los operadores jurídicos.

²⁵ La Ciudad de la Justicia de Málaga cuenta con una "sala Gesell"²⁵ para mejorar la protección y la privacidad de las víctimas, especialmente de los menores. Esta sala, denominada Gesell en honor a su creador, el psicólogo y pediatra norteamericano Arnold Gesell, consta de dos habitaciones separadas por una pared que cuenta con un cristal de grandes dimensiones que permite la visión y la audición de lo que ocurre en una de ellas desde la otra pero no al revés. Esta sala está a disposición de los juzgados

Si esta situación, que podemos considerar ideal, en tanto que el menor no tuviese que declarar en juicio no fuere posible, compartimos con Diez Riaza y Gisbert Pomata (2017, p. 329), que se deben observar una serie de garantías, aunque no todas estén recogidas en la ley:

1. El juicio en el que el menor deba declarar se señalará en primer lugar, el magistrado o juez dará prioridad a oír la declaración de los niños y niñas víctimas y testigos, con el fin de reducir al mínimo el tiempo de espera durante su comparecencia ante el tribunal.
2. Se debería aportar, antes de la declaración, un informe sobre la valoración del estado emocional del menor en dicho momento y su capacidad para poder declarar. De existir oficinas de atención a la víctima, se deberá informar a la misma a fin de que puedan prestar el auxilio, informes y acompañamiento, tanto al menor como a su familia.
3. Preservar en todo caso la intimidad del menor víctima.
4. Evitar la confrontación visual con el inculpado
5. Evitar formalismos, así como la utilización de un lenguaje amigable.

Como advertíamos, la disposición final tercera del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia introduce un artículo 703 bis en la LECrim con el siguiente contenido:

“Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 448 bis, se haya practicado como prueba preconstituida la exploración de una persona menor de catorce años, de una persona con discapacidad necesitada de especial protección o de una persona mayor de catorce años especialmente vulnerable, se procederá a instancia de parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2 sin que sea necesaria la presencia de la persona explorada.

y tribunales de Málaga para las pruebas testificales de menores y otras personas especialmente vulnerables.

En estos casos, el juzgado o Tribunal enjuiciador no acordará la intervención de la persona explorada en el acto del juicio, salvo, de forma motivada, en el supuesto de que la intervención en la vista de la persona menor de catorce años, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona mayor de catorce años especialmente vulnerable, sea interesada por la representación procesal de ésta. Asimismo, el Juzgado o Tribunal enjuiciador, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 448 bis y cause indefensión a alguna de las partes”.

Se adiciona un apartado 2 al artículo 778, con el siguiente contenido:

“2. Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 703 bis en cuanto a la no intervención en el acto del juicio de la víctima o testigo que sea menor de catorce años, una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona mayor de catorce años especialmente vulnerable, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 448 bis y 777.3”.

VI. Conclusiones

Como ya constató el Defensor del Pueblo, en España, tras el Estatuto de la Víctima de 2015 se cumplen los parámetros internacionales fundamentales en esta materia, sin embargo la falta de medios materiales y recursos humanos son los que realmente impiden llevarlos a la práctica, a lo que se une que la transferencia de competencias a las distintas Comunidades Autónomas en materia de organización y dotación de recursos, puede estar suponiendo una desigualdad en el territorio nacional, en perjuicio del interés superior del menor.

Se deja al exclusivo criterio del juez la suficiencia de juicio del menor o la conveniencia de realizar determinadas actuaciones, cuando se deberían establecer como preceptivos los informes periciales psicológicos para ayudar al juez en un juicio más adecuado.

No existen apenas criterios de valoración de las declaraciones de los menores de edad y deberían establecerse reglas mínimas en la ley que ya ha desarrollado la jurisprudencia.

Se tiene que reducir el número de declaraciones, y si pudiera ser una sola mejor y en sede judicial preconstituyendo prueba con todas las garantías procesales para ambas partes

Como decíamos al principio, sólo poco más de una docena de artículos dispersos contemplan al menor víctima, lo que nos reafirma en la necesidad de unas normas procesales concretas dentro de una futura ley integral que contenga la efectiva protección de la infancia como víctima de delitos.

Bibliografía

- CLAVIJO SUNTURA, J. Harry (2018) "La participación del menor en la audiencia de exploración", *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 25, enero.
- DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2018) "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho (UCUDAL)*, nº 18, diciembre.
- DÍEZ RIAZA, Sara y GISBERT POMATA, Marta (2017) "La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia", en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), España: Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- LIEBEL, Manfred (2015) "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de sus facultades", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49.
- LLUCH, Xavier Abel (2019): "La confidencialidad de la audiencia del menor", *Diario La Ley*, nº 9148, 20 de mayo.
- PANCHÓN IGLESIAS, Carme (2003) "La protección de la infancia", en VILLAGRASA ALCAIDE C (Coord.) *Nuevas Tecnologías de la Información y Derechos Humanos*, Barcelona: CEDES.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000) "Límites de la libertad religiosa y de las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141(2000, de 29 de mayo)", *Derecho Privado y Constitución*, número 14, enero-diciembre.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2017) *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2015) "Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, pp. 17-41

Otras fuentes

- DEFENSOR DEL PUEBLO, (2014) *“Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”*, Madrid.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2015) *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2018) *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2017*, Madrid.
- UNCRC (1989) Convención sobre los Derechos del Niño.
- UNCRC (2009) Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12: el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12).
- UNCRC (2011) Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13).
- UNCRC (2013) Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/14)

El Protocolo de La Haya de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, un importante instrumento para la prestación transnacional de alimentos

The 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, an important instrument for the transnational provision of maintenance obligations

Por Eduardo Tellechea Bergman*

Fecha de recepción: 05/04/2019

Fecha de aceptación: 06/05/2019

Resumen: Los crecientes desplazamientos internacionales de personas, en ocasiones masivos, producto del desarrollo de los medios de comunicación y en especial del transporte y de la mayor flexibilización de las fronteras nacionales, así como de la incidencia de distintas variables sociales, políticas y económicas, han propiciado en las últimas décadas una creciente internacionalización y aún una dispersión internacional de la familia. Consecuencia de la realidad descrita, hoy se constata un significativo incremento de actuaciones judiciales referidas, entre otras, a cuestiones de familia y minoridad planteadas entre progenitores radicados en distintos Estados.

En este contexto resulta de conveniente, tanto por la efectiva fuerza vinculante de los Convenios elaborados por la Conferencia de la Haya, cuanto por el número e importancia de los Estados Partes de los mismos, la aprobación, por los países del continente que no lo hubieren hecho, entre ellos, nuestro país, del Convenio de 2007

* P Prof. Titular de Derecho Internacional Privado. Antiguo Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado y Miembro de Honor del Instituto. Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado - ASADIP. Antiguo Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay, 1985 - 2012.

sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

Palabras Clave: Obligaciones Alimentarias; Derecho Internacional Privado; Protocolo de la Haya.

Abstract: The increasing international displacements of people, sometimes massive, as a result of the development of the media and especially of the transport and the greater flexibility of national borders, as well as the incidence of different social, political and economic variables, have led to a growing internationalization and even an international dispersion of the family in the last decades. As a consequence of the reality described, there is a significant increase in judicial proceedings referring, among others, to family and minority issues raised between parents based in different States.

In this context it is convenient, both for the effective binding force of the Conventions elaborated by the Hague Conference, and for the number and importance of the States Parties to them, the approval, by the countries of the continent that haven't made it, among them, our country, of the 2007 Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

Key Words: Maintenance Obligations; Private International Law; Hague Protocol

Sumario: I. Apreciaciones liminares. II. El Protocolo de La Haya de 23.11.2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. 1. Antecedentes. 2. Las soluciones consagradas: A) Título del Protocolo. B) Ámbito de aplicación, artículo 1: a) Obligaciones alimenticias contempladas, artículo 1.1. b) Alcance de las decisiones adoptadas en aplicación del Protocolo, artículo 1.2. C) Aplicación universal, artículo 2. D) Norma general sobre ley aplicable, artículo 3. E) Normas especiales en favor de determinadas categorías de acreedores, artículo 4: a) Situaciones contempladas. b) Conexiones subsidiarias, artículo 4, numerales 2, 3 y 4. F) Norma especial para cónyuges y ex cónyuges, artículo 5. G) Defensa del deudor, artículo 6. H) Elección de la ley aplicable: a) Elección de la ley aplicable a efectos de un procedimiento específico, artículo 7. b) Elección de ley aplicable no limitada a un procedimiento específico, artículo 8: b. 1) Leyes que pueden ser elegidas, artículo 8.1. b.2) Modalidad de elección,

artículo 8.2. b.3) Restricciones en la elección de la ley. b.4) Cuestiones referidas a la existencia y validez del acuerdo. I) Sustitución de la conexión nacionalidad por la conexión domicilio, artículo 9. J) Derecho de los organismos públicos a reembolsos, artículo 10. K) Ámbito de la ley aplicable, artículo 11. L) Exclusión del reenvío, artículo 12. LL) Orden público, artículo 13. M) determinación de la cuantía de los alimentos, artículo 14. N) Aplicación del Protocolo a sistemas jurídicos no unificados: a) sistemas no unificados de carácter territorial, artículo 16. b) sistemas no unificados de carácter personal, artículo 17. O) Coordinación con anteriores Convenios de La Haya en materia de obligaciones alimenticias, artículo 18. P) Coordinación con otros instrumentos, artículo 19. Q) Interpretación uniforme, artículo 20. Bibliografía.

I. Apreciaciones liminares

Los crecientes desplazamientos internacionales de personas, en ocasiones masivos, producto del desarrollo de los medios de comunicación y en especial del transporte y de la mayor flexibilización de las fronteras nacionales, así como de la incidencia de distintas variables sociales, políticas y económicas, han propiciado en las últimas décadas una creciente internacionalización y aún una dispersión internacional de la familia¹.

Consecuencia de la realidad descrita, hoy se constata un significativo incremento de actuaciones judiciales referidas, entre otras, a cuestiones de familia y minoridad planteadas entre progenitores radicados en distintos Estados; disolución de sociedades conyugales de bienes con patrimonio disperso en diferentes países; procedimientos atinentes a visitas internacionales o a la guarda o custodia de menores; reclamos de pronta restitución internacional de niños ilícitamente retenidos o trasladados fuera del Estado de su residencia habitual; y casos de requerimientos de

¹ Panorama anticipado, hace décadas, con su secuela de refugiados, familias separadas, etc., por Von Steinger, W. E. "La protection des mineurs en droit international privé". Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1964, tomo. 112, pp. 498 - 499. En similar sentido, Simon Depitre, M. "La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt Ball de la Cour Internationale de Justice". Travaux du Comité Français de Droit International Privé. 1963, pp. 109 - 138. Ídem, Rapallini, L. Cobro de Alimentos en el Extranjero. Perspectivas de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Seminario de Derecho Intencional. Cooperación Jurídica en Materia de Derecho de Familia y Niñez, OEA/Sec. General, DDI/doc.13/11, 11.10.2011; Azcárraga Monzonís, C. "El Nuevo Convenio de La Haya Sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia". Revista Española de Derecho Internacional, volumen LX, no.2, 2008, pp.491, 492.

alimentos en los que el reclamante tiene su centro de vida, residencia habitual, en un país y el obligado a prestarlos está radicado en otro o percibe ingresos o posee patrimonio en un Estado distinto a aquel en el que reside el acreedor (Tellechea Bergman, 1993, p. 45; Scotti, 2017, p. 541; Pérez Vera, 1990, p. 209).

En materia de prestación internacional de alimentos, Uruguay, al igual que otros países del continente, es Estado Parte de distintos tratados internacionales sobre el tema. Tales, las Convenciones Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias (aprobada por Uruguay por Ley 17.334 de 17.5.2001) y de Naciones Unidas, de Nueva York de 1956, sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero (aprobada por Uruguay por Ley 16.447 de 4.5.1994), así como del texto básico en materia de protección internacional del niño, la Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por Ley 16.137 de 26.9.1990, que atiende la prestación internacional de alimentos en el art. 27². Tratados a los que corresponde añadir, en el caso de Uruguay, los Convenios bilaterales vigentes con España sobre Conflictos de Leyes en Materia de Alimentos para Menores y Ejecución de Decisiones y Transacciones Judiciales en Materia de Alimentos (aprobado Uruguay por Ley 15.987 de 16.11.1988, en vigor desde el 29.2.1992); y con Perú sobre Reclamación Internacional y Ejecución de Sentencias en Materia de Alimentos (aprobado por nuestro país por Ley 15.721 de 7.1.1985, en vigor desde el 2.2.1989). Regulaciones convencionales que en su aplicación práctica no muestran en nuestra jurisprudencia un volumen de aplicación acorde con el creciente planteo sociológico de casos que ameritan reclamos internacionales de alimentos.

La situación descripta denota la necesidad de una adecuada divulgación entre los operadores de la justicia de soluciones convencionales que como la de la

² Especialmente en su apartado 4, "Los Estado Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que reside el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados".

Convención Interamericana, dan respuesta a las tres cuestiones básicas que plantean las relaciones privadas internacionales y en especial, las referidas a alimentos: la determinación de la ley aplicable; la jurisdicción internacional competente; y todo lo concerniente a la cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros. Cabe resaltar, igualmente, la importancia de la Convención de Naciones Unidas de 1956, en tanto instrumento destinado a facilitar el cobro de alimentos en los casos en que el demandante se encuentre en territorio de una Parte contratante y el demandado esté sujeto a la jurisdicción de otra Parte, art. 1, previendo a tales efectos la actuación de autoridades remitentes e instituciones intermediarias y consagrando, de manera innovadora para la época, el ágil diligenciamiento de los exhortos, así como la obligación de la autoridad requerida de explicar a la requirente eventuales demoras en la tramitación de la cooperación o las razones de su no prestación, artículo 7.c; consagrando asimismo, el principio básico de igualdad de trato procesal en favor del reclamante ajeno al foro, artículo 9. Cabe resaltar, además, que las soluciones de la Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero suponen procedimientos susceptibles de ser invocados en calidad de adicionales a otras regulaciones sobre el tema, artículo 1.2, tal, vr.gr., en todo lo relativo a la ejecución en un Estado Parte de una sentencia de condena dictada en otro.

En el contexto descrito ha de resultar de conveniente, tanto por la efectiva fuerza vinculante de los Convenios elaborados por la Conferencia de la Haya, cuanto por el número e importancia de los Estados Partes de los mismos, la aprobación, por los países del continente que no lo hubieren hecho, entre ellos, nuestro país, del Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, que instituye procedimientos tendientes al reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre las obligaciones alimenticias, así como del Protocolo de la misma fecha sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, en tanto ambos conforman un marco convencional aprobado, entre otros, por Estados europeos como España, Italia, Francia, etc., con los cuales se plantean con frecuencia situaciones que hacen a la protección internacional del niño, y en el ámbito interamericano, por

Estados Unidos de América, Estado ratificante del Convenio y Brasil, Parte de ambos textos.

II. El Protocolo de La Haya de 23.11. 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias

1. Antecedentes

La XXI Sección Diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aprueba el 23.11.2007 dos instrumentos destinados a facilitar la percepción de alimentos más allá de fronteras, el Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo sobre la Ley Aplicable a la Obligaciones Alimenticias, en adelante, el Protocolo.

El tema de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias figuró desde un inicio en el mandato de la Comisión Especial sobre el cobro internacional de alimentos respecto a menores y otros miembros de la familia, que elaborara los anteproyectos del Convenio y el Protocolo. La Comisión Especial en abril de 1999 dispuso que los trabajos futuros de la Conferencia otorgaran atención prioritaria a la elaboración de una regulación completa en materia de prestación internacional de alimentos con propósito de mejorar los convenios existentes³.

Conforme a la decisión adoptada, el Secretario General convoca a una Comisión Especial que se reunió en La Haya del 5 al 16 de mayo de 2003 y luego del 7 al 18 de junio de 2004; 4 a 15 de abril de 2005; 19 a 28 de junio de 2006; y 8 a 16 de mayo de 2007. Fausto Pocar es elegido Presidente de la Comisión Especial y Alegría Borrás y Jennifer Degeling son designadas Relatoras, constituyéndose un Comité de Redacción

³ Convenio de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores; Convenio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias; Convenio de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a las Obligaciones Alimenticias; Convenio de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

presidido por Jan Doogue. El trabajo de la Comisión Especial se vio facilitado por distintos documentos preliminares y, en especial, por el aporte de W. Duncan, "Hacia un nuevo instrumento mundial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a menores y otros miembros de la familia"⁴. En la reunión de mayo de 2003 la Comisión Especial analizó si el nuevo instrumento debía contener disposiciones sobre ley aplicable. El debate permitió apreciar la existencia de dos posiciones. Las delegaciones de los países de derecho civil se pronunciaron mayoritariamente en favor de la inclusión de tales normas, en tanto que aquellas pertenecientes al *common law* en general mostraron reservas, dado que en dichos ordenamientos los tribunales tradicionalmente adoptan decisiones en la materia en base a lo dispuesto por la *lex fori*. La Comisión concluyó finalmente que la reglamentación de la ley aplicable debía ser materia de un Protocolo formalmente separado del Convenio, acordando la elaboración de un anteproyecto sobre el tema. El anteproyecto, acompañado de un Informe Explicativo, redactado por Andrea Bonomi, sirvió de base a los trabajos de la XXI Sesión de la Conferencia celebrada del 5 al 23 de noviembre de 2007. El Proyecto de Protocolo fue aprobado formalmente en la Sesión de Clausura, el 23 de noviembre.

2. Las soluciones consagradas

A) Titulo del Protocolo

Enfatiza el objeto del Protocolo, consistente en la concreta y específica regulación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y recoge en tal sentido la denominación del Convenio de 1973 que tiene la misma finalidad. El texto en examen, a diferencia de la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, no contiene normas sobre autoridades competentes ni sobre cooperación judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones. Parte de estas cuestiones (cooperación administrativa anterior y simultánea, proceso de cobro

⁴ Doc. Prel. No 3, abril de 2003, disponible en la pág. web de la Conferencia en www.hcch.net, bajo los epígrafes "Convenios" y "Documentos preliminares".

internacional de alimentos y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras), son abordadas por el Convenio aprobado en la misma fecha.

La denominación de Protocolo fue materia de análisis por la Comisión II de la Sesión Diplomática como consecuencia de la decisión de independizar formalmente dicho texto respecto del Convenio, pues como surge del artículo 23, “El presente Protocolo está abierto a la firma de todos los Estados”, y algunas Delegaciones propusieron modificar su nombre por el de Convenio, en tanto el término “Protocolo” constituía una denominación excepcional para un instrumento aprobado por la Conferencia, habiéndose finalmente optado por mantenerlo dado los vínculos existentes entre ambas regulaciones y su finalidad común, facilitar la prestación internacional de alimentos (Bonomi, 2007, p. 7). Este vínculo funcional es explicitado en el Preámbulo del Protocolo, que destaca el deseo de “desarrollar normas generales sobre ley aplicable que puedan constituir un complemento útil del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia”.

B) Ámbito de aplicación, artículo 1

De acuerdo al apartado 1, el Protocolo determina la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que deriven de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad. En tanto su objeto es determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, no trata acerca de la jurisdicción, la cooperación internacional y el reconocimiento de las decisiones adoptadas en la materia, cuestiones, como se indicara, parcialmente abordadas por el Convenio.

Si bien el Protocolo no contiene un texto que precise de manera expresa, como el artículo 2 del Convenio sobre Obligaciones Alimenticias de 1973, que “sólo regula los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias”, la categoría alimentos es su objeto específico. Ámbito confirmado por el apartado 2 del artículo en estudio, que dispone: “Las decisiones dictadas en aplicación del presente Protocolo no

prejuzgan la existencia de alguna de las relaciones previstas en el apartado 1". Enunciado que es corolario del tratamiento autónomo de la categoría⁵.

En el caso de plantearse la existencia o no de una relación de familia, filiación o matrimonial como cuestión previa en un proceso cuyo objeto principal sea el reclamo de alimentos, se genera entonces la interrogante de cómo se ha de resolver dicha cuestión, ya sujetando su regulación a la de la principal⁶, ya regulando la cuestión previa de manera autónoma⁷.

a) Obligaciones alimenticias contempladas, artículo 1.1

De acuerdo al apartado, el Protocolo se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, filiación, matrimonio o afinidad, ámbito que se corresponde con el contemplado por el Convenio de 1973, artículo 1, pero a diferencia de éste⁸, el texto de 2007, artículo 27, no admite reservas, por lo que los Estados no podrán limitar su aplicación excluyendo obligaciones de alimentos fundadas en estas relaciones. El ámbito del Convenio es en consecuencia más amplio que el de la

⁵ La disposición tiene como antecedentes lo dispuesto por los Convenios de La Haya de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores, artículo 5, párrafo segundo, última parte; y de 1973 sobre Ley aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 2, párrafo segundo. La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 5, consagra igual criterio. En el mismo sentido los Convenios bilaterales uruguayo - peruano sobre Reclamación Internacional y Ejecución de Sentencias en Materia de Alimentos, artículo 13 y uruguayo - español sobre Conflictos de Leyes en Materia de Alimentos para Menores y Reconocimiento y Ejecución de Decisiones y Transacciones Judiciales en Materia de Alimentos, artículo 3.2.

⁶ El Informe VERWILGHEN sobre los Convenios de 1973 referidos a obligaciones alimenticias (ejecución - ley aplicable), propone como criterio que la ley designada para regir la obligación de alimentos se aplique también a la cuestión previa relativa al vínculo que genera la obligación en (Verwilghen, 1975, pp. 383 a 465).

⁷ Al respecto cabe recordar lo dispuesto por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada por Uruguay por Decreto - Ley 14.953 de 12.11.1979, art. 8, "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo a la ley que regula a esta última". El Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado señala al respecto, artículo 10, "Cuestiones previas o incidentales", "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se regulan por el derecho aplicable a cada una de ellas".

La teoría de la equivalencia, empero, es morigerada por el artículo 11, "Aplicación armónica", que dispone: "Las normas competentes para regular los diferentes aspectos de una situación determinada, deben ser aplicados armónicamente, tomando en consideración la finalidad perseguida por cada uno de los respectivos derechos. Las eventuales dificultades que puedan surgir se resolverán tomando en cuenta la equidad del caso concreto."

⁸ Artículos 13 y 14.

Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, que salvo declaración de los Estados⁹, únicamente resulta aplicable a las obligaciones de alimentos respecto de menores en su calidad de tales y a las que deriven de relaciones matrimoniales entre cónyuges o ex cónyuges, artículo 1, párrafo dos, pudiendo incluso los Estados declarar que restringen dicho alcance a los alimentos referidos a menores, párrafo tres.

En relación a las obligaciones de alimentos atinentes a los niños, la última parte del apartado 1 dispone que la aplicación del Protocolo es independiente de la situación conyugal de los padres, criterio compartido por el art. 2, apartado 4 del Convenio de la misma fecha sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

Respecto a las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones matrimoniales, se plantea la interrogante acerca de si la categoría abarca también los matrimonios entre personas del mismo sexo, reconocidos hoy por un creciente número de Estados. En tanto las disposiciones del Protocolo, como se ha visto, sólo determinan la ley aplicable a la obligación de alimentos y no tratan acerca de la ley aplicable a la relación de familia que constituye el título de la reclamación, la cuestión de validez de matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo, queda sujeta a lo que disponga la ley del foro, consideradas sus normas de DIPr, convencionales y de fuente nacional (Bonomi, 2007, p. 12). El tema fue abordado por la Comisión II de la Sesión Diplomática en relación al art. 5, "Norma especial relativa a cónyuges y ex cónyuges", habiendo planteado algunas Delegaciones que se estableciera expresamente que la disposición podría aplicarse a los matrimonios entre personas del mismo sexo, propuesta que no obtuvo los consensos necesarios, aun cuando se admitió que los Estados que reconocieran tal tipo de vínculo pudieran someterlo a lo dispuesto por el art. 5 (Bonomi, 2007, p. 12).

⁹ Artículo 3, "Los Estados al momento de suscribir, ratificar o adherir a la presente Convención así como con posterioridad a la vigencia de la misma, podrán declarar que esta Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias en favor de otros acreedores..."

b) Alcance de las decisiones adoptadas en aplicación del Protocolo, artículo 1.2

El apartado prevé que las decisiones que se dicten en aplicación del Protocolo no prejuzgan acerca de la existencia de alguna de las relaciones contempladas por el apartado 1. Norma que tiene como antecedentes, según se ha visto, lo dispuesto por los artículos 2, párrafo segundo del Convenio de 1973 sobre Ley aplicable a la Obligaciones Alimenticias y 5 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. La disposición es corolario del tratamiento autónomo de la obligación alimentaria y se corresponde con el artículo 19.2 del Convenio de la misma fecha, según el cual cuando una decisión extranjera no refiera únicamente a alimentos, el efecto de las disposiciones convencionales sobre el reconocimiento y la ejecución quedan limitados a la obligación de alimentos.

C) Aplicación universal, artículo 2

El Protocolo se aplica aún si la ley designada de acuerdo a sus disposiciones es la ley de un Estado no Parte. Solución universal acogida por otros Convenios de la Haya, entre ellos, de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 3; y de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, artículo 20.

D) Norma general sobre ley aplicable, artículo 3

Salvo que el Protocolo disponga otra cosa, el principio es que las obligaciones alimenticias se regulen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, conexión también acogida por los Convenios de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1973, artículo 4 y de 1956, artículo 1. La Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias prevé esta conexión en calidad de alternativa, a elección de la autoridad competente, como una de las opciones para determinar la ley más favorable al alimentado, art.6.

La conexión residencia habitual del acreedor es una conexión orientada a la protección de la parte más débil, el alimentado (Santos Belandro, 1999), y permite determinar la obligación alimentaria tomando en consideración las condiciones sociales y económicas del Estado de radicación del acreedor, pues como señalara Verwilghen, “el acreedor ha de utilizar los alimentos para vivir” (Verwilghen, 1975, pp. 383 a 465). Al respecto decía Quintín Alfonsín, que en tanto se conciban los alimentos como una categoría autónoma vinculada al derecho de la persona, resulta lógica y adecuada la aplicación de la ley del Estado de su centro de vida y en tal sentido hacía mención al “domicilio objetivo” en tanto residencia habitual (Alfonsín, 1961, pp. 249 y 296). Ello, sin perjuicio de otras conexiones que actúen ya en calidad de alternativas, ya de subsidiarias (Tellechea Bergman, 1989). En igual sentido el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos, acoge la residencia habitual del acreedor como una de las posibles bases jurisdiccionales para el reconocimiento y ejecución de las decisiones adoptadas en la materia por un Estado contratante, art. 20. c, siendo la competencia de las autoridades de la residencia habitual del reclamante de alimentos un foro de amplio recibo, acogido en el ámbito interamericano por la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, art.8.a; y en el europeo, por el Reglamento (CE) no. 4/2008 Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, art. 3. b¹⁰.

Cambio de residencia habitual, artículo 3.2. De producirse una modificación de la residencia habitual del acreedor alimentario resulta aplicable la ley del Estado de su nueva residencia. Solución recibida por los Convenios sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1956, artículo 1, párrafo segundo, y de 1973, artículo 4.2. En casos de cambio de la residencia habitual, se considera que la determinación de la

¹⁰ También reciben la jurisdicción del foro del actor, los Convenios bilaterales uruguayo - peruano sobre Reclamación y Ejecución de Sentencias en Materia de Alimentos, artículo 5; y uruguayo - español sobre Conflictos de Leyes en Materia de Alimentos para Menores y Reconocimiento y Ejecución de Decisiones y Transacciones Judiciales en Materia de Alimentos, artículo 7.

existencia y cuantía de la obligación de alimentos deba hacerse de acuerdo a la ley del país del nuevo centro de vida del acreedor.

Cabe precisar que la movilidad de la ley aplicable en razón del cambio de residencia puede afectar la coincidencia entre el derecho aplicable y la jurisdicción competente determinada por la residencia del actor. La competencia en función de la residencia habitual del demandante se fija al momento de interposición de la demanda sin tener en cuenta posteriores modificaciones de la residencia (principio de *perpetuatio fori*) y por el contrario, de acuerdo al Protocolo, en materia de derecho aplicable el cambio de residencia habitual del actor deberá ser considerado al momento de dictarse la resolución aun cuando el cambio se produzca en el curso del proceso.

Cabe precisar que el mero desplazamiento transitorio del reclamante a otro país, por ejemplo, por un par de meses, no implica, en principio, un cambio de centro de vida. Habrá empero cambio de residencia habitual, si el alimentado que se traslada a otro Estado para realizar, *vr. gr.*, un curso breve, estando allí concreta una oferta duradera y se afinca en dicho país.

Los efectos del cambio de la ley aplicable se considera que se producen a partir del momento del cambio de residencia y sólo para el futuro (*ex nuc*). Las pretensiones del reclamante relativas al período anterior quedan, en consecuencia, sujetas a la ley de la antigua residencia habitual y ello se funda en que el derecho del acreedor a obtener prestaciones por el período precedente, las que ya ha sido adquiridas y que no corresponde sean desconocidas por una posterior alteración de ley aplicable.

E) Normas especiales en favor de determinadas categorías de acreedores,
artículo 4

La disposición contempla excepciones a la aplicación de la ley de la residencia habitual del reclamante introduciendo un régimen más favorable, normas de conflicto materialmente orientadas (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2017), para aquellas categorías de acreedores definidos en el numeral 1, en los casos en los que la aplicación de la ley de la residencia habitual fuere contraria a sus intereses. Para los

acreedores no contemplados en el artículo 4, la ley aplicable será la determinada por el artículo 3 y otras disposiciones del Protocolo.

Situaciones contempladas:

a) Obligaciones de los padres a favor de sus hijos

Las obligaciones alimentarias de los padres respecto a los hijos, por su naturaleza, son beneficiadas con la posibilidad de aplicación de las conexiones subsidiarias previstas por el artículo.

b) Obligaciones respecto a personas menores de 21 años, artículo 4.b

Comprende obligaciones alimentarias basadas en una relación de familia con exclusión de las relaciones paterno filiales (contempladas en el literal anterior) y el matrimonio, relación regulada por el artículo 5. Las situaciones previstas en el literal b abarcan esencialmente las obligaciones de alimentos basadas en una relación de parentesco, directo o colateral, o en una relación de afinidad.

Respecto al límite de edad de 21 años, la determinación de dicha edad fue objeto de análisis, considerándose en la Sesión Diplomática la tendencia actual en derecho comparado en favor de la obtención de alimentos por jóvenes que habiendo llegado a los 18 años continúan siendo acreedores de alimentos, posibilidad también prevista por otros textos convencionales vigentes como la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo. 2: "A los efectos de esta Convención se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años. Sin perjuicio de lo anterior, los beneficios de esta Convención se extenderán a quien habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable prevista en los artículo 6 y 7."

c) Obligaciones de los hijos respecto a sus padres, artículo 4.1.c

La aplicación de la regla especial del artículo 4 a estos casos fue propuesta por la mayoría de las Delegaciones participantes en la Comisión Especial de mayo de 2007,

entendiéndose que correspondía que los padres recibieran el mismo trato favorable que los hijos en materia de ley aplicable.

Conexiones subsidiarias, artículo 4, numerales 2, 3 y 4. A los acreedores de alimentos definidos en el numeral 1, se les confiere el beneficio de la aplicación subsidiaria de la ley del foro, numeral 2, si no pudieren obtenerlos en virtud de la ley señalada por el artículo 3, es decir, la de su residencia habitual. Se trata de una solución “favor alimentado”, que garantiza al demandante la posibilidad de obtener una prestación alimenticia si la misma se encuentra prevista en el derecho de foro que entiende en la pretensión. Disposición con antecedentes en los Convenios sobre Ley aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1956, artículo 3 y de 1973, artículo 6, aun cuando en este último actuante tras la aplicación, también de modo subsidiario, de la ley nacional común de las partes. La inversión en el Protocolo del orden de actuación de las conexiones subsidiarias, aplicando ley del foro antes que la ley nacional común, artículo 4.4, responde a que se procuró reducir la aplicación de esta última conexión cuya pertinencia para regular la categoría suscitara observaciones y, además, en razón de que la aplicación por el foro de su ley facilita las actuaciones evitando las dificultades de tener que informarse, eventualmente, acerca del contenido de un derecho extranjero, como puede ser en el caso el de la nacionalidad.

Al igual que en los Convenios precedentes de 1956 y 1973, la conexión subsidiaria sólo actúa en situaciones en las que “el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley a la que se refiere el artículo 3”, por lo que corresponde entender que la solución queda excluida en situaciones en que la ley de la residencia habitual del acreedor prevea una obligación alimentaria de menor cuantía que la resultante de la aplicación de la ley del foro. En cambio, el acreedor podrá beneficiarse de la aplicación de la ley del foro en aquellas hipótesis en que admitiendo en principio la ley de la residencia habitual del actor la obligación alimentaria, la hace depender de una condición resolutoria que se de en el caso, por ejemplo, en situaciones en las que el alimentado haya alcanzado 18 años y se prevea que la obligación de

alimentos de los padres respecto a sus hijos se extingue a dicha edad, en tanto que la ley del foro la mantenga (Bonomi, 2007, p. 7).

Cabe precisar que la previsión de la aplicación subsidiaria de la ley del foro resulta operativa en tanto la acción de alimentos se entable en una jurisdicción que no sea la de la residencia habitual del alimentado, pues en este caso, la ley de la residencia habitual y la del foro resultan coincidentes.

En la eventualidad que el acreedor acuda a la jurisdicción del Estado de residencia habitual del deudor, ha de aplicarse primeramente la ley del foro, teniendo aplicación la ley de la residencia habitual del acreedor sólo si éste no puede obtener los alimentos en virtud de la *lex fori*, numeral 3. Dado que la aplicación prioritaria de la ley del foro se inspira en el favor al alimentado, se consideró que no correspondía mantenerla cuando conduzca como resultado a privar al acreedor de la prestación de alimentos. Es por esta razón que el apartado 3 en su parte final, dispone de modo análogo al apartado 2, pero en sentido inverso, una conexión subsidiaria.

Conexión nacionalidad común de las partes, apartado 4. Si el demandante de alimentos contemplado en el apartado 1 no puede obtenerlos sea en base a la ley de su residencia habitual o a la ley del foro, aplicadas en ese ese orden, o en el caso del apartado 3, en orden inverso, resulta aplicable la ley de la nacionalidad común de las partes. Esta segunda conexión completa la protección de los acreedores especiales de alimentos en situaciones en las que las leyes designadas por los apartados anteriores no prevean en su favor una obligación alimentaria. El Protocolo no plantea la eventualidad de pluralidad de nacionalidades, pudiendo ocurrir en los hechos que el acreedor o el deudor de alimentos, o ambos, tengan dos o más nacionalidades. El principio "favor alimentado" que sirve de base al artículo 4, creemos que debe conducir a la aplicación de la ley de la nacionalidad común en todos los casos en que la misma exista, aun cuando tal nacionalidad no fuere para alguna de las partes la más estrecha o efectiva.

F) Norma especial para cónyuges y ex cónyuges, artículo 5

Se trata de una norma también aplicable entre personas cuyo matrimonio ha sido anulado. En todos estos casos la conexión prioritaria, residencia habitual del acreedor, no actuará si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en especial del Estado de la última residencia común, presenta un vínculo más estrecho con el matrimonio, aplicándose entonces la ley de ese otro Estado.

La circunstancia que se haya previsto una norma especial para esta categoría de obligaciones de alimentos se debe a que se entendió que en las mismas la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor no es siempre la conexión más adecuada y en algunos Estados, en especial en los escandinavos, los alimentos entre cónyuges se conceden de modo restrictivo, por lo que se consideró excesiva la aplicación de la *lex creditoris* no sujeta a límites. Se evaluó asimismo que la aplicación irrestricta de la ley de la residencia del acreedor puede permitir que el cónyuge demandante mediante un simple cambio de residencia manipule el derecho aplicable.

La disposición busca un equilibrio entre la protección del acreedor y la aplicación de la ley del Estado con el que el matrimonio presente los vínculos más estrechos, que si bien en muchos casos ha de ser la ley del Estado de la última residencia habitual común, no necesariamente siempre será así. Tal, el caso en que la última residencia habitual esté situada en un Estado en el que los cónyuges se han establecido recientemente después de haber vivido largos años en otro país y el deudor de alimentos regrese a este último luego de la separación. Situación en la que podría considerarse que la conexión con el Estado de la actual residencia habitual del deudor, que además es el país de la antigua residencia habitual común, constituye la conexión más estrecha con el matrimonio y el caso planteado.

Por consiguiente, si bien la conexión residencia habitual del acreedor continúa siendo la conexión en principio aplicable a las obligaciones de alimentos entre cónyuges y ex cónyuges, podrá ser descartada a petición de una de las partes si el matrimonio presenta vínculos más fuertes con otro Estado, en especial, aun cuando no necesariamente, con el de la última residencia habitual matrimonial.

En definitiva, la regla prevista puede ser entendida como una cláusula de escape fundada en la idea de proximidad (vínculos más estrechos), cuya aplicación queda sujeta a la petición de una de las partes. Solución que plantea diferencias con las cláusulas clásicas de escape, en las que es el juez quien descarta por sí las conexiones en principio actuantes cuando ello corresponda por una razón de proximidad, tales, entre otras, la fórmula recibidas por el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, artículo 4.5; Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de junio de 2008 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I), artículo 4.3; Convenio de la Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, art.15.2. La disposición en estudio presenta como ventaja reducir las incertidumbres planteadas por las cláusulas de escape clásicas, limitando la búsqueda del vínculo más estrecho a la hipótesis en que una de las partes en el caso así lo demande.

El vínculo más estrecho. La oposición de una de las partes a la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor no determina de modo automático el descarte de dicha ley, sino que deberá constatarse por la autoridad actuante en el caso que otra ley presenta un vínculo más fuerte con el matrimonio. El principio de proximidad constituye el fundamento de la disposición. A tales efectos se deberán evaluar los eventuales vínculos del matrimonio con otros derechos, considerando cuestiones tales como la residencia habitual de los cónyuges durante el matrimonio, la nacionalidad de los mismos, el lugar de la celebración del matrimonio, etc. Entre estos criterios, como se ha visto, el artículo 5 otorga especial relevancia al derecho de la última residencia habitual común de los cónyuges, aun cuando no se trata de una presunción, sino de una simple indicación que expresa la convicción de la Sesión Diplomática en el sentido que en muchas situaciones el derecho de la última residencia habitual común presenta los vínculos más significativos.

No obstante propuestas de algunas delegaciones en el sentido que el artículo contemplara instituciones próximas la matrimonio¹¹, tales, parejas de hecho registradas con efectos similares a los matrimoniales, la disposición no menciona expresamente estas instituciones, aun cuando la Sesión Diplomática consideró que los Estados que las reconozcan pueden aplicar a las mismas lo dispuesto por el artículo 5¹².

G) Defensa del deudor, artículo 6

Respecto a obligaciones alimentarias distintas de las surgidas de una relación paterno - filial a favor de un niño y de las previstas en el art. 5, obligaciones de alimentos entre cónyuges y ex cónyuges, el artículo prevé que el deudor pueda invocar frente a la pretensión del actor la inexistencia de una obligación alimentaria de acuerdo a la ley de su residencia habitual y a la ley de la nacionalidad común de las partes. Excepción que tiene un ámbito de aplicación más amplio que su precedente, el artículo 7 del Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, que limita la oposición a las obligaciones alimentarias entre parientes colaterales o por afinidad. De acuerdo al artículo 6, la defensa podrá invocarse respecto a todas las obligaciones alimentarias derivadas de la aplicación de los artículos 3 y 4, salvo las excepciones previstas.

En relación a obligaciones alimentarias derivadas de relaciones como las uniones civiles, los Estados que reconozcan tales institutos podrán asimilarlas al matrimonio y en consecuencia la obligación se regirá por el artículo 5, por lo que no resultará de aplicación la excepción. En los países que no admitan la asimilación, se ha entendido, en cambio, que el deudor pueda rechazar la obligación en base al artículo en análisis.

La oposición actúa dentro de las hipótesis en que resulta oponible, esto es, cuando la ley aplicable de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 3 o 4 prevea una

¹¹ Documentos de trabajo Nos 8 y 15 de la Comisión II; Acta No 5. aps. 84 y ss.; Acta No 6, aps. 56 y ss.

¹² Acta de la Comisión II, aps. 59 y ss.

obligación alimentaria y el deudor acredite que dicha obligación no existe según la ley de su residencia habitual. Ello será suficiente, salvo que las partes tengan una misma nacionalidad, caso en el que la defensa deberá demostrar de manera acumulativa que la obligación tampoco se encuentra consagrada por dicha legislación. Si las partes tuvieran más de una nacionalidad común, parece lógico tomar en consideración todas ellas y admitir la defensa del deudor sólo cuando la obligación alimentaria no esté prevista por ninguna de las legislaciones de las nacionalidades comunes.

El hecho que la ley de la residencia habitual del deudor o de la nacionalidad común admitan una obligación de alimentos por un importe menor que el determinado por la ley aplicable, no constituye causal suficiente para oponerse a la petición o para solicitar reducción de la prestación debida.

H) Elección de la ley aplicable

Los artículos 7 y 8 permiten a las partes, en las condiciones y con los efectos previstos, la elección de la ley aplicable.

La admisión de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a las obligaciones alimenticias constituye una novedad en el marco de los Convenios de la Haya, no habiendo sido consagrada por los precedentes de 1956 y 1973, aun cuando respecto a la jurisdicción internacional no ocurre lo mismo. Las Convenciones de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias, artículo 3.3¹³: y de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a Obligaciones Alimenticias, artículo 7.3¹⁴, acogen la prórroga de jurisdicción y el Convenio de 2007 también la consagra condicionando la misma a

¹³ Artículo 3, “De conformidad con el presente Convenio serán competentes para dictar decisiones en materia de alimentos las autoridades siguientes:... “3. La autoridad a cuya competencia se haya sometido el deudor de alimentos, bien expresamente, o bien al formular alegaciones sobre el fondo sin impugnar la competencia”.

¹⁴ Artículo 7, “La autoridad del Estado de origen será considerada competente en el sentido del Convenio: “Si el deudor se hubiere sometido a la competencia de dicha autoridad, bien expresamente, o bien manifestándose sobre el fondo sin reservas sobre la competencia”

que “las partes hayan aceptado un acuerdo por escrito, salvo en los litigios sobre obligaciones alimenticias a favor de un niño”, artículo 20.1.e¹⁵.

El Protocolo admite la elección de la ley aplicable por las partes acogiendo tanto la elección de la ley en relación a un procedimiento específico, artículo 7, cuanto, de manera más amplia, aunque sujeta a limitaciones, artículo 8.

a) Elección de la ley aplicable a efectos de un procedimiento específico, artículo 7.

La elección sólo es eficaz en relación a un procedimiento específico en un determinado Estado, pudiendo las partes designar la ley de dicho Estado como aplicable a la obligación alimentaria, numeral 1. Si con posterioridad se presentara una nueva demanda o una solicitud de modificación de alimentos ya fijados, ya sea ante la misma autoridad o ante la de otro Estado, la elección de la ley efectuada con anterioridad no surtirá efectos.

En tanto es posible realizar la elección antes o luego de la presentación de la demanda, resulta aplicable el numeral 2, que dispone que en caso que el acuerdo sea *pre litem*, la elección deberá ser documentada a través de un acuerdo, firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible a una posterior consulta. Se ha indicado que la elección de la ley debe de ser específica y se ha dicho que la mera elección de la de la “*lex fori*” antes de haberse convenido el foro o acudido a una autoridad no es suficiente y no ofrece garantías que las partes, o al menos una de ellas, sean conscientes del contenido de la elección. Respecto a la elección de ley efectuada durante el procedimiento, el Protocolo nada dice acerca de sus modalidades, cuestión que se ha considerado que corresponde sea resuelta de acuerdo a la ley de la autoridad que conozca en el caso.

¹⁵ En el ámbito interamericano la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias recibe la prórroga de jurisdicción en su forma *post litem natan*, en el artículo 8, parte final: “sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.”

b) Elección de ley aplicable no limitada a un procedimiento específico, artículo 8

El numeral 1 permite a las partes elegir en cualquier momento el derecho aplicable a la obligación alimenticia, incluso antes que se plantee el litigio, y a diferencia de la situación prevista en el artículo 7, la elección no está condicionada “a los efectos de un procedimiento específico”. La elección ha de regir las obligaciones alimentarias desde el momento de la elección de la ley, hasta tanto las partes decidan su revocación o modificación.

La solución busca asegurar la previsibilidad y estabilidad del derecho aplicable. Si hay elección, la ley seguirá siendo aplicable a pesar de los cambios que se produzcan en la residencia habitual del acreedor o del deudor y será independiente del foro actuante.

En relación a obligaciones alimenticias respecto a menores de 18 años y adultos que adolezcan “de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales”, el numeral 3 excluye la aplicación del artículo en atención a los potenciales riesgos que en estos casos la elección de ley puede ocasionar. En cuanto al límite de 18 años, la Sesión diplomática, más allá de algunas dudas iniciales, se decantó por admitir esa edad como aquella a partir la cual se debía admitir la elección (la duda se planteaba entre los 18 y 21 años), en atención a que actualmente en la gran mayoría de los Estados se adquiere la capacidad plena a partir de la aquella.

Los acuerdos sobre la ley aplicable se presentan como especialmente útiles para atender situaciones vinculadas a obligaciones alimentarias entre ente cónyuges y ex cónyuges.

b.1) Leyes que pueden ser elegidas, artículo 8.1

La facultad de las partes de elegir la ley aplicable está limitada a las siguientes opciones:

Ley del Estado de nacionalidad de una de las partes al momento de la elección, artículo 8.1.a. Es suficiente que la designación recaiga en la ley del Estado de nacionalidad de una de las partes, acreedor o deudor, tomándose en consideración la nacionalidad al momento de la elección, exigencia que garantiza la estabilidad del derecho aplicable independientemente de cambios registrados con posterioridad. En caso de pluralidad de nacionalidades, ante el silencio del Protocolo, se ha considerado que la designación puede hacer referencia a la ley de cualquiera de las nacionalidades de las partes.

Ley del país de residencia habitual de una de las partes al momento de la elección, artículo 8.1.b. Al igual que en el caso de la nacionalidad, la residencia habitual que se considera es aquella existente al momento de la elección.

Ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicable a tales relaciones, artículo 8.1.c.

Se trata de una opción que atiende la situación de cónyuges y ex cónyuges y plantea dos posibilidades. La primera consiste en que las partes pueden optar para regular sus obligaciones alimentarias por la ley que han elegido para regir sus relaciones patrimoniales. Como la ley aplicable al régimen matrimonial de bienes no es regulada por el Protocolo, la categoría queda sujeta a lo que disponga el sistema de DIPr. (convencional o de fuente nacional) de cada Estado, por lo que si la legislación del foro actuante no admite la posibilidad de elección del derecho aplicable al régimen conyugal de bienes o establece condiciones para su validez que no se han cumplido, la elección no será válida.

El apartado admite igualmente que los cónyuges sometan la obligación de alimentos a la ley que efectivamente regule sus relaciones patrimoniales.

La ventaja de la posibilidad de elección prevista por el apartado en sus dos opciones, se traduce en someter la totalidad de las cuestiones patrimoniales referidas al matrimonio, incluidas las cuestiones alimentarias, a una sola ley.

Ley designada por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada al divorcio o separación de cuerpos, artículo 8.1.d

La posibilidad que las partes puedan designar la ley aplicable al divorcio o la separación es admitida en DIPr. por un número limitado de Estados¹⁶, razón por la que sólo en caso de ser reconocida dicha facultad por el sistema de conflicto del foro actuante (convencional o de fuente nacional), la opción será viable.

Las partes también podrán optar por sujetar el régimen de los alimentos a la ley efectivamente aplicada al divorcio o la separación.

b.2) Modalidad de la elección, artículo 8.2

La elección para ser válida debe constar por escrito o ser registrada en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para posterior consulta. La exigencia responde a necesidades probatorias y se ha señalado que la exigencia sirve, asimismo, para llamar la atención de las partes y en especial del acreedor, acerca de la importancia de la elección, protegiéndolas de una elección no ponderada.

La posibilidad de sustituir el escrito por “un registro en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para una posterior consulta”, facilita el uso de nuevas tecnologías. Esta posibilidad no exime, empero, de la exigencia de la firma por ambas partes, por lo que un documento extendido de modo electrónico será válido en tanto sea acompañado de firma electrónica.

b.3) Restricciones en la elección de la ley

Límite resultante de la ley de la residencia habitual del acreedor, artículo 8.4. El numeral dispone que no obstante el derecho elegido por las partes en aplicación del numeral 1, la ley de la residencia habitual del actor al momento de la designación determinará si el acreedor puede renunciar a los alimentos. Se trata de una limitación introducida en la Sesión Diplomática a propuesta de la Comunidad Europea¹⁷, siendo su objeto evitar que por medio de la elección de una ley poco protectora, el acreedor

¹⁶ A nivel europeo algunos ordenamientos admiten que las partes puedan elegir el derecho aplicable al divorcio o la separación, tales, los derechos de Alemania, Bélgica, Holanda.

¹⁷ Documento Trabajo No 5, Comisión II.

pueda verse obligado a renunciar a la prestación de alimentos a la que tendría derecho según la ley aplicable a falta de elección. En casos de asignación al acreedor de un capital destinado a cubrir futuras necesidades alimentarias, se ha considerado que ello no supone una renuncia a los mismos y por consiguiente no resulta aplicable la presente salvaguarda.

Necesidad que las partes sean debidamente informadas y sean conscientes de las consecuencias de la ley designada, artículo 8.5

Esta limitación supone otorgar un poder moderador a la autoridad que conoce de la demanda de alimentos. Si dicha autoridad observara que la aplicación de la ley designada implica para el caso concreto “consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes”, no aplicará dicha normativa y la prestación ha de regirse, entonces, por el derecho señalado por las conexiones previstas por los artículos 3 a 5. Se trata de una cláusula de escape fundada en consideraciones de justicia material que responde a la potestad que muchos derechos confieren al juez de corregir, e inclusive descartar, los acuerdos de alimentos cuando conduzcan a resultados injustos. Este poder moderador de la autoridad actuante reconoce como límite que “las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada”.

b.4) Cuestiones referidas a la existencia y validez del acuerdo

El Protocolo omite el tratamiento de tales cuestiones, no regulando, *vr. gr.*, los efectos de un eventual vicio del consentimiento. Frente a la ausencia de regulación convencional, se ha dicho que es frecuente en los Convenios de La Haya someter la validez de la *optio legis* en lo relativo a la existencia y valor del consentimiento a ley que sería aplicable si fuere válido el acuerdo entre partes. Tal, lo previsto por los Convenios de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales, artículo 10; de 22.12.1986 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Venta

Internacional de Mercaderías, artículo 10.1; y de 1.8.1989 sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, artículo 5.2.¹⁸

I) Sustitución de la conexión nacionalidad por la conexión domicilio, artículo 9

Se faculta que los Estados que consagran la conexión “domicilio” en lugar de la “nacionalidad” en materia de relaciones de familia, puedan informar a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya que en los casos presentados antes sus autoridades se sustituirá la conexión nacionalidad por el domicilio. La disposición fue recibida por la Sesión Diplomática a propuesta de la Comunidad Europea (Doc. de Trabajo No 2 de la Comisión II) y tiene por finalidad facilitar la aplicación de Protocolo en aquellos ordenamientos que, como varios derechos sudamericanos y del *common law*, no acogen en materia de derecho de familia el punto de conexión nacionalidad. En relación al concepto de la conexión “domicilio”, se ha entendido que será el que le atribuya el Estado que hace la opción.

La sustitución de la conexión nacionalidad sólo es admitida respecto a los artículos 4 y 6 del Protocolo, esto es, en relación a aquellas disposiciones que refieren a la nacionalidad común de las partes. De acuerdo al artículo 4 la sustitución tendrá como consecuencia en los Estados contratantes que hayan hecho uso de la opción, que el acreedor que no pueda obtener alimentos ni por la ley del Estado de su residencia habitual ni según la ley del foro, apartados 3 y 4, deberá fundar su petición en la ley del país en el que ambas partes tengan su domicilio. En el caso del artículo 6, la sustitución determina que el deudor de alimentos podrá oponerse a la pretensión en tanto no exista obligación alimentaria según las leyes de su residencia habitual y la ley del Estado del domicilio común, si existiere. En estos casos la sustitución sólo tiene

¹⁸ En el mismo sentido, entre otros, Convenio de Roma de 19.6.1980 sobre ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, artículos 3.4 y 8.1; Reglamento “Roma I” (Reglamento CE 593/2008), artículos 3.5 y 10.1.

efectos para el Estado Parte que ha hecho uso de la opción, en tanto que para los demás Estados seguirá aplicándose la conexión nacionalidad.

La opción prevista por el artículo 9 no contempla la situación descrita por el artículo 8. no obstante utilizar también éste la conexión nacionalidad, apartado 1.a, por lo que la elección de la ley nacional de una de las partes en estos casos debe ser considerada válida aún para los Estados que hayan hecho la opción en examen.

J) Derecho de los organismos públicos a requerir reembolsos, artículo 10

La norma dispone que el derecho de los organismos públicos a solicitar reembolso de las prestaciones proporcionadas a título de alimentos al acreedor se rige por la ley a la que esté sujeto el organismo. Disposición que tiene antecedentes en el artículo 9 del Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. Una norma con el mismo contenido aparece consagrada en el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos, artículo 36.2.

Cabe resaltar que lo que rige “la ley a la que está sujeto el organismo”, es el derecho a “solicitar el reembolso”, en tanto que la existencia y alcance de la deuda alimenticia son regulados por la ley aplicable a la obligación, artículo 11.f. Si bien en la práctica han de coincidir la ley reguladora del derecho del organismo público a solicitar el reembolso y la ley aplicable a la obligación alimenticia (en los casos en los que la obligación alimentaria se rija por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, pues en dichas situaciones el organismo público que proporciona las prestaciones al acreedor normalmente actúa en el Estado de residencia de éste), puede suscitarse una disociación, en los casos en que la obligación de alimentos es regida por una ley distinta a la de la residencia habitual del acreedor en aplicación de los artículos 4, 5, 7 u 8.

K) Ámbito de la ley aplicable, artículo 11

Al igual que sus precedentes, Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 10 y Convención Interamericana de

Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 7, la disposición especifica las cuestiones que son regidas por la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. Dado que el acápite del artículo utiliza la expresión “en particular”, la enumeración no es exhaustiva.

Se especifica que la ley aplicable a la obligación de alimentos ha de regular:

- “si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos”, literal a. El Protocolo mantiene el enfoque de los Convenios sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 1956, artículo 1, párrafo primero, y de 1973, artículo 10.1, previendo que una misma ley determine si el acreedor puede solicitar alimentos, en qué medida y a quién, evitando el desglose entre existencia y alcance de la obligación alimentaria que en algunos derechos es recibida¹⁹.
- “la medida en que el acreedor pueda reclamar alimentos retroactivamente”, literal b. En tanto los sistemas jurídicos muestran soluciones heterogéneas en la materia, la determinación de la ley aplicable a la cuestión resulta importante.
- “la base de cálculo de la cuantía de los alimentos y de la indexación”, literal c. La ley aplicable a la obligación de alimentos se consideró que correspondía que regulara la determinación del *quantum* de los mismos y su actualización. Frente al planteo de distintas posiciones, la Comisión Especial entendió que estas cuestiones estaban directamente vinculadas al alcance de la obligación de alimentaria y en consecuencia debían estar sujetas a ley aplicable a la misma.
- “quien puede iniciar un procedimiento en materia de alimentos, salvo las cuestiones relativas a la capacidad procesal y a la representación en juicio”, literal d. Se trata de una solución coincidente con la prevista en el Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 10.2. Quien puede iniciar el procedimiento es en principio el acreedor, pero cuando se trata

¹⁹ Tal, el derecho de algunas Provincias de Canadá, (Bonomi, 2007, p.38).

de un menor o un incapaz mayor de edad, la acción será entablada por sus representantes.

-“la prescripción o los plazos para iniciar una acción”, literal e. La prescripción de la acción alimenticia queda sujeta a la ley aplicable a la cuestión de fondo, los alimentos, entendiéndose la prescripción como una cuestión sustancial y no procesal, regida por la *lex fori*²⁰. Situación distinta es la referida a la determinación del plazo durante el cual se puede reclamar por atrasos en materia de alimentos en base a la ejecución de una decisión extranjera. Tema que por su índole procesal no es tratado por el Protocolo, sino por el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos, artículo 32, parte final 5²¹.

-“el alcance de la obligación del deudor de alimentos, cuando un organismo público solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a título de alimentos”, literal f. Mientras que el derecho del organismo público a solicitar el reembolso de una prestación proporcionada al acreedor a título de alimentos se rige, según se ha visto, por la ley a que se encuentra sujeto el organismo, artículo 10, la ley aplicable a la prestación alimenticia es la encargada de regular la existencia y alcance de la obligación del deudor de alimentos frente al organismo. Disposición con antecedente en el artículo 10.3 del Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

L) Exclusión del reenvío, artículo 12

El artículo dispone que las normas de conflicto del Protocolo remitan a la ley interna de un Estado con exclusión de sus normas de conflicto de leyes²². Solución

²⁰ En el mismo sentido, Convenio de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 10.2.

²¹ Artículo 32, parte final, “El plazo de prescripción para la ejecución de los atrasos se determina bien conforme a la ley del Estado de origen de la decisión, bien conforme a la ley del Estado requerido. Según la que provea un plazo más largo”.

²² Cabe señalar, empero, que algunos Convenios como el de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, contemplan como excepción a la exclusión del reenvío, consagrada en el artículo 21, apartado 1, que si la ley aplicable fuera la de un Estado no contratante y

recibida, entre otros, por los Convenios de 1973 sobre Ley Aplicable a la Obligaciones Alimenticias, artículo 4, cuando dice: “La ley interna del lugar de la residencia habitual del acreedor regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el art.1”²³; de 5 de julio de 2006 relativo a la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, artículo 10; y de 13.1.200 sobre Protección Internacional de los Adultos, artículo 19; etc.

LL) Orden público, artículo 13

Prevé la posibilidad de no aplicar la ley señalada por las normas de conflicto del Protocolo, “en la medida que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro”.

El artículo consagra, al igual que otros Convenios de La Haya, así como a nivel interamericano²³, la excepción de orden público internacional, que opera cuando identificado el derecho extranjero señalado por la norma de conflicto, se constata que

las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante, se aplicará la ley de este último, numeral 2 del artículo citado.

²³ La excepción de orden público internacional es definida en el DIPr. interamericano por la Convención de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 5, y al respecto Uruguay formuló una “Declaración” relativa al “Alcance que le otorga al Orden Público”, que en su parte medular sostiene: “La República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula de orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público de cada Estado. Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada importa una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios de orden público intencional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”. Conceptos recibidos en el DIPr uruguayo de fuente nacional por el Código General del Proceso, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo I, “Normas Generales”, artículo 525.5 y reiterados y ampliados, por el Proyecto de ley General de DIPr, Título I, “Normas Generales”, artículo 5, “Orden público internacional”, “Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asiente su individualidad jurídica. Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados por la Constitución y las convenciones internacionales de las que la República sea parte”. En relación a los alimentos, la excepción es acogida por la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 22.

su contenido afecta de modo grave, concreto y manifiesto, normas y principios esenciales al ordenamiento jurídico al que pertenece la autoridad actuante.

M) Determinación de la cuantía de los alimentos, artículo 14

Se trata de una norma material actuante aun cuando la ley aplicable de acuerdo a lo dispuesto por la norma de conflicto prevea algo distinto y dispone qué para determinar la cuantía de la prestación alimentaria se tomarán en consideración las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar del pago periódico de alimentos. Solución sustancialmente coincidente con el artículo 11, párrafo dos, del Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de 1973 y el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989.

N) Aplicación del Protocolo a sistemas jurídicos no unificados

Los artículos dan respuesta a la remisión por las normas de conflicto del Protocolo a sistemas plurilegislativos ya de índole territorial, ya de índole personal.

a) Sistemas no unificados de carácter territorial, artículo 16

Para determinar la ley aplicable cuando la remisión es a un ordenamiento jurídico que comprenda dos o más unidades territoriales cada una de ellas con su propio sistema jurídico o conjunto de normas relativas a la materia, el apartado 2 dispone: a) si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicables las leyes de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad; y b) en ausencia de tales normas, esto es, de manera subsidiaria, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones previstas por el apartado 1 del artículo, que indican cómo deben ser interpretadas las referencias relativas a: “a ley del Estado”, literal a; “a las autoridades competentes u organismos públicos de dicho Estado”, literal b; “a la residencia habitual en ese Estado”, literal c; “al Estado del que dos

personas tengan nacionalidad común”, literal d; “al Estado del que es nacional una persona”, literal e.

b) Sistemas jurídicos no unificados de carácter personal, artículo 17

La disposición se aplica al caso en que la ley designada por el Protocolo pertenezca a un Estado con varios sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas, vr. gr., por razones religiosas. En estas situaciones la remisión deberá interpretarse como una referencia al sistema jurídico determinado por las normas en vigor en dicho Estado.

O) Coordinación con anteriores Convenios de La Haya en materia de obligaciones alimenticias, artículo 18

Aclara que entre los Estados contratantes el Protocolo sustituye a los Convenios de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias y de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores. La sustitución ha de producirse, lógicamente, entre Estados Partes del Protocolo, por lo que los Convenios anteriores se continuarán aplicando para los países que hubieren aprobado el Protocolo en sus relaciones con aquellos Estados que son Partes de los convenios, pero no de aquel.

P) Coordinación con otros instrumentos, artículo 19

Salvo declaración en contrario, el Protocolo no deroga otros instrumentos internacionales de los que los Estados sean o lleguen a ser Partes y contengan disposiciones sobre temas regulados por el instrumento en estudio. Disposición de interés para el caso de Estados Partes de la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias que se vinculen al texto de La Haya. De acuerdo al apartado 2, lo dispuesto por el apartado 1 también resulta aplicable a leyes uniformes basadas en la existencia de vínculos especiales de carácter regional o de otra naturaleza entre los Estados contratantes.

Q) Interpretación uniforme, artículo 20

A través de esta disposición, clásica en los textos de La Haya, se indica que los Estados Partes al interpretar el Protocolo tendrán en consideración su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, por lo que, en consecuencia, las autoridades de los Estados contratantes deberán atender, en lo posible, las resoluciones adoptadas en la aplicación del Protocolo por las autoridades de los demás Estados, con la finalidad de propender a una necesaria aplicación homogénea del acuerdo.

Tales, algunas reflexiones referidas a las principales soluciones consagradas por el Protocolo de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias.

Bibliografía

- ALFONSÍN, Q. (1961) *Sistema de Derecho Internacional Privado*, tomo 1. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2008) "El Nuevo Convenio de La Haya Sobre el Cobro Internacional de Alimentos Para los Niños y Otros Miembros de la Familia". *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LX (2), 491 - 522.
- BONOMI, A. (2007) *Protocolo de La Haya de noviembre de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias. Informe Explicativo*. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Oficina Permanente.
- CALVO CARAVACA, A - L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017) *Derecho Internacional Privado*, tomo II, decimoséptima edición. Granada: COMARES.
- CERDEIRAS, J. (2009) "Jurisdicción, Ley Aplicable y Cooperación Internacional en Materia de Obligaciones Alimentarias". *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, tomo XVIII, 191- 213.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2013) *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo II, Parte Especial, volumen 1, segunda edición. Montevideo: FCU.
- OPERTTI BADAN, D. (1988) *Exposición de Motivos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Conflicto de leyes en materias de Alimentos para Menores*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño. Unidad de Asuntos Jurídicos.
- PÉREZ VERA. E. (1990) *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial. Madrid: Tecnos.

- RAPALLINI, L. (2011) *Cobro de Alimentos en el Extranjero. Perspectivas de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*. Seminario de Derecho Internacional. Cooperación Jurídica en Materia de Derecho de Familia y Niñez. OEA/Sec. General, DDI/doc.13/11, 11.10.2011.
- SANTOS BELANDRO, R. (1999) *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*. Reglas de Conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas, segunda edición. Montevideo: FCU.
- SCOTTI, L. (2017) "Las Obligaciones Alimentarias" *Manual de Derecho Internacional Privado*, Capítulo XV. Buenos Aires: THOMSON REUTER - LA LEY.
- SIMON DEPITRE, M. (1963) "La protection des mineurs en droit international privé après l' arrêt Ball de la Cour Internationale de Justice". *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, pp.109 - 138.
- TELLECHEA BERGMAN, E. (1989) "Análisis de la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores". *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, (4), 131 - 149.
- TELLECHEA BERGMAN, E. (1993) "La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Moderno Derecho Internacional Privado Interamericano". *IINFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano de Niño - OEA*, tomo 65, no 232.
- VERWILGHEN, M. (1975), "Actas y documentos de la Duodécima sesión, tomo IV, Obligaciones alimenticias" disponible en la página web de la Conferencia en www.hcch.net, bajo los epígrafes "Publicaciones" y "Informe explicativos", pp. 383 a 465.
- VON STEINGER, W. E. (1964) "La protection des mineurs en droit international privé". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tomo 112.

El interés superior del niño y sus límites

The best interests of the child and its limits

Por Soledad Torrecuadrada García-Lozano *

Fecha de recepción: 30/06/2019

Fecha de aceptación: 06/08/2019

Resumen: El Interés Superior del Niño (ISN) no nos aporta soluciones generales, sino que proporciona un instrumento de ponderación de las circunstancias relevantes en presencia, lo que nos puede conducir a una solución u otra diferente, en función de cuál sea el contexto en cada caso y, del niño concreto en relación con el cual se vaya a adoptar la medida.

A pesar de la relevancia del ISN en cuantas decisiones puedan afectar directa o indirectamente a un niño o a un grupo de ellos, tenemos que ser conscientes de que, como el resto de las instituciones jurídicas, el elemento de ponderación está implícito en aquellas, para intentar equilibrar los intereses en presencia y evitar soluciones indeseadas.

Palabras clave: Límites al interés superior del niño; Problemas para la identificación.

Abstract: The Best Interest of the Child (BIC) does not provide us with general solutions, but rather provides an instrument for weighting the relevant circumstances, which can lead to a solution or another completely different, depending on the context in each case and, of the specific child in relation to whom the measure is to be adopted.

Despite the relevance of the BIC in how many decisions can directly or indirectly affect a child or a group of them, we have to be aware of, like the rest of the

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Es Profesora Titular de Universidad (2000) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid.

legal institutions, the weighting element is implicit in those, to try to balance interests in presence and avoid unwanted solutions.

Keywords: Limits to the best interests of the child; Problems for the identification.

Sumario: I. Introducción. II. Problemas para la identificación del interés superior del niño: 1. El relativismo; 2. La relevancia del derecho a ser escuchado; 3. Situaciones distintas del derecho de familia; 4. Procedimiento. III. Límites del interés superior del niño: 1. El orden público; 2. El interés superior del colectivo "niños"; 3. La Convención como límite; 4. La razonabilidad. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

El interés superior del niño (INS, en adelante) surge y se desarrolla en el derecho de familia desde el siglo XVIII (mencionándose por primera vez en la Sentencia *Blissets*, 1774, en 98, Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C. J.), también en LAING:1988:335). Dos siglos más tarde, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (en adelante, la Convención), supuso un gran avance, puesto que si bien los niños eran ya titulares de todos los derechos humanos, en tanto que personas, con la salvedad de aquellos que, como los derechos políticos, se encuentran reservados para los adultos¹, su interés superior no se veía claramente reflejado en las normas en materia de derechos humanos vigentes hasta ese momento.

Tres décadas antes de la Convención, la Declaración de los Derechos del niño de 1959 (resolución 1386-XIV de la Asamblea General de Naciones Unidas), incorporaba el ISN en el Principio segundo, al establecer que los Estados, cuando la actividad legislativa estatal pueda afectar a los niños “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. También el Principio séptimo en su segundo párrafo se refiere a él cuando establece que “El interés superior del niño debe

¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos solo se refiere expresamente a los niños cuando alude al especial cuidado y asistencia debidos a la maternidad y la infancia (art.25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), antes de ella la Declaración de Ginebra de 1924 no incorporaba derechos de los niños sino deberes respecto de ellos

ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de educación y orientación...”

Sin embargo, su consolidación internacional y expansión material alcanzando a todos los derechos del niño (Lora, 2006, p. 482) se produjo como consecuencia de la Convención² que expresamente se refiere a este concepto en siete ocasiones, siendo la principal de todas ellas, la incorporada en el artículo 3.1, al proclamar que todas las medidas que puedan afectar 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.” De este contenido derivan tres tipos de obligaciones para los Estados parte en la Convención (en mayo de 2019 son 196), de acuerdo con lo establecido en la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del niño (en adelante, el Comité) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (parágrafo 14): a) Garantizar que el ISN se integra de manera adecuada y se aplica sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas; b) Velar por que todas las decisiones, las políticas y la legislación relacionadas con los niños han de tener como fundamento su interés superior, de modo que habrán de motivarse conforme a él; y, c) velar para que en todos los casos en los que las decisiones potencialmente afecten a un niño (sea directa o indirectamente) se adoptarán teniendo como consideración primordial el interés superior de éste. Además, ese interés no solo ha de orientar las decisiones a adoptar,

² Hay otros textos internacionales que tienen por objeto la protección de la infancia, como las Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, pueden leerse en: <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>), o las Directrices de Riad (Directrices de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia juvenil, pueden verse en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PreventionOfJuvenileDelinquency.aspx>), pero a diferencia de la Convención, estos textos carecen de efectos jurídicamente vinculantes para los Estados. También contamos con otros textos de naturaleza convencional que, con carácter sectorial, incorporaban este principio, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, cuyo artículo 16.1.d) establece que “los intereses de los hijos serán una consideración primordial”.

sino también implica que todas ellas han de estar fundamentadas en el interés del niño y motivarse desde esta perspectiva.

El resto de las menciones contenidas en la Convención son concreciones de la formulación del artículo indicado en aspectos específicos (artículos 9.1, 9.3, 18.1, 21 o 37). Además de la redacción del artículo 3 de la Convención se desprende la necesaria ponderación, o lo que es lo mismo que “el interés del menor entra en un término comparativo/ponderativo con los intereses de otros sujetos implicados en el litigio de que se trate” (Belloso, 2017, p.17), que produce como resultado la prevalencia o la consideración del interés del niño como superior a otros que pudieran estar en juego. Así lo ha introducido la modificación de la Legislación española producida en el verano de 2015, al expresar el artículo 2.4, que “En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el ISN sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”³.

En consecuencia, se amplía exponencialmente el ámbito de aplicación del ISN que, en palabras de Liborio Hierro “se convierte ahora en un principio que inspira el reconocimiento jurídico de los derechos de los niños y los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos” (2015, 24). Por otra parte, su incorporación en los ordenamientos nacionales deriva de la Convención, motivo por el cual el Comité en sus observaciones finales a los informes a los Estados directa o indirectamente, evidencia su preocupación en este punto⁴.

En todo caso, es un principio y un derecho subjetivo que viene impuesto por la Convención y que ha sido acogido y desarrollado a ambos lados del Atlántico por sus

³ Se trata de la modificación producida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en *Boletín Oficial del Estado* núm. 175, de 23/07/2015, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, que ha producido el texto actualmente vigente de este último texto.

⁴ En el caso de Argentina, véanse las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, de 1 de octubre de 2018, especialmente párrafos 28.b, 38b, 39 y 45d), en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=en; en relación con España, véanse las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018, párrafo 16.

respectivos sistemas regionales de protección de derechos humanos. En la UE, la incorporación del ISN en los ordenamientos estatales, se exige también por la Carta de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 24.2 se expresa en términos muy similares a los de la Convención⁵. En cuanto al Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) desprende su presencia de la redacción del artículo 19 de la Convención americana (“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”). De esta formulación, la CIDH ha apreciado que el ISN se traduce en la protección especial, reforzada que todos los derechos deben tener cuando se refieren a niños y niñas⁶.

Pese a ello, la expresión del ISN provoca algunos problemas que la Observación General número 14 del Comité no consiguió despejar, como la triple naturaleza de la que se le dota, la multiplicidad de sus titulares, la indeterminación del concepto, su identificación así como la posible existencia de límites. En relación al primero de ellos, la misma Observación afirmó que nos encontramos ante un derecho sustantivo de los menores de edad; “un principio jurídico interpretativo fundamental”; y, “una norma de procedimiento” (parágrafo 6), además de ser el fundamento de la propia Convención. Todo ello, unido a que se trata de un concepto jurídicamente indeterminado, lo que deriva de su “volatilidad”, en palabras de S. Rodríguez Jiménez (2013, p.5) -al que hay que dotar de contenido ponderando las circunstancias concretas del caso en presencia- y dinámico, pues supone la adaptación de la solución a las

⁵ El art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales establece que “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial” (lo mismo que dice, por otra parte, la Constitución mexicana). Por su parte, el apartado precedente, el artículo 24.1 indica: «Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.»

⁶ Así en el caso de la Masacre de las dos erres v. Guatemala, parágrafo 184 (sentencia de 24 de noviembre de 2009, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf) o en el caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana parágrafo 134 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf), o en la Opinión consultiva OC 17/02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño, p. 41(http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

necesidades actuales del niño, por lo que han de ser medidas revisables o reajustables a la modificación de las necesidades, pero manteniendo la necesaria estabilidad que requiere el menor.

El segundo de los problemas se encuentra en la identificación de ese interés, aspecto en el que me voy a centrar en este trabajo en un primer momento, para pasar posteriormente a la cuestión de su alcance, con el propósito de identificar si es un concepto absoluto o no y, en este último caso, cuáles son los límites del interés superior. Hemos de observar que la indeterminación del concepto unida a su consideración superior respecto de otros intereses en causa provoca la necesidad de intentar concretar los criterios de identificación del interés superior, así como de sus límites.

II. Problemas para la identificación del interés superior del niño

Con todos los problemas que pueda tener la identificación del ISN, no podemos cometer errores al determinarlo. Sabido es que las experiencias vividas durante la niñez determinan no solo la personalidad sino también las capacidades de la persona para el futuro⁷. La CIDH ya indicó que el ISN debe interpretarse como “la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad” (parágrafo 184 de la Sentencia de la en el asunto dos erres contra Guatemala). En consecuencia, un error en su identificación puede afectar al disfrute del resto de derechos de los que es titular el menor afectado.

Siendo evidente lo anterior, es imposible omitir los riesgos que derivan de la suma de la volatilidad del “ISN” y su prevalencia en la ponderación respecto de cualquier otro interés en presencia, lo que nos conduce a la necesidad de concretar o

⁷ Recordemos en este punto la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de marzo de 2007, Thiermann y otros c. Noruega (nº 18712/03), en el que los demandantes que habían pasado por un centro del proyecto Lebensborn percibían prestaciones por discapacidad psíquica, debido precisamente a las experiencias sufridas a lo largo de su infancia (Sobre esta cuestión Torrecuadrada, 2019, p.181).

limitar este concepto, para evitar, como indica C. Madrigal “que llegue o pueda llegar a no significar absolutamente nada” (2017, p. 16). Otro de los problemas que se suscitan, como indica A. Díez Ojeda (1998, p. 25) deriva del hecho de que “se han cometido y aún se cometen algunos abusos invocando el INS”, riesgo que merece la pena correr pues la ausencia de consideración provoca resultados mucho peores de los producidos derivados de aquellos.

En España dos casos nos recuerdan la importancia de la correcta ponderación del ISN: uno es el del niño del Royo y el otro, el de Angela González Carreño. El primero, versaba sobre un niño que había residido durante diecisiete meses con padres preadoptivos, hasta que un juez determinó que debían entregar al pequeño a sus padres biológicos, padeciendo la madre un trastorno bipolar y el padre una grave esquizofrenia (Informe Prodeni 2007). No es de extrañar que desde entonces la vida de este niño haya sido una sucesión de entradas y salidas a los centros de menores (<https://www.larazon.es/se-acuerda-del-nino-de-el-royo-su-odisea-continua-en-un-centro-de-menores-DD13546410>). Los hechos que sustentan el segundo de los casos tiene un final aún más duro: se trata de una pareja separada con una hija asesinada por su padre durante el régimen de visitas sin vigilancia, pese a las reiteradas solicitudes de la madre (Ángela Rodríguez Carreño) realizadas con el propósito de proteger a su hija (<https://juris.ohchr.org/Search/Details/1878>). Del mismo modo que en el caso anterior no se consideró adecuadamente el interés superior de la niña afectada, vulnerándose de igual modo su derecho a ser escuchada (id. parágrafos 3.8, 3.9 y 3.13, entre otros). Este caso motivó que el Defensor del Pueblo (Recomendación de 19/11/2014) hiciera suya la recomendación del CEDAW en este punto.⁸

En la identificación del ISN en cada caso particular, hemos de tener en cuenta, entre otras cuestiones, el relativismo de la concreción del interés al supuesto concreto

⁸ “los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estudiar los derechos de custodia y de visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o de custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberían prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia” (recomendación b.i)

o la relevancia del derecho a ser escuchado, junto con el procedimiento a seguir para adoptar la decisión, aspectos a los que dedicaremos las páginas siguientes.

1. El relativismo

El relativismo deriva de la singularidad de la evaluación del ISN que ha de tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla cada niño, grupo de ellos o la categoría de niños en general. lo que puede conducirnos a aplicar soluciones distintas en función de las circunstancias particulares en las que se desarrolle el niño, debiendo también abordarlo en relación con grupos de niños o como fundamentación de una medida legislativa aplicable. Aunque en todos los casos, hemos de justificar la adopción de la decisión en el ISN, la naturaleza de concepto jurídico indeterminado produce un margen de apreciación que puede avocarnos a un riesgo real de subjetividad por parte del órgano decisor, recordemos que el margen de apreciación no es discrecionalidad.

Acerca de la relevancia del contexto y los prejuicios que puedan derivar de algunas situaciones, contamos con el ejemplo del caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, en el que la CIDH estableció que, en las circunstancias concretas del caso, no se había probado que la convivencia de las niñas con su madre y su nueva pareja (otra mujer) pudiera afectarles negativamente. Afirmación de la que no puede extraerse una enseñanza general dado que, si los informes de los peritos evidenciaron esa afectación, la solución del juez, en aras al ISN del menor, sería distinta.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante)⁹ encontramos dos casos objetivamente similares en los que el padre biológico solicita ejercer el derecho de visita de su hijo cuyo padre legal es el esposo de la madre, lo que la legislación alemana vigente no permite. Sin embargo, en uno de ellos el TEDH consideró que el hecho diferencial que permitía decidir en sentido contrario respecto de ambas solicitudes era que los gemelos nacidos

⁹ El TEDH no se pronuncia sobre el interés superior del niño porque no aparece en cuanto tal en el Convenio Europeo y, normalmente cuando se ha hecho alusión a él ha sido para reivindicar el derecho a una vida familiar (art.8). En este sentido, el TEDH solo controla si los tribunales nacionales han hecho uso razonable de su margen de apreciación y no vulneran los derechos reconocidos en el Convenio.

(Anayo c. Alemania n° 20578/07, de 21 de diciembre de 2010), que el ISN requería prevenir los posibles problemas que pudieran derivar del color de su piel, distinto al del resto de su familia y compañeros del colegio. Por este motivo, el ISN indicaba la conveniencia de conceder el ejercicio pedido y así resolver las dudas que pudieran surgir sobre sus orígenes. Es la ausencia del hecho diferencial en el segundo caso (Ahrens c. Alemania n° 45071/09, de 22 de marzo de 2012) el que motiva la distinta solución, al no poder considerar el elemento determinante en el anterior (Sanz Caballero, 2017).

El ISN es también el fundamento de la actividad legislativa y, en ocasiones, defienden soluciones opuestas. Así, en algunos códigos penales de Oriente Medio (Libia, Argelia, Palestina, Iraq, Siria o Bahrein, por ejemplo), permiten eludir las penas de cárcel al violador o al secuestrador si contraen matrimonio con su víctima¹⁰. Cuando esta es menor la medida encuentra fundamento en el ISN puesto que en las sociedades patriarcales, la violada se contempla como una *propiedad defectuosa*, que con el matrimonio salva su honor, el de su familia, llegándose a afirmar que evita la prostitución. A pesar de ello, considero que el único interés que se protege con el mantenimiento de esta disposición (182 del Código penal en el caso de Kuwait) es el del agresor que evita la cárcel y tiene a la víctima en casa, para su violación sucesiva y “legal”.

Además, el INS es un parámetro de interpretación de la norma aplicable. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que en un supuesto de tutela (concretamente, de kafala, vid. Infra), si bien el tutelado no es descendiente directo del tutor y, en consecuencia, no es miembro de la familia de su familia a los efectos de las

¹⁰ Informe del Comité sobre Kuwait: se muestra preocupado porque el «secuestrador evitará el castigo en caso de que contraiga matrimonio legalmente con la niña a la que secuestró, a condición de que el matrimonio sea aprobado por el tutor de esta» instando a la derogación del «artículo 182 del Código Penal y garantizar que todos los casos de abuso sexual y secuestro de niños sean debidamente enjuiciados y que los autores sean llevados ante la justicia y reciban penas acordes con la gravedad de sus delitos. El Comité también insta al Estado parte a definir el abuso sexual como el mantenimiento de una relación sexual sin consentimiento y tipificarlo como delito» parágrafos 47 y 48: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/479/71/PDF/G1347971.pdf?OpenElement>

normas de la Unión Europea, cuando los Estados miembros interpreten este concepto para considerar el derecho de los familiares de un ciudadano de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe interpretarse a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales (en concreto artículos 7 y 24.2). Es decir, teniendo como parámetro interpretativo el ISN, en cuyo caso, si se demuestra que el tutor y el tutelado tienen una vida familiar efectiva dependiendo el último del primero, debería verse alcanzado por los efectos de la norma debido a esa efectividad y dependencia.

2. La relevancia del derecho a ser escuchado

Un evidente instrumento para identificar el ISN es el derecho a ser escuchado (no simplemente oído), que es un derecho autónomo del interés superior pero un instrumento de gran valor para la determinación de este último. De conformidad con el Tribunal Constitucional español (sentencia 64/2019), nos encontramos ante un derecho y un deber “pues no deja de ser una manifestación de prueba testifical y el art. 292 LEC establece con carácter general la obligatoriedad de comparecer, aplicable a los que hubieren sido citados al juicio o a la vista”. En todo caso, se trata de un “derecho indisponible de los menores, como norma de orden público”.

Sin embargo, la opinión del menor interesado no vincula jurídicamente a quien ha de adoptar la medida que le afecta, pudiéndose apartar de ella si considera que con una posición diferente de la voluntad del niño se alcanza mejor su ISN. En este sentido, se asume que “no sean fiables los criterios del menor en cuestiones de índole racional, pero pueden serlo mucho más en las cuestiones no racionales, emotivas, afectivas, espirituales o más importantes en su personalidad presente y futura” (Madrugal, 2017, p.27).

Según Rivero Hernández (2007, p.202) el efecto que derive de la expresión del niño para la adopción de la decisión que le afecta depende “de su autenticidad (es decir, que sean realmente suyos y no inducidos por otra persona), razonabilidad (coherencia, realizabilidad de sus deseos, frente a idealismos y utopías) y conveniencia

para el propio menor”, cuya percepción puede ser cortoplacista y no atender a lo que le puede beneficiar a la larga. También dependerá evidentemente de la mentalidad de quien haya de adoptar la decisión, no se trata de identificar la solución más favorable para el órgano encargado de la decisión si fuera ese niño, sino para éste concreto en su propio contexto (familiar, educativo, cultural, religioso...). Resulta obvio que la edad y madurez del niño es importante en el momento de la consideración de su manifestación de voluntad.

Por lo que se refiere a la autenticidad de la voluntad expresada hay que tener en cuenta que el niño puede estar influenciado en mayor medida que un adulto por el contexto que le rodea o inducido por un adulto o puede ser más una conveniencia que un interés real. En este sentido, hemos de tener en cuenta el síndrome de alienación parental (Alascio, 2008, p.2), concepto controvertido a considerar en disputas por la custodia de los hijos. Según Gardner (1985) se trata de un trastorno infantil que supone la hostilidad hacia uno de los progenitores inducida voluntariamente por el otro. Si el tribunal concluyese que la voluntad del niño puede estar fundamentada en la presencia del síndrome de alienación parental este hecho debería repercutir sobre el efecto de lo expresado por el menor en ejercicio de su derecho a ser escuchado, debido al vicio de la voluntad manifestada.

Si el ejercicio del derecho a ser escuchado por parte del niño reúne las condiciones necesarias, podríamos plantear si bien aunque no sea formalmente vinculante esta expresión de voluntad, el órgano encargado de decidir la medida aplicable al caso concreto posee un valor especial frente al resto o es un elemento más. En este punto, entiendo que si lo que buscamos es el ISN y el niño ha actuado con madurez y responsabilidad deberá concedersele ese especial valor, aunque en último término deberá ser el mismo órgano decisor quien pondere si las palabras del niño han sido expresadas con las condiciones de fiabilidad antes apuntadas.

3. Situaciones distintas del derecho de familia

El ISN nace y se desarrolla primordialmente en el derecho de familia y, aunque tras la Convención se ha extendido a otros ámbitos materiales, es en aquel y especialmente en la regulación de la custodia de los hijos donde se considera con mayor frecuencia. Se ha observado en todos los ámbitos materiales que puedan afectar a los niños. Aquí, solo me referiré a dos de ellos: uno, la migración; dos, en los procesos penales.

En la actualidad en Europa se ha incrementado exponencialmente el número de menores que se desplazan no acompañados o junto con sus familias. En estos casos, la aplicación del ISN implica que la consideración de los niños como menores ha de primar sobre su situación jurídica como personas en situación irregular (caso *Tabitha Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga (Tabitha) c. Bélgica*). Lo que no suele ocurrir con frecuencia si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Así, por ejemplo, en relación al ingreso en centros de internamiento de extranjeros, ha establecido que “la protección del interés superior del menor implica, mantener a la familia junta, en la medida de lo posible, y considerar además alternativas que hagan que la detención de los menores sea solo una medida de último recurso” (*Popov c. Francia* §141). Junto con lo anterior, el TEDH establece que en aras al ISN debería limitarse en lo posible la detención de familias acompañadas por niños y preservar efectivamente el derecho a la vida familiar”, salvo evidentemente que existan indicadores fehacientes del propósito de fuga por parte de la familia en cuestión “la medida de detención durante quince días en un centro de seguridad parece desproporcionada en relación al fin perseguido” (*Popov c. Francia* §147). En el caso *Bristieva*, añade que la protección del ISN implica junto con lo anterior “considerar, en la medida de lo posible, cualquier alternativa a una medida de internamiento, siendo éste el último recurso a considerar” (*Bistieva* §78).

El Comité también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones, así en la comunicación presentada por *I.A.M. c. Dinamarca*, frente al peligro de una niña de ser sometida a ablación si es devuelta a su país de origen, entiende que la

inobservancia del ISN en el momento de evaluar la situación ha provocado esta decisión, por lo que “El Estado parte tiene la obligación de abstenerse de expulsar a la autora y a su hija a Puntlandia” y de evitar que el ISN se continúe violando.

Un ámbito material en el que evidentemente se ha visto alcanzado por el ISN es el derecho penal, ilustraremos esta afirmación con el Derecho de la Unión Europea¹¹, con una directiva que persigue armonizar la regulación en estos ámbitos materiales imponiendo obligaciones de resultado para los Estados miembros. Tiene por objeto “uniformar el derecho procesal penal de menores de los Estados miembros, estableciendo unas garantías procesales mínimas para los menores sospechosos o acusados en los procesos penales” (Pillado, 2019, p.62). El punto de partida de la Directiva en cuestión es la aplicación del ISN (curiosamente hay más menciones al principio -28- que artículos conforman la norma -27) al objeto de regulación (considerando 8), de modo que los procesos que afecten a menores deben tramitarse con urgencia y diligencia (artículo 13), en relación a los interrogatorios, solo podrán producirse en ausencia de letrado “caso por caso bien por una autoridad judicial o bien por otra autoridad competente cuyas decisiones puedan ser objeto de control jurisdiccional.” (art. 6.8 *in fine*).

Por otra parte, la evaluación individual es excusable, en la medida en que “Se podrá formular la acusación aun no existiendo una evaluación individual, siempre que ello sirva al interés superior del menor y que la evaluación individual esté disponible en cualquier caso cuando comience la vista oral del juicio ante el órgano jurisdiccional”. (artículo 7.6). Por lo que se refiere a la detención, deberá imponerse como último recurso (artículo 10.2), tendrá la menor extensión temporal posible (artículo 10.1) y que durante la misma, los menores se encuentren separados de los adultos “salvo si se considera que no hacerlo sirve mejor al interés superior del menor” (artículo 12.1). La Directiva regula otras cuestiones además de las recién indicadas,

¹¹ En concreto con la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, publicada oficialmente en Diario Oficial de la Unión Europea, serie L n° 132, de 21 de mayo de 2016.

pero su estudio conjunto desvela que la aplicación del ISN impone un régimen más favorable para los niños en situaciones alcanzadas por la norma que para los adultos, lo que se traduce en la correcta aplicación del principio en cuestión.

4. Procedimiento

Si bien desde una perspectiva teórica, la identificación del ISN consiste en “la subsunción del concepto jurídico indeterminado en el supuesto fáctico, personal, a que haya de aplicarse” (Rivero Hernández, 2007, p.73), ésta no es una operación matemática, por lo que el margen de apreciación (Pascual Vives, 217) tendrá una relevancia particular. En todo caso, la determinación del ISN será fruto de un procedimiento en dos fases (Observación General 14 del Comité): la primera de ellas con el propósito de determinar los elementos pertinentes en el caso en el contexto de los hechos concretos del caso; mientras durante la segunda se realiza la ponderación de los elementos en relación con los demás, siempre velando por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. Acerca de los primeros, Francisco Rivero Hernández (2007, p.276 y ss) indica no solo los elementos a ponderar (en una relación ampliada respecto de la indicada en la Observación general 14), sino también la relación temporal en la que han de considerarse, lo que teóricamente podría ayudarnos, al menos desde una perspectiva procesal, a identificar nuestro propósito con solvencia.

Si bien la determinación de los elementos relevantes puede ser una tarea complicada, la de su ponderación posee una dificultad añadida especialmente cuando el análisis de los distintos factores en presencia nos conducen a soluciones diversas en función del peso que concedamos a cada uno de ellos. En esta tarea, el órgano decisor habrá de ser especialmente minucioso y reflexivo para pensar exclusivamente en la mejor de las medidas para el niño concreto en su particular contexto, cuyo interés ha de guiar nuestra conclusión.

El TEDH (Bistieva c. Polonia §78) establece que el Derecho Internacional “en todas las decisiones donde haya niños involucrados debe ser primordial su interés

superior” y que esta consideración ha de tenerse en cuenta al valorar la proporcionalidad de la medida a aplicar (Popov c. Francia). En consecuencia, evidentemente, el INS se considera en la segunda fase del procedimiento apuntado por Rivero.

III. Límites del interés superior del niño

De la aplicación práctica del ISN realizada por la jurisprudencia se observa que genera soluciones que benefician al progenitor *tramposo*. Por tanto, a pesar de su relevancia ha de encontrar límites, a cuya identificación vamos a dedicar las páginas que siguen.

1. El orden público

Vamos a intentar visualizar el orden público como límite del ISN desde la doble perspectiva del Derecho interno y el Derecho Internacional. Si el orden público nacional se concibió para “salvaguardar los principios, valores e intereses más esenciales del Estado” (Jiménez Solares, 2014, p.327), podría limitar al volátil concepto del ISN. Sin embargo, el TEDH no se ha mostrado siempre de acuerdo con esta afirmación. Tomemos como ejemplo el caso *Menesson contra Francia* (Sentencia de 26 de junio de 2014, nº 65192/11), cuyo origen se encuentra en la celebración de un acuerdo de gestación subrogada¹², relación contractual prohibida por el derecho francés que proclama tanto la nulidad del contrato como la naturaleza de orden público de la prohibición. El problema en presencia es la negativa de las autoridades francesas de inscribir a los pequeños como hijos de los padres de intención (pues, según la Corte de Casación francesa, actuar de otro modo supondría, en la práctica, aceptar tácitamente la validez del comportamiento prohibido en territorio francés §81

¹² El Código Civil francés dedica el capítulo segundo al respeto al cuerpo humano, precisando su inviolabilidad así como (artículo 16.1) que “le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimonial”. En relación con la gestación por sustitución o subrogada (el artículo 16.7) proclama la nulidad del contrato entre los padres de intención y la madre portadora, afirmando (en el artículo 16.9) que las “dispositions du présent chapitre sont d’ordre public”

y 83) lo que nos obliga a ponderar entre la nulidad del contrato celebrado por el que se vulnera una norma de orden público y el ISN que apunta la necesidad de reconocer su filiación, que en definitiva es consecuencia de la celebración del mismo contrato viciado de nulidad¹³.

Sin embargo, la extraterritorialidad de la celebración del convenio y del nacimiento impide la competencia de los tribunales penales franceses, al haberse producido ambos en California lo que evita la jurisdicción (artículo 113-6), al exigirse en estos casos la nacionalidad francesa de la víctima, En este punto se suscita la cuestión de la identificación de la víctima (principio de personalidad pasiva artículo 113.7), pues la madre portadora es estadounidense. Tampoco cabe considerar a los bebés como víctimas por dos motivos: 1) aunque al ser hijos de franceses potencialmente tendrían nacionalidad francesa tras la inscripción registral que las autoridades niegan; 2) de superar el obstáculo anterior, tampoco sería posible porque la nacionalidad debe poseerse en el momento de la infracción, de acuerdo con el Código penal francés, que se produce con la celebración del contrato, antes de la concepción del niño; y el de la infracción del estado civil del niño.

En el caso en presencia, el padre de intención es también el padre genético de los menores, ante lo que el TEDH afirma que “no se podría pretender la conformidad del ISN con la privación de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo se establece” (§100). En consecuencia, en este caso, prevalece el ISN sobre el orden público, debido a la existencia del vínculo genético apuntado.

En el caso español, en todo caso, aunque la perspectiva del TEDH fuera diferente, no podría considerarse el orden público como límite del ISN pues en palabras de Consuelo Madrigal (2017, 31), este “junto con el resto de normas protectoras del menor, integra una normativa de orden público”, dado que los

¹³ El Código Penal francés sanciona con penas de prisión (y de 15.000€) a la mujer portadora en una gestación por sustitución tanto si es a título gratuito como lucrativo (artículo 227.12), la sanción es la misma ante hechos consumados o en grado de tentativa. Por otra parte, también sanciona “la sustitución voluntaria, la simulación o el ocultamiento que haya provocado una infracción del estado civil de un menor se castigará con tres años de prisión y una multa de 45.000€” (artículo 227.13), aplicando ambas sanciones al caso concreto.

derechos de los niños poseen una “configuración constitucional (artículo 124 C.E.) como garante de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, en el que se inserta como criterio prioritario la satisfacción del superior interés del menor” (Madrigal, 2017, p.5). Por tanto, difícilmente una categoría que contribuye a conformar puede actuar como límite, salvo que el contexto en el que se produzca así lo informe y se encuentre debidamente justificado en el caso concreto.

Por lo que se refiere al orden público internacional, en este ordenamiento existe un límite infranqueable: las normas imperativas, que de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no admiten acuerdo en contrario. Estas normas, serían en palabras de M. Kamto (2004, p.313) y C. Gutiérrez (2011, p.411) las que conformarían principal, pero no exclusivamente, el orden público internacional (Salmon, 2005, p.153). Así las cosas, “las normas de derechos humanos que son de *ius cogens* pertenecen al grupo de normas de orden público, ya que su transgresión socava las bases de la convivencia social”.

El concepto de orden público internacional no resulta de gran ayuda debido, en primer lugar, a la indeterminación que caracteriza a esta categoría (Alcaide, 2015, p.126), pues resulta indefinido y amplio (Jiménez Solares, 2014, p.330), aunque se trata de normas que “contribuyan a la supervivencia y mantenimiento del orden jurídico internacional y al mismo tiempo el bienestar de los miembros de la comunidad internacional”(id.: 332). Pese a ello “en la actualidad, es posible indicar que el término se refiere a un conjunto de valores esenciales de un grupo social, que –por su trascendencia- no pueden ser pactados en contrario” (López Zamora, 2018, p.519). En segundo término, porque los Derechos Humanos forman parte de las normas imperativas, o cuando menos el núcleo central de aquellos, dentro de los cuales se incardinan los derechos del niño cuyo principio inspirador es precisamente el ISN, así como el rector de protección de los menores (Rodríguez Jiménez, 2013, p.11). Por su parte, el Presidente de la CIDH “considera que el ISN es uno de los alegatos formulados tanto por la Comisión como por los representantes y el Estado sobre

cuestiones que atañen al orden público interamericano.” (Resolución de 7 de julio de 2011 en el caso *Atala Riffo e hijas v. Chile*: 5, §18).

Aunque parezca un concepto novedoso, no lo es pues sobre él escribió Elisa Pérez Vera en la primera mitad de los años ochenta (1984) y se había reflexionado sobre este concepto en 1963 en las sesiones de la CDI, a los efectos de indicar que las normas de derecho imperativo forman parte del orden público internacional (Annuaire CDI:1963:18 §39). Por otra parte, la existencia de acuerdo doctrinal y jurisprudencial acerca de que los derechos humanos forman parte de esta categoría de orden público internacional, y muy especialmente, el ISN, no nos ayuda en el propósito que nos proponíamos aquí, que era el de establecer límites a este concepto jurídicamente indeterminado, en la medida en que si forma parte del orden público esta categoría no puede ser un límite para aquel. El problema será alcanzar el equilibrio cuando nos encontremos con dos normas de orden público que orienten la solución en sentido diametralmente diverso, siendo una de ellas el ISN. Si seguimos la interpretación del mismo Comité de derechos del niño, el interés del niño ha de ser superior a cualesquiera otros a los que se enfrente y, en esta medida, deberá prevalecer sobre aquellos.

2. El interés superior del colectivo “niños”

El interés superior de los otros niños, o del grupo genérico de niños (todos los niños o un grupo concreto de ellos). Es lo que provoca que, la relatora especial de Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía haya establecido en su informe de marzo de 2018 que algunas modalidades de gestación subrogada encubren la compra de niños, cuya prohibición se desprende de la Convención y expresamente se proclama en el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 2.a). Se refiere en concreto a la gestación comercial (cuando existe una remuneración económica a la gestante en lugar de un reembolso por los gastos médicos producidos durante la gestación), o la que sin serlo carece de material

genético de los padres de intención. Supuestos en los que prevalecería el ISN a no ser vendidos sobre el particular del niño concreto que ha sido gestado de este modo.

Otra evidencia de la prevalencia del ISN del grupo niños se encuentra en la regulación penal de la mutilación genital femenina. Tomemos como ejemplo el Código penal español, que impone penas de prisión a quien la cause (artículo 149.2). Sin embargo, pensemos en una menor que ha sido víctima de esta práctica, cuyo ISN no parece orientar a la separación de sus progenitores, a pesar de lo cual, la inaplicación de la sanción penal tendría como efecto la desprotección del resto de niñas que se encuentran en situación de riesgo de mutilación. En consecuencia, ha de prevalecer el ISN grupo frente al del individuo en la vulnerabilidad del resto de niños que conforman el grupo de niños en general u otros más reducidos como el de los vulnerables, en cuyo caso nos encontraríamos.

3. La Convención como límite

La Convención puede limitar la aplicación del ISN, ilustraré esta afirmación con el ejemplo de la kafala¹⁴. La Convención establece la kafala en el artículo 20.3 como una de las modalidades en las que se puede confiar el cuidado de los niños privados del entorno familiar: “Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores¹⁵. Es una institución distinta y diferenciada de la adopción, en los términos de la Convención. En los casos en los que se ha planteado la equiparación por parte de los tutores del menor sobre el

¹⁴ La Kafala es una institución propia del mundo islámico, donde está prohibida la adopción, en virtud de la cual “el kafil (titular de la kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que lo haría un padre con su hijo”. Alvaro Gimeno Ruiz, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4600-kafala-adopcion-internacional-y-orden-publico-internacional/>. Solo pueden ser kafiles los musulmanes y hay dos tipos: uno más parecido a la adopción, cuando los niños están en desamparo y otro notarial, en el que los padres ceden al kafil a su hijo. Se establece entre el kafil y el makful una especie de tutela.

¹⁵ El artículo 20.3 termina diciendo: «Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.»

que se ha establecido la kafala el TEDH se ha pronunciado en contra de la transformación de la kafala en adopción.

Los problemas derivan por una parte porque la ley francesa establece que no procederá la adopción internacional cuando la ley personal del adoptado prohíba la adopción, como es el caso. Por otra, la alegación del recurrente (Harroydj c. Francia nº 43631/09) de discriminación por cuanto la kafala no implica nueva filiación (con todo lo que lleva aparejado este vínculo), pues el niño conserva la de origen, al ser la filiación única debe evitarse su duplicación; y, por otra, la imposibilidad de la adopción derivada de la ley personal del niño. El TEDH entendió la ausencia de discriminación en ambos casos.

En el mismo sentido se pronunció en un caso más reciente contra Bélgica (Chbihi Laudoudi y otros c. Bélgica nº52265/10). Del mismo modo que en el caso anterior, la familia había iniciado el trámite para proceder a la adopción sin éxito y alega que el ISN está mejor protegido mediante la adopción que con la kafala. En este caso, como en el anterior, hay que verificar si las autoridades se han orientado por el ISN en la adopción de su decisión, entendiéndolo así el TEDH, pues en el caso en presencia, se ha aplicado una Ley en vigor desde 2005, adoptada para incorporar en su ordenamiento la Convención de La Haya para asegurar que las adopciones internacionales tengan lugar en ISN a ser protegido contra todo uso abusivo de la institución de adopción y el respeto a la vida familiar.

Otro supuesto en el que encontramos el límite en la propia Convención es en relación al matrimonio infantil. En este sentido la pregunta es ¿qué hacer cuando los padres de una menor solicitan autorización para contraer matrimonio con una persona con la que aquella convive desde hace dos años? El ISN apunta en sentido contrario a la solicitud formulada y tanto la Asamblea General como el mismo Comité alientan a los Estados para que “promulguen, respeten y hagan cumplir estrictamente leyes y políticas para prevenir y poner fin al matrimonio infantil, precoz y forzado y proteger a quienes estén en peligro de ser objeto de esas prácticas” (Resolución 70/138) y “aseguren que solo se podrá contraer matrimonio con el consentimiento fundado, libre

y pleno de los futuros cónyuges, promulguen y hagan cumplir estrictamente leyes relativas a la edad para expresar consentimiento y contraer matrimonio" (res. 72/154, parágrafo 18).

Si pretendemos prohibir el matrimonio infantil deberíamos ser inflexibles en su proscripción, pero el supuesto suscitado en Argentina es más complicado. Se trataba de una menor de 17 años en el momento de la solicitud, tres meses después de que se elevara la edad para contraer matrimonio a los 18. La Ley 26449 (publicada oficialmente en BO 15/01/2009) proscribía la celebración con menos de 18 años (artículo 166.5), pero incorpora la excepción en el caso de dispensa "con carácter excepcional y solo si el interés de los menores lo exigiese, previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor"¹⁶. La cuestión a resolver es cuando nos encontramos ante esa excepcionalidad. En el supuesto en presencia, la menor convive con el futuro esposo del que espera ya un hijo y si la solicitud se hubiera presentado cuatro meses antes no habría suscitado el problema en presencia.

Cuando el juez recibe a los interesados y sus padres, la menor expresa su voluntad de contraer matrimonio con su novio. En consecuencia, atendiendo al artículo 12 de la Convención, lo más razonable sería dispensar del cumplimiento del requisito de edad, pero ¿ha de considerarse el ISN contra la Convención? La respuesta ha de ser negativa, desde mi punto de vista.

Es cierto que en este caso nos encontramos además con cuestiones culturales relevantes (se trata de una pareja de raza gitana que probablemente se había casado conforme a sus costumbres y pretendían inscribir en el registro la unión realizada).

¹⁶ En España, la edad para contraer matrimonio se elevó de 14 a 16 años en 2015, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en BOE nº 158, de 3 de julio de 2015, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391. Sobre el matrimonio infantil, véase el Informe del Secretario General sobre la cuestión del matrimonio infantil, precoz y forzado, de 26 de julio de 2018, A/73/257 y la Observación General número 20 (2016) del Comité de los derechos del niño, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, de 6 de diciembre de 2016, CRC/c/GC/20, en la que se refiere específicamente al matrimonio infantil en los párrafos 27 y 40, en el que "afirma una vez más que los 18 años debe ser la edad mínima para contraer matrimonio".

Esta decisión favorable se acomoda a la Recomendación General número 31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y la observación general número 18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta (14 de noviembre de 2014 CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18), en cuyo párrafo 20, tras señalar la necesidad de que se establezca la edad para la celebración del matrimonio en 18 años, afirma que excepcionalmente cabe permitirlo si el niño tiene al menos “16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez sin dejarse influir por la cultura ni la tradición”¹⁷.

Hay dos argumentos que me parecen especialmente relevantes en el caso en presencia: el primero, el de la transitoriedad entre la norma nacional anterior y la que eleva la edad para contraer matrimonio a los 18 años; dos, la situación en presencia se encuentra en la excepción señalada por el CEDAW en la Observación recién apuntada.

Por su parte, el Parlamento Europeo en su resolución sobre la erradicación de los matrimonios infantiles (de 4 de octubre de 2017, 2017/2663-RSP-, en DOUE, serie C, 346: 66 y ss.) es inflexible subrayando que “el matrimonio infantil constituye una violación de los derechos del niño y una forma de violencia contra las mujeres y las niñas; subraya que debe ser condenado como tal” (párrafo 2). Es cierto que la erradicación del matrimonio infantil se desprende de los objetivos del milenio, en la medida en que se pretende la igualdad de género y esta es una práctica contraria a esa igualdad, que además repercute sobre la educación de las niñas y la salud y bienestar especialmente durante los embarazos precoces no solo para las madres sino también para los recién nacidos. En el caso en presencia, habría que ponderar un doble ISN, el de la contrayente (madre) y del niño en camino, dado que la menor está embarazada.

¹⁷ Es cierto que el matrimonio infantil afecta en mayor medida a las niñas que a los niños, dado que si hay un mayor de edad en la pareja será el varón, que en ocasiones es decenios mayor que la niña. Por otra parte, el futuro profesional de las niñas se ve truncado como consecuencia del matrimonio, lo que no ocurre con sus cónyuges, por lo que la medida intenta evitar el abandono escolar, la maternidad precoz y todos los problemas que derivan de estos factores.

Permitir el matrimonio en estas circunstancias puede estar orientado en el interés superior de la niña, en aquellas sociedades en las que se estigmatiza a la madre soltera, pero también contrario al mismo por cuanto el embarazo puede ser un incentivo para el matrimonio con menores.

En todo caso, en este último supuesto, considero que si queremos proscribir seriamente el matrimonio infantil porque lo consideramos una nueva forma de esclavitud y por los problemas que genera a las menores, hemos de ser inflexibles en su aplicación. La aplicación de excepciones en este camino provoca la debilidad de la prohibición y nos deja sin armas para luchar contra él.

4. La razonabilidad

Por razonabilidad me refiero a la debida ponderación de los intereses en presencia. En este sentido, en relación al tema que nos ocupa, mi preocupación es no incurrir en el buenismo o la excesiva tolerancia respecto del ISN. Un ejemplo de la idea que pretendo transmitir puede encontrarse en un Dictamen aprobado por el Comité en relación a España, en aplicación del Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación 11/2017 cuyos hechos resumo: un nacional de Costa de Marfil que alega ser menor a su llegada irregular a España sin aportar documentación alguna, se le realizan pruebas osteométricas que establecen que su edad ósea es superior a los 19 años. El interesado recurre por entender que no se ha considerado el ISN, aunque: 1) carecía de documentación que acreditara su edad; y 2) el resultado de las pruebas parecía a los expertos, indudable. El Comité solicita a España que amplie información para la aplicación del ISN a la determinación de la edad. Claro que si esto supone aplicar otros métodos de determinación de la edad más eficaces, me parece razonable, no tanto la posible otra lectura del Dictamen, que sería dar por buena la indicación de la persona en cuanto a la edad, pues puede provocar muchos abusos.

La razonabilidad también ha de aplicarse para evitar los fraudes de ley o para que el ISN no beneficie al tramposo. Pensemos en el caso Ruiz Zambrano. Se trata de

una pareja colombiana que llega con un hijo a Bélgica, donde solicitan el estatuto de refugiado, que no se les concede. Mientras tanto, habían tenido dos hijos a los que no habían inscrito en el registro consular colombiano, acudiendo directamente al registro civil belga para inscribir sus nacimientos. Hemos de tener en cuenta que la Ley belga incorporaba una cláusula para evitar la apatridia que consistía en permitir la inscripción como belgas a los hijos de nacionales en cuyos Estados no se reconociera el *ius sanguinis*. Es decir, si los padres no pueden transmitir la nacionalidad a su hijo y éste nace en territorio belga, será belga. Sin embargo, los hijos nacidos en territorio belga no obtuvieron la nacionalidad colombiana porque los padres no acudieron a inscribirles al registro consular correspondiente. Este caso lo resolvió el TJUE la ciudadanía europea pero la solución alcanzada se habría logrado igualmente con la aplicación del ISN: pues la ejecución de la expulsión de los progenitores contravendría el ISN de los menores belgas, motivo por el cual, en tanto que ciudadanos de la UE reunifican a la familia, es decir, son los menores los que consiguen que los padres y hermano, debido al parentesco con aquellos tengan un estatuto de migrante privilegiado en la UE y se evite la expulsión de la familia.

Otros supuestos que evidencian que el ISN que beneficia al tramposo se produce en la sustracción internacional de menores. En este supuesto, en la jurisprudencia del TEDH se aprecia una evolución de su criterio respecto del ISN. En un primer momento y hasta 2010 aproximadamente (que se dicta la sentencia Neulinger), el principal objetivo del TEDH en estas situaciones era el retorno del menor sustraído al que fue su lugar de residencia habitual a la mayor brevedad posible, evitando así la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Por tanto, se avalaba el retorno.

En 2010, el TEDH, no deja de hacer suya la filosofía del convenio de la Haya, pero valora de modo más detallado otras circunstancias sociales, afectivas, familiares... que afectaban directamente a los menores implicados y que aconsejaron el no retorno inmediato a su residencia habitual anterior a la sustracción. Se consideró que estas circunstancias forman parte del ISN y que este principio primaba sobre el

resto de intereses en conflicto [incluso sobre el orden público internacional de los Estados]. En consecuencia, en *Neulinger c. Suiza* el TEDH consideró que la ejecución de una resolución judicial ordenando el retorno inmediato de un menor ilícitamente trasladado a otro Estado no se acomoda a su ISN. Priman, en consecuencia, las circunstancias sociales, familiares y afectivas que conforman, entre otras, el interés superior. Hay que tener en cuenta que el retorno al lugar de su residencia anterior a la sustracción puede producir un impacto y un trauma entre los menores difícil de superar y porque supone un nuevo abandono de su entorno, cultura, colegio... y una nueva separación del que ha sido su único progenitor desde que se produjo la sustracción.

El TEDH (X/Letonia2013) indica que el problema ha de observarse bajo el prisma que ofrece la Convención de La Haya, la Convención y el de las reglas y principios de DI aplicables a las relaciones entre las partes contratantes¹⁸. Para concluir que no es suficiente valorar el interés superior en abstracto, hay que estudiar las circunstancias concretas. Así, en 2016, se dicta una sentencia interesante a estos efectos en la que se tienen en cuenta múltiples aspectos como el tiempo transcurrido desde la sustracción, si las partes compartían la responsabilidad parental antes de producirse aquella, si existen obstáculos para que la madre se desplace allí, si no sería sancionada penalmente de regresar, si tiene recuerdos del padre, el idioma en el que se habla, si desde su sustracción (como es el caso) ha estado exclusivamente a cuidado de la

¹⁸ 107. Par conséquent, la Cour estime que l'article 8 de la Convention fait peser sur les autorités internes une obligation procédurale particulière à ce titre : dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de « risque grave » pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce. Tant un refus de tenir compte d'objections au retour susceptibles de rentrer dans le champ d'application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye qu'une insuffisance de motivation de la décision rejetant de telles objections seraient contraires aux exigences de l'article 8 de la Convention, mais également au but et à l'objet de la Convention de La Haye. La prise en compte effective de telles allégations, attestée par une motivation des juridictions internes qui soit non pas automatique et stéréotypée, mais suffisamment circonstanciée au regard des exceptions visées par la Convention de La Haye, lesquelles doivent être d'interprétation stricte (*Maumousseau et Washington*, précité, § 73), est nécessaire. Cela ARRÊT X c. LETTONIE 31 permettra aussi d'assurer le contrôle européen confié à la Cour, dont la vocation n'est pas de se substituer aux juges nationaux.

madre... entre otros muchos. Es cierto que si yo tuviera que decidir en relación a este niño en concreto, me parece que la mejor opción es la permanencia con la madre, pero no deja de preocuparme que el punto de partida de la situación es una sustracción internacional, un comportamiento ilícito.

El Tribunal supremo español, en un caso no exactamente de sustracción internacional de menores (hijo fruto de una relación extramatrimonial, respecto del cual la guardia y la custodia correspondía a la madre), niño nacido en Suiza, la madre como consecuencia de la pérdida de trabajo por ser compañera del padre del bebé, regresa a España con él. El Tribunal entiende, en definitiva, que el cambio en la custodia "no beneficiaría el menor, pues cambiar al otro país alteraría sus costumbres y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante" (Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo civil, de 18 de enero de 2017, nº de recurso 2545/2015 Fundamento jurídico tercero apartado 3). Alcanza esta decisión tras analizar los factores en presencia: con quien ha vivido siempre el niño, cual es su entorno familiar, escolarización....

IV. Conclusiones

El ISN no nos aporta soluciones generales, sino que proporciona un instrumento de ponderación de las circunstancias relevantes en presencia, lo que nos puede conducir a una solución u otra diferente, en función de cuál sea el contexto en cada caso y, del niño concreto en relación con el cual se vaya a adoptar la medida. Lo que nos conduce al relativismo de su apreciación, que no es una novedad, pues en los casos de divorcio con custodia de hijos ambos conyuges fundamentan sus pretensiones de retener la guarda y custodia de los hijos precisamente en el ISN. Ese relativismo permite acomodar las soluciones aplicables a las circunstancias del caso concreto pero también puede dar lugar a un subjetivismo guiado por una errónea concepción del ISN.

En los casos en los que se aprecia fraude de ley por parte de los padres que intentan evitar la aplicación de la ley nacional, hemos de distinguir, como hace el

TEDH entre los derechos del niño y de los padres, que son quienes comnten los actos con los que pretenden evitar la aplicación de la Ley. En este sentido, si bien los derechos del niño han de estar presididos por su interés general debemos tener clara la necesidad de adoptar normas que puedan prevenir y sancionar los comportamientos desviados de ellas, porque de lo contrario mal incentivaremos su cumplimiento. Considero que hay que limitar este principio y que aunque deba prevalecer sobre otros intereses, no podemos fomentar ni tolerar los abusos de derecho si queremos continuar construyendo una sociedad equitativa y justa. Así, si bien el ISN puede servir para legalizar las consecuencias de un acto prohibido, no es menos que debería ir acompañado de la imposición de sanciones adecuadas para quienes sortean de este modo la aplicación de las normas.

A pesar de todas las dudas que plantea el ISN, me gustaría terminar con una frase del Prof. Pedro Cruz Villalón, que actuó como abogado general en la sentencia 648/11 del TJUE, en cuyas conclusiones afirma: “En consecuencia, el interés superior del menor está llamado a constituirse, por imperativo del Derecho primario de la Unión, en objeto de «consideración primordial» por parte de los aplicadores del Derecho de la Unión y, en el contexto que ahora nos ocupa, del conjunto del Reglamento nº 343/2003 por las autoridades nacionales llamadas a determinar el Estado miembro responsable de una solicitud de asilo presentada por un menor no acompañado y sin familiares legalmente establecidos en el territorio de la Unión”¹⁹ y, no solo por parte de los aplicadores del Derecho de la Unión sino por todos los aplicadores del Derecho y no sólo por ellos.

A pesar de la relevancia del ISN en cuantas decisiones puedan afectar directa o indirectamente a un niño o a un grupo de ellos, tenemos que ser conscientes de que, como el resto de las instituciones jurídicas, el elemento de ponderación está implícito

¹⁹ Conclusiones del abogado general parágrafo 72: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134083&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=427624>

en aquellas, para intentar equilibrar los intereses en presencia y evitar soluciones indeseadas.

Bibliografía

- ALASCIO CARRASCO, L. (2008) "El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI n° 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007", en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, 1/2008.
- ALCAIDE FERNANDEZ, J. (2015), "Orden público internacional y soberanía de los Estados", en AA.VV. (dir.), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos.
- ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014) "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", en *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, n° 2.
- BELLOSO, N. (2017), "La concreción del interés (superior del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? De la mediación familiar", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. X.
- GARDNER, R. A. (1985), "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation", *Academy Forum*, 29.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, M. (2008) *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México: UNAM.
- GUTIERREZ ESPADA, C. (2011) "El orden público internacional", en RODRIGO, A.J y GARCIA C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Madrid: Tecnos.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2015) "Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos", en *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos (AA.VV.)*, Madrid: Unicef-AECID.
- JIMENEZ SOLARES, E. (2014) "Las normas internacionales convencionales de Derechos Humanos y su contribución al orden público internacional", *Revista de Derecho de la UNED*, n° 14.
- KAMTO, M. (2004) "Volonté de l'Etat et orde public international", *Recueil des Cours de Droit International*, tomo 310, Brill/Nijhoff.
- LAING KLAFF, R. (1988) "The Tender Years Doctrine: A Defense", en *California Law Review*, vol. 70-2.

- LOPEZ ZAMORA, L.A. (2018) “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho Internacional Público”, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2018), vol. 10, nº2.
- LORA, L. N. (2006) “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigación y Becarios*, Mar del Plata: Ediciones Suarez.
- MADRIGAL MARTINEZ-PEREDA, C. (2017) “La CDN y el interés superior del niño. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación”, Seminario de Especialización en Menores Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas 29-31 de marzo, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20Madrigal%20Mart%C3%ADnez-Pereda,Consuelo.pdf?idFile=299d6006-dbc4-407a-8743-27aa4520f3cb
- [PASCUAL VIVES, F.J. \(2013\) “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una](#)

Fetichismo legal e ignorancia de la realidad sociolegal en el Perú

Legal Fetishism and Ignorance of Sociolegal Reality in Peru

Por Armando Guevara Gil* y Bárbara Ramos Arce**

Fecha de recepción: 10/04/2019

Fecha de aceptación: 14/06/2019

Resumen: A partir del análisis de diversos proyectos de ley destinados a modificar el artículo 149 de la Constitución peruana de 1993 sobre la coordinación entre el sistema de justicia estatal y la jurisdicción especial reconocida a las comunidades indígenas y campesinas del país, este artículo intenta demostrar que el legislador peruano aún parte de una fuerte concepción formalista de la realidad. Aunque la Constitución reconoce la vitalidad de los sistemas de justicia comunitarios, en la práctica existen varios conflictos originados en su coexistencia con la jurisdicción estatal. Los intentos del gobierno por gestionar la diversidad étnica y cultural peruana se pueden catalogar como manifestaciones de "fetichismo legal", el cual define al derecho como una institución mágica, separada, independiente, apartada de los fenómenos sociales y que, en la práctica, produce reformas legislativas redundantes y confusas que carecen de sustento empírico. Esto se puede evidenciar a lo largo del análisis de los proyectos de ley mencionados en el presente artículo. Estas microrreformas innecesarias demuestran que el legislador peruano aún se encuentra atascado en el nominalismo normativo y en un grave desconocimiento de los objetos de regulación de sus propias normas: en este caso, la complejidad legal de la jurisdicción concedida a las comunidades indígenas y campesinas.

* Investigador Asociado del Instituto del Perú, Universidad San Martín de Porres, guevaragilarmando@gmail.com.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Barbara.ramos@pucp.pe

Palabras clave: Perú - Fetichismo legal - Comunidades campesinas - Derechos de los pueblos indígenas

Abstract: Based on the analysis of various bills aimed at modifying article 149 of the 1993 Peruvian Constitution on coordination between the justice system state and the special jurisdiction recognized to the indigenous and rural communities of the country, this article attempts to demonstrate that Peruvian legislation is a tributary of a strong formalistic conception of reality. Although the Constitution recognizes the dynamism of community-based justice systems, in practice there are several conflicts caused by its coexistence with the state justice system. The attempts of the government to manage the ethnic and cultural Peruvian diversity can be labeled as manifestations of "legal fetishism", which defines Law as a magical, separate and independent institution, detached from social phenomena, producing redundant and confusing legislative reforms that lack empirical support. This can be seen in the bills analyzed in this article. These unnecessary micro-reforms prove that the Peruvian legislators are still trapped in normative nominalism and suffer from a serious unawareness of the objects they pretend to regulate: in this case, the legal complexity of the jurisdiction granted to the indigenous and peasant communities.

Keywords: Peru - Legal fetishism - Peasant communities - Indigenous rights

I. Introducción

En este artículo presentamos evidencias y reflexiones sobre dos viejas y marcadas tendencias que caracterizan al Derecho peruano. La primera es la desaprensiva forma de legislar que se nutre de prejuicios e intuiciones antes que de rigurosos análisis de las relaciones sociales que se pretenden regular. La segunda es la concepción formalista, expresada en un macrolegalismo exacerbado que crea costras normativas autorreferentes que al final alejan aún más al Estado del cuerpo social.

Para graficar que en el Perú se legisla sin mayor conocimiento de causa, examinamos varios proyectos de ley destinados a modificar el artículo 149 de la

Constitución de 1993, que versa sobre la coordinación entre el sistema de justicia estatal y la jurisdicción especial reconocida a las comunidades indígenas y campesinas del país. Para ilustrar el apego al legalismo presentamos ejemplos provenientes de la historia de la legislación colonial y republicana.

Ambas características, incomprensión de la realidad que se legisla y formalismo, contribuyen a la consolidación del fetichismo de la ley escrita, un fenómeno que François Gény denunciara hace más de un siglo como un vicio que estrangula al Derecho y al razonamiento jurídico, tanto en el Perú como en otros lares.

A continuación, en la primera parte presentamos un panorama de la compleja realidad étnica y cultural que el Estado peruano enfrenta y de sus esfuerzos para gestionarla. Si bien el reto de la diferencia cultural es significativo, sobre todo en el ámbito jurisdiccional, el frondoso marco normativo vigente debería ser suficiente para articular la justicia estatal u ordinaria con la especial (i.e., indígena, campesina) si es que se apelara a la interpretación e integración jurídicas. Pero, como describimos en la segunda parte, las elites legales y políticas han optado por ensayar microrreformas normativas innecesarias y llegar al prurito nominalista carente de sustento empírico para expandir el reconocimiento de los sujetos colectivos diferenciados que tienen facultades jurisdiccionales. En la tercera, incluimos referencias tanto empíricas como teóricas sobre el fetichismo legal, un concepto que a nuestro entender caracteriza adecuadamente la obsesión legalista que aqueja al legislador peruano, aunque también presentamos un punto de vista que le asigna un papel social positivo. Concluimos con una discusión sobre el Derecho, la complejidad social y el fetichismo legal.

II. Los intentos de gestión de la diferencia etnocultural

Existen alrededor de 5000 culturas indígenas en el mundo, practicadas por unos 370 millones de personas (UNESCO: 2010). De esta cifra, 522 pueblos indígenas radican en América Latina, entre la Patagonia, Argentina, y Oasisamérica, México (UNICEF 2009: 13)¹ El Perú es uno de los países con mayor cantidad de pueblos

¹ Ver UNICEF y FUNPROEIB Andes (2009).

indígenas junto con Brasil, México y Colombia (CEPAL 2014:103). Así, al año 2013 el Viceministerio de Interculturalidad registró 52 pueblos originarios, 4 en la región andina y 48 en la Amazonía (MINCU 2014:12), mientras el 2014 la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) elevó el número a 85, lo que ciertamente no coincide con el estimado oficial (MINCU 2014: 392) pero grafica la notable diversidad cultural que tenemos.² Aunque se dice que la globalización tiende a homogenizar a los grupos sociales y etnoculturales, esto no ocurre siempre porque “mientras se intensifican los lazos globales, se fortalecen también las identidades y las lealtades locales, especialmente aquellas conformadas alrededor de la lengua, la religión, las tradiciones, en otras palabras, alrededor de la cultura y la historia” (Degregori 2000: 14).

Si bien referirnos al término "cultura" podría llevarnos a un debate inacabable³, podemos afirmar que existen múltiples formas de significar el mundo que conducen a prácticas culturales diferenciadas. Esta diferencia no es radical ni inconmensurable, como algunas posturas relativistas o posmodernas radicales postulan. Más bien está sujeta a un permanente proceso de recreación y negociación entre las formas de significación y las prácticas culturales alternativas que entran en contacto. Esos diálogos y fricciones conducen a la permeabilidad de las identidades y experiencias culturales locales, lo que genera acelerados procesos de mestizaje, hibridación e interculturalidad, tanto impositivos como voluntarios. Cuando ocurre lo contrario, el endurecimiento de las fronteras étnicas y culturales de los grupos sociales que comparten el mismo territorio conduce al conflicto político y sociocultural.

Al apreciar estos procesos, una vertiente de la antropología legal peruana enfatiza el carácter intercultural e interlegal de esos encuentros y desencuentros político-culturales⁴. Otra, que prevalece en el discurso público y académico peruano, pero carece de sustento empírico, pone el acento en la diferencia y el enclaustramiento

² Ver Ministerio de Cultura (2014), <http://www.mapasonoro.cultura.pe/> [Consulta: 4-07-2019].

³ "El significado de la palabra cultura puede ser tan amplio o tan estrecho que cuesta creer en su utilidad". (Eagleton, 2001:55)

⁴ Ver, por ejemplo: Guevara Gil (2009, 2013), Urteaga Crovetto (2013), Tubino (2002, 2015) y Fuller (2002).

cultural para resaltar la consistencia, ancestralidad e inmutabilidad de los sistemas sociolegales indígenas y campesinos⁵. Como sostiene la antropóloga Deborah Poole:

La perspectiva de que el pluralismo necesariamente invoca la existencia de culturas y racionalidades separadas y distintas sirve como sustento a casi todo el trabajo sobre pluralismo legal en el Perú (Ambia 1989, Ardito 1997, Brandt 1987, Yrigoyen 2000a, Yrigoyen et al. 1994, Peña Jumpa 1998, Tamayo Flores 1992). En la medida en que esta visión de las diferencias culturales se apoya en la idea de que la ley (o el derecho) constituye un orden cultural exclusivo, se va cerrando la posibilidad de imaginar un pluralismo jurídico que quepa dentro de la constitución y, por lo tanto, la nación. (2012:222)

Más allá del debate académico, el Estado republicano se encuentra ante el enorme desafío de gestionar la diferencia cultural y etnopolítica que caracteriza a la sociedad peruana. Si bien históricamente optó por políticas homogenizadoras de los heterogéneos paisajes humanos que trataba de gobernar, a finales del siglo XX inició un proceso de reconocimiento constitucional sistemático y expansivo que se nutre, sobre todo, de la segunda vertiente de la antropología legal peruana (Guevara Gil 2009: 110).⁶

Este cambio, similar al ocurrido en los Estados-nación latinoamericanos y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁷, supone el reconocimiento de los pueblos indígenas y de las sociedades campesinas como colectivos diferenciados de la sociedad mayoritaria. Por eso el régimen legal y el discurso oficial peruano consagran y celebran la diversidad étnica y cultural del país. Por ejemplo, la constitución de 1993 establece que “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” (2.19); “fomenta la educación bilingüe e intercultural [y] preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del

⁵ Ver, por ejemplo, Peña Jumpa (2016) e Yrigoyen (2011).

⁶ Ver, también, Yrigoyen (2010).

⁷ Yrigoyen (2000).

país” (17), y “respeto la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas” (89).⁸

A este reconocimiento celebratorio contribuyeron la emergencia del movimiento indígena en la escena nacional, la evolución del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, la influencia del constitucionalismo latinoamericano de fines del siglo XX y el debate político-académico sobre la diversidad intrínseca de nuestra formación social. El resultado fue la incorporación de derechos fundamentales, individuales y colectivos, basados en la diferencia étnica y cultural, en la constitución de 1993 y las leyes posteriores.

El reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos de los pueblos indígenas se sanciona en varias fuentes del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas: el Convenio 169 de la OIT (1989), la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO (2005), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA (2016), las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e inclusive las normas de derecho internacional consuetudinario que reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales.⁹

Esta esfera del Derecho Internacional se halla enlazada con el bloque de constitucionalidad presidido por la carta de 1993.¹⁰ Además de consagrar los derechos

⁸ El siguiente recuento normativo es tomado de Guevara Gil y Cabanillas (2018).

⁹ Ver estados de la cuestión sobre la evolución constitucional latinoamericana en materia de pueblos indígenas en Cujabante (2014) e Yrigoyen (2010, 2011), entre otros. Los derechos indígenas se reconocen de manera progresiva y expansiva. Por ejemplo, en el espacio interamericano, tanto la CIDH como la Comisión IDH han interpretado que la protección del derecho al territorio indígena o a la propiedad comunal está implícita en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aunque estos dispositivos no se refieran al territorio o a los recursos naturales de los pueblos indígenas, esta interpretación se nutre del principio *pro homine* porque el territorio es vital para los pueblos indígenas. Ver: Schettini (2012), Gómez (2014) y Khatri (2013).

¹⁰ Los tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte IDH integran el bloque de constitucionalidad conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias: N° 0217-2002-HC/TC (f.2); N° 0026-2004-AI/TC (f.13); N° 2798-04-HC/TC, (f.7-9 y siguientes); N° 1417-2005-AA/TC (f.9-10); N°

indicados, el artículo 88 de la constitución reconoce el derecho de propiedad comunal sobre la tierra; el 89 la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas, así como su “autonomía en su organización, en el trabajo comunal y el uso y la libre disposición de sus tierras”; el 149 la función jurisdiccional que estas comunidades ejercen dentro de su ámbito territorial, incluidas las rondas campesinas según interpretación jurisprudencial; y el artículo 191 establece cuotas de representación de las comunidades campesinas, nativas y “pueblos originarios” en los gobiernos regionales y locales.

Algunas de estas fórmulas constitucionales han sido detalladas en leyes especiales, aunque no están a la par de los avances internacionales en el plano normativo y jurisprudencial. Solo a modo de ejemplo tenemos la Ley de Consulta Previa (2011), promulgada después de quince años de la vigencia interna del Convenio 169 de la OIT y luego de grandes tensiones entre el Estado, las empresas extractivas, los megaproyectos de desarrollo y los pueblos indígenas; la ley N° 29735 que regula el uso, preservación, fomento y difusión de las lenguas originarias en el Perú (2011); la Ley Forestal y de Fauna Silvestre No. 29763 (2011); la ley No. 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (2002); la Ley No. 27908 sobre las Rondas Campesinas (2002); y la ley No. 28736 para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (2006). Estas se complementan con leyes promulgadas hace décadas, como la Ley General de Comunidades Campesinas No. 24656 (1987), el Decreto Ley No. 22175, ley de

5854-2005-PA/TC (f.22-33,45); N° 8123-2005-PHC/TC (f.22); N° 8453-2005- PHC/TC (f.22-23,39-40); N° 2730-2006-PA/TC (f.9-15); N° 00007-2007-PI/TC, (f.12-21,25,36); y N° 03938-2007-PA/TC (f.14, 20 y siguientes); N° 03343-2007-PA/TC (f31) (recopilación tomada de Verona 2014). Asimismo, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, son fuente de interpretación de los derechos fundamentales “las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. Por último, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva (1978), y la Ley No. 27908 sobre las Rondas Campesinas (2002).

También es importante resaltar las políticas jurisdiccionales pro-derechos indígenas del Poder Judicial. A través de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP) ha preparado, por ejemplo, el protocolo de coordinación interforal y el de tratamiento judicial diferenciado para indígenas en el marco de su proyecto de justicia intercultural. Con el primero pretende generar mecanismos de cooperación entre la justicia ordinaria y la especial (a cargo de comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas), y con el segundo ofrecer lineamientos interculturales a los jueces para que los apliquen al procesar a comuneros, ronderos e indígenas¹¹. Destacan también el Acuerdo Plenario 001-2009/CJ-116 de la Corte Suprema, las ejecutorias supremas y las sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen facultades jurisdiccionales a las autoridades de la justicia especial, incluyendo a las Rondas Campesinas¹².

Estos avances normativos y jurisdiccionales le han valido al Perú el reconocimiento de la comunidad internacional. Nada menos que la ONU elogió su defensa de los pueblos indígenas al ser el primer país en promulgar una ley de consulta previa para reglamentar la aplicación de las disposiciones emanadas del convenio 169 de la OIT. Inclusive antes, la delegación peruana ante las Naciones Unidas asumió un papel protagónico para negociar y aprobar el texto final de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).¹³

¹¹ Véase, el Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia y el Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos, en Poder Judicial del Perú (2014).

¹² Autores como Ruiz Molleda (2010:117-119) y Verona (2014:262-2) han sistematizado las sentencias que reconocen las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas en el Perú, tanto de la Corte de Suprema de Justicia como del Tribunal Constitucional, respectivamente. Ver, en general, La Rosa y Ruiz Molleda (2010).

¹³ Véase, por ejemplo, la portada del Diario Oficial El Peruano de fecha 18 de mayo de 2012. El titular señala: "ONU reconoce a Perú defensa de pueblos indígenas y resalta que es el primer país en reglamentar la ley de consulta previa". También se destaca el rol protagónico de la delegación peruana para lograr la aprobación de la DNUDPI (ver página 6 de la misma fuente).

En el ámbito jurisdiccional, la propuesta constitucional que porta el artículo 149 es novedosa pues reconoce la vitalidad de los sistemas de justicia comunitarios, indígenas y campesinos, que se confrontan y dialogan con el Derecho moderno. Es menester señalar que estas jurisdicciones alternativas fueron reconocidas desde el Derecho Colonial, con la famosa dicotomía entre la República de Españoles y la República de Indios (Levaggi 2001:419-428), pero siempre bajo la típica cláusula de la repugnancia de los ordenamientos coloniales. Es decir, la autonomía indígena fue reconocida mientras acatara los preceptos de la religión católica y los intereses de la corona. El actual artículo constitucional también coloca límites, esta vez invocando el discurso de los derechos humanos. Por eso exige que la jurisdicción especial ejercida por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas respete los derechos fundamentales de las personas que juzga. Como señala Yrigoyen, se trata de una norma estándar en el constitucionalismo latinoamericano (2004:173).¹⁴

El problema, una vez operado el reconocimiento de la pluralidad jurisdiccional, es el de la articulación de los fueros reconocidos, a saber, entre la justicia ordinaria (estatal) y la especial, que comprende a los fueros comunales mencionados y, por interpretación jurisprudencial, a las Rondas Campesinas.

Según el diseño constitucional, se supone que una ley de coordinación de la justicia especial “con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” debería sentar las bases para que operen armónicamente. El problema es que 26 años después de la promulgación de la constitución de 1993 el Legislativo no ha cumplido con su deber. Los 29 proyectos de ley presentados entre 1997 y 2017 para regular la coordinación interforal son un testimonio de su fracaso (ver Cuadro No. 1). En lugar de superarlo redactando una ley de desarrollo constitucional que integre los avances jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, opta por un camino tan grandilocuente como manido e improductivo: la reforma del texto

¹⁴ “En las democracias pluriculturales modernas, es este principio de la repugnancia el que determina que una práctica cultural sea o no aceptable dentro del sistema jurídico (y por tanto moral) de la sociedad dominante” (Poole 2012: 221; ver 222).

constitucional o la preparación de proyectos de ley que ignoran la realidad sociolegal que procuran regular. Y eso no es más que una expresión del fetichismo legal.

III. Microrreformas innecesarias

Por supuesto que lo ideal sería que los operadores del Derecho recurran a otros métodos de interpretación e integración de las normas, declaraciones, recomendaciones (i.e., *soft law*) y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, para armar el rompecabezas de la articulación entre la justicia ordinaria y la especial. Si así lo hicieran, ni siquiera sería necesaria una ley de coordinación interforal. Pero el legislador insiste en su ruta legalista, lo que se gráfica, primero, en el nominalismo normativo que caracteriza a sus proyectos de reforma constitucional y, segundo, en su desconocimiento de los objetos de regulación.

1. Nominalismo normativo: el Proyecto de Ley 797/2016-CR

La insistencia en legislar de manera particularista se puede apreciar en los tres proyectos de ley presentados entre 2016 y 2017 que citamos en esta parte. El primero fue presentado por el Grupo Parlamentario “Alianza para el Progreso” (APP) el 21 de diciembre de 2016¹⁵. Tan solo plantea incorporar la mención de “Las Rondas Campesinas” en el artículo 149 de la constitución.

Texto vigente	Modificación propuesta
---------------	------------------------

¹⁵ Ver:

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0079720161216.pdf [Consulta: 28-06-2018]

<p>Artículo 149°. Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>	<p>Artículo 149°. <i>Las Rondas Campesinas, las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. [itálicas añadidas]</i></p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Posteriormente, otros dos grupos presentaron iniciativas similares. Uno fue el Proyecto de Ley N° 885/2016-CR del Grupo Parlamentario "Fuerza Popular" del 17 de enero de 2017¹⁶. El otro fue el Proyecto de Ley N° 2473/2017-CR del Grupo Parlamentario "Acción Popular" del 26 de febrero de 2018¹⁷

**Proyecto de Ley
N° 885/2016-CR**

Artículo 149°.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. Las autoridades de las Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. [itálicas añadidas]

¹⁶

Ver: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0088520170117.pdf [Consulta: 28-06-2018]

¹⁷

Ver: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0247320180301..pdf [Consulta: 28-06-2018]

Proyecto de Ley
N°2473/2017-CR

Artículo 149°.- Las autoridades de las Comunidades y Rondas Campesinas, así como de las Comunidades Nativas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. [itálicas añadidas]

Se puede observar que todos los proyectos incurren en un nominalismo inconducente para solucionar la omisión de no haber incluido a las Rondas Campesinas autónomas en el texto constitucional. Como todos proponen reformar el mismo artículo 149 de manera similar, en esta parte solo comentaremos el primero de ellos. Más allá de la buena voluntad de los legisladores, ¿es necesario incluir el reconocimiento expreso de la potestad jurisdiccional de las Rondas Campesinas en la ley de leyes?

Para comprender la insistencia en que el reconocimiento constitucional de la facultad jurisdiccional incluya taxativamente a las Rondas Campesinas es necesario recordar que el Estado las desconoció por largo tiempo. Así, el constituyente de 1979 las ignoró pese a que las primeras rondas se empezaron a organizar a mediados de los años 1970, "por la necesidad de los campesinos de protegerse de los robos en las zonas rurales -el Estado no era capaz de hacerlo- [y] se convirtieron rápidamente en un espacio de administración de justicia y de gestión política" (Picolli 2008: 28)". Es más, ante un Estado incapaz de cubrir las demandas de seguridad, justicia y gestión local, se expandieron por todo lo ancho y largo del país. Por eso mismo, a lo largo de los años, adquirieron diferentes fisonomías: "la ronda campesina independiente, con presencia en Cajamarca, Amazonas y San Martín, principalmente; la ronda campesina integrante de comunidades campesinas, mayoritaria en Áncash, La Libertad, Lambayeque, provincias altas de Cusco y Puno; y los Comités de Autodefensa, cuyos miembros se autodenominan "ronderos" en Ayacucho, Junín, Apurímac y Huánuco" (Defensoría del Pueblo 2002: 14).

Las rondas, como señala Yrigoyen, responden a diversos escenarios rurales y por eso su organización y objetivos difieren. Ensayando una clasificación funcional, propone tres:

1) En estancias o caseríos donde no hay comunidades campesinas así reconocidas, las RC constituyen la autoridad comunal para el gobierno local, la administración de justicia, el desarrollo local, la representación y la interlocución con el Estado (funciones que cumplen las comunidades campesinas)

2) donde hay comunidades campesinas (CC) o nativas (CN), las RC son el órgano de seguridad y justicia de las mismas (existiendo comunidades CC y CN que no tienen rondas), y

3) En el nivel zonal, distrital o provincial, las RC son instancias u organizaciones supra-comunales para atender problemas de justicia y organización (2002: 34).

La consecuencia de asumir un papel cada vez más activo y excluyente en las tareas de seguridad, justicia y gestión local fue la colisión con los agentes estatales locales. Por ejemplo, el desencuentro con jueces, fiscales y policías se produjo porque, bajo una mirada legalista y reduccionista, estas autoridades se negaron a reconocer la capacidad jurisdiccional de organizaciones funcional y sociológicamente similares a las comunidades campesinas o nativas. Por eso los dirigentes de las Rondas Campesinas fueron perseguidos penalmente durante décadas. Por ejemplo, en su estudio sobre la criminalización de la justicia rondera, Renato Levaggi encontró que entre los años 1994 y 2006 se habían planteado 784 denuncias contra miembros de las rondas y comunidades. Los delitos imputados fueron, entre otros, los de coacción (38.65%), secuestro (32.27%) y usurpación de funciones (2.68%), ejecución extrajudicial (1,02%), daños (1,40%) y homicidio (1,02%) (Levaggi 2010: 13).

La reacción estatal para solucionar este conflicto interforal con las autoridades de rondas y comunidades demoró años. Si bien se produjo una interesante jurisprudencia de reconocimiento de sus facultades jurisdiccionales, recién el 2009 la Corte Suprema

se pronunció a favor de las Rondas Campesinas autónomas mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116.¹⁸

En este Acuerdo,¹⁹ se sostuvo que "el artículo 149° de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial". Bajo este razonamiento, el pleno jurisdiccional estableció, entre otros puntos, que:

1) La Justicia Comunal se fundamenta en el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución.

2) El reconocimiento del derecho a la jurisdicción comunal especial contenido en el artículo 149 es un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural.

3) Es necesario interpretar el derecho a la identidad cultural "desde" el Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por el rango superior que ocupan en el bloque de constitucionalidad.

4) El sistema legal peruano procesa la pluralidad jurídica, en particular la de raigambre cultural, y coloca como límite a los diferendos jurisdiccionales el respeto a los derechos humanos.

5) En las denuncias contra los dirigentes ronderos deben evaluarse la atipicidad de la conducta, la causa de justificación y los factores culturales que pueden modificar la pena.²⁰

Es necesario observar que el Acuerdo Plenario mencionado no tiene el carácter de derecho positivo que otros operadores del sistema de justicia ordinaria exigen para

¹⁸ Como señala Juan Carlos Ruiz Molleda, las Rondas Campesinas formadas al interior de las Comunidades Campesinas y Nativas actúan bajo la cobertura del artículo 149 de la Constitución (2010:73-106).

¹⁹ Véase el texto completo en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N1_2009.pdf [Consulta: 28-06-2018]

²⁰ Ver: (Ruiz Molleda 2010: 78 et seq.)

considerarlo norma jurídica. Por eso, si bien el Acuerdo es una regla vinculante para los jueces, que solo podrían apartarse de ella con una debida motivación, la queja de los dirigentes ronderos es que policías y fiscales, en particular, no se ciñen al reconocimiento judicial y continúan persiguiéndolos por el ejercicio legítimo de sus facultades jurisdiccionales.

Por eso se entiende que los legisladores introduzcan proyectos de ley taxativos. La demanda social por un reconocimiento expreso existe y hasta se justifica bajo una concepción formalista, apegada a la literalidad, del Derecho. Es más, es posible que la modificación propuesta por el proyecto de ley No. 797/2016-CR tenga un impacto positivo en el ámbito de la pragmática del Derecho. Es decir, que tanto las autoridades de la justicia ordinaria como las de la especial puedan invocar el renovado artículo 149 para justificar sus actuaciones. Se entiende que gracias a esta modificación los operadores del sistema oficial reconocerán la labor jurisdiccional de las Rondas Campesinas autónomas y que, en general, la coordinación interforal mejorará. Ahora, si bien todo esto es positivo, también debe sopesarse que la decisión de reformar el artículo 149 a la luz del proyecto comentado puede crear tensiones entre las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y los dirigentes de sus respectivas rondas. Por eso, una redacción alternativa tendría que referirse a la capacidad jurisdiccional de las autoridades de las rondas campesinas **autónomas**.

Si bien resulta loable que el Estado trate de sintonizar sus labores legislativas con el pulso nacional, sobre todo con las demandas de las organizaciones sociales del campo, la modificación propuesta es una expresión más del fetichismo legal.

En lugar de solucionar el problema de la coordinación interforal y del reconocimiento jurídico mediante una norma de rango constitucional, es preferible recurrir al Acuerdo Plenario No. 1-2009/CJ-116, la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre la justicia rondera²¹, los Protocolos de

²¹ Ver, entre otras fuentes, los Antecedentes del Acuerdo Plenario No. 1-2009/CJ-116 y la Jurisprudencia sistematizada del Poder Judicial en materia de justicia intercultural en <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij->

Coordinación Interforal del Poder Judicial²² y la propia ley de Rondas Campesinas, cuando refiere que los “derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca”²³. Estos instrumentos forman un *corpus* jurídico y orientador suficiente y robusto para mejorar la coordinación interforal y afirmar el reconocimiento jurídico de las Rondas Campesinas autónomas sin necesidad de recurrir a una reforma constitucional. Es cuestión de alejarse del fetichismo positivista y pensar al Derecho más allá de la literalidad del texto normativo.

2. Terra incógnita: el Proyecto de Ley 925/2016-CR

Así como el fetichismo legal es un serio problema que impide concebir al Derecho de manera más creativa, el afán de legislar sin sustento empírico también es un grave obstáculo que aleja aún más al Estado de la sociedad. Es el caso del Proyecto de Ley 925/2016-CR propuesto por el Grupo Parlamentario “Fuerza Popular” el 13 de marzo de 2017²⁴. Su objetivo es reconocer a los Comités de Autodefensa como organizaciones de apoyo de las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas. A partir de una breve valoración de estos comités en la lucha contra el terrorismo, el proyecto considera que esta modificación constitucional permitiría mantener la seguridad y paz dentro del territorio comunal. El problema radica en que la propuesta desconoce aquello que busca regular.

Texto vigente Constitución 1993	Modificación propuesta Proyecto de Ley 925/2016-CR
Artículo 149°. Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. Las	Artículo 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas <i>y de los</i>

[juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_justicia_intercultural](#). También Defensoría del Pueblo (2010). Ver referencias sobre jurisprudencia constitucional y judicial en nota 12.

²² Véase nota 11.

²³ Ley N° 27908 del año 2002, artículo 1. http://www.justiciaviva.org.pe/new/acceso_justicia/justicia_comunal/1.pdf

²⁴

Ver:

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0092520170201..pdf [Consulta: 28-06-2018]

<p>autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>	<p><i>Comités de Autodefensa</i>, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. [itálicas añadidas]</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Es importante esbozar las características de los Comités de Autodefensa para comprender que no estamos ante organizaciones con un perfil sociolegal bien delineado. Por eso son usualmente confundidos con las Rondas Campesinas, pues ambos “actuaban en el ámbito rural y tenían como objetivo garantizar la seguridad de los miembros de sus colectividades” (Laos Fernández 2009:26). Esta confusión ocasionó una gran incertidumbre sobre la ley que las autoridades estatales (i.e., policiales, jurisdiccionales) debían aplicar a los miembros de los Comités de Autodefensa (Bazán Cerdán 2005).

La antropología ha tratado de despejar esta confusión. Se trata de un ejercicio clasificatorio a veces imposible porque las organizaciones humanas, rurales o urbanas, cambian sus marcos institucionales en función de sus necesidades. La metamorfosis institucional es la norma y no la excepción, al punto que las colectividades pueden adquirir la fisonomía de comunidades, rondas o comités de autodefensa en función de los contextos que enfrentan²⁵. Aun así, el ejercicio taxonómico puede contribuir a aclarar, por lo menos analíticamente, los diferentes tipos de organizaciones rurales que tienen como eje la seguridad y el bienestar de sus miembros. Por ejemplo, el antropólogo Leif Korsbaek clasifica a las Rondas Campesinas en cuatro tipos, incluye a los Comités de Autodefensa en esta categoría e indica que estos nacieron “en la década de los 90 impulsados por el Estado para la lucha contra la subversión [e]

²⁵ Ver Guevara Gil (2009: 178, ver nota 104).

indistintamente al interior de las comunidades campesinas y parcelas o caseríos donde no hay presencia de comunidades campesinas".²⁶

Rodríguez, a partir de una clasificación basada en tipos-ideales, precisa diez diferencias entre las Rondas Campesinas y los Comités de Autodefensa (2007:27). Por ejemplo, frente a las primeras, los comités no tienen funciones jurisdiccionales, exhiben una alta dependencia de las Fuerzas Armadas y Policiales, están sometidos a un reglamento oficial, administran fondos estatales, reciben armas y municiones del gobierno, y tienen un carácter temporal para luchar contra Sendero Luminoso y el MRTA (ver Cuadro No. 2).

Los Comités de Autodefensa emergieron como parte del proceso de transformación de la sociedad rural a partir de los años 1960. Gracias a la Reforma Agraria el campo se democratizó y la organización campesina se fortaleció (Tapia 1995:2-3). Por eso, la prédica antifeudal de Sendero Luminoso resultó anacrónica "para seducir al campesinado" (Brachet-Márquez 1996:191). Cuando SL exigió su compromiso militante se estrelló contra su cosmovisión y formas propias de organización, incluida la autodefensa (Degregori 1996: 209, 216). Y cuando apeló al terror para cooptar a "las mesnadas" y reemplazar a sus autoridades tradicionales (Brachet-Márquez 1996:192-193), la reacción no se hizo esperar y se expresó en la "voluntad campesina de organizarse en rondas" (Degregori, Coronel, Del Pino y Starn 1996:26). Así, desde 1982, en la sierra sur central, se documentan las primeras formas de resistencia campesina (CVR 2003:437) contra el PCP-SL. Luego, "a partir de 1984 estas formas de organización campesina, conocidas inicialmente como *defensa civil*, se hicieron más numerosas en diversos poblados de los departamentos de Ayacucho, Huancavelica, Apurímac y Junín"(CVR 2003: 437).

²⁶ Los otros tres tipos son "las Rondas Campesinas surgidas sobre la base de los caseríos donde no han existido comunidades campesinas, (...) las que han surgido dentro de las comunidades campesinas, (...) [y] las Rondas Campesinas de comunidades nativas de la selva peruana" (Korsbaek 2011:19-20). Ver Bazán (2006:63-64), Defensoría del Pueblo (2010:14) y Cuadro N°2.

Las Fuerzas Armadas reconocieron y potenciaron esta reacción social. Por eso, a fines de 1982, cuando asumieron el control de la lucha antiterrorista, “una de las primeras medidas que los militares aplican es agrupar a los campesinos en núcleos poblados y organizarlos en Comités de Defensa Civil (CDC), al estilo de las aldeas estratégicas organizadas por el ejército estadounidense en Vietnam y las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) de Guatemala” (CVR 2003: 437).

Con el paso del tiempo, los Comités de Autodefensa se reproducen en buena parte del país bajo el control de las Fuerzas Armadas. Cumplen un papel muy importante en la lucha contra el terrorismo, en la que consiguen grandes avances, y en la propia organización de las comunidades y pueblos (CVR 2003:440). Así, el 8 de noviembre de 2000 la Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial N° 55-DP-2000, expresó su reconocimiento a la labor que realizaban en pro de la paz y recomendó extender el alcance de los beneficios indemnizatorios a los integrantes de las rondas y comités víctimas del terrorismo a la par que flexibilizar el trámite de sus solicitudes de reparación.

Este reconocimiento se acompañó con avances normativos. En 1986 la Ley N° 24571 reconoció legalmente a las Rondas Campesinas y en 1988 el Decreto Supremo N° 012-88-IN reglamentó su funcionamiento. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 741 de 1991 reconoció a los Comités de Autodefensa como organizaciones de la población para desarrollar actividades de autodefensa, de carácter *transitorio* y subordinadas a las Fuerzas Armadas. Al año siguiente, el Decreto Supremo N°077-92 “reguló su organización y funcionamiento, dándoles incluso potestad para abastecerse de armas y municiones” (Defensoría del Pueblo 2002:71). Además, concedió a las Rondas Campesinas la opción de adecuarse al reglamento de los comités.²⁷

La gran confusión conceptual y normativa, generada por una visión militarista de la seguridad ciudadana, surgió en 1993 con el Decreto Supremo N° 002-93. Este

²⁷ Artículo 4. Las Rondas Campesinas, Rondas Nativas y Colonas, Rondas Urbanas, Comités de Defensa Civil, Grupos de Seguridad y otras formas de organización de autodefensa existentes o que se formen en el país, podrán adoptar lo dispuesto en el presente Reglamento voluntariamente, para participar en las tareas de pacificación.

derogó el reglamento de organización y funciones de las Rondas Campesinas Autónomas de 1988 y las obligó a adecuarse al reglamento de los Comités de Autodefensa de 1992. La corrección se produjo el año 2002 cuando se promulgó la nueva "Ley de Rondas Campesinas" (Ley N°27908). Esta dejó sin efecto la Ley N° 24571 y otras normas, incluyendo la obligación de las rondas de asimilarse al modelo organizativo de los Comités de Autodefensa.

En paralelo, el Ejecutivo desarrolló una activa política de reconocimiento de los comités. El año 2003²⁸ el Ministerio del Interior, en coordinación con el Comando Conjunto de las FFAA, autorizó la entrega de armas de uso civil a los comités. Además, el año 2005 se promulgó la ley N° 28592 que creó el "Plan Integral de Reparaciones" (PIR). Este incluyó a los integrantes de los Comités de Autodefensa, inclusive menores de edad, como beneficiarios del PIR.

El 2009, la Ley del Servicio Militar (N°29248) definió a los Comités de Autodefensa usando el modelo del Decreto Legislativo No 741 de 1991. Por eso subraya su carácter espontáneo y subordinado a las Fuerzas Armadas²⁹. Su primer reglamento (Decreto Supremo N°021-2009-DE-SG) fue derogado por el Decreto Supremo N° 003-2013-DE, el que enfatizó su transitoriedad³⁰ y prescribió los requisitos para ingresar y ser dado de baja, así como los derechos y beneficios de los licenciados, normas que ratifican su inspiración estatal.³¹

Hace un par de años, el Decreto Supremo N°007-2016-DE que aprobó el Reglamento del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, estableció que este tiene la función de organizar y supervisar a los comités,³² mientras que la Oficina de Asuntos Nacionales tiene la de administrar y supervisar el armamento y munición asignados a

²⁸ Resolución Ministerial N° 1347-2003-IN-1701.

²⁹ Ver texto completo en: http://www.minedu.gob.pe/files/1491_201201212042.pdf [Consulta: 28-06-2018]

³⁰ Artículo 90.

³¹ Artículos 95-97. Ver texto completo: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-29248-ley-del-servicio-mil-decreto-supremo-n-003-2013-de-945014-1/> [Consulta: 28-06-2018]

³² Artículo 4.

los Comités de Autodefensa.³³ Por último, el Decreto Supremo N° 004-2017-IN³⁴, señala que la Dirección de Autoridades Políticas del Ministerio del Interior debe mantener relaciones de coordinación, a través de sus órganos desconcentrados, con las Rondas Campesinas, las Comunidades Nativas y los Comités de Autodefensa.

Como se puede apreciar, la abultada y confusa normatividad estatal ha insistido en el carácter *espontáneo, transitorio y subordinado* de los comités a las Fuerzas Armadas. Cabe recordar que los Comités de Autodefensa no son mencionados en el texto constitucional y que según la Defensoría del Pueblo las normas referentes a las Rondas Campesinas no les son aplicables. Para sustentar su posición de que no tienen funciones jurisdiccionales emplea argumentos similares a los de Rodríguez (2007: 14; ver CUADRO No. 2).

Luego de revisar la definición, origen y tratamiento legislativo de los Comités de Autodefensa, creemos que la modificación constitucional propuesta no es la más adecuada. En primer lugar, el reconocimiento constitucional a la jurisdicción especial se fundamenta en la diferencia étnica y cultural de los colectivos a los cuales se les reconoce una serie de derechos diferenciados (i.e., artículos 2.19, 89 y 149 de la Constitución de 1993). En segundo lugar, en el caso de los Comités de Autodefensa, todavía carecemos de suficiente evidencia etnográfica para determinar si este mismo supuesto, la diferencia étnica y cultural, se cumple. Solo así podrían ser incluidos bajo el manto semántico y normativo del artículo 149 de la Constitución vigente.

En tercer lugar, la propuesta incurre en error al reducir las funciones de los Comités de Autodefensa a un papel de apoyo de las Comunidades Campesinas y Nativas. Como ha determinado el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema, las Rondas Campesinas autónomas también pueden ejercer función jurisdiccional, sin necesidad de estar sujetas a una comunidad campesina o nativa. En este sentido, se trata de un proyecto de ley más bien regresivo en términos del

³³ Artículo 34.

³⁴ Artículo 91.

reconocimiento legal que han alcanzado las Rondas Campesinas autónomas pues no todos los Comités de Autodefensa pertenecen a comunidades.

Si el proyecto estuviese dirigido a legislar, exclusivamente, sobre la situación de los Comités de Autodefensa al interior de las Comunidades Campesinas y Nativas, entonces habría que estudiar la posibilidad de modificar el artículo 149 de la Constitución para que no solo se refiera a las Rondas Campesinas sino a todo tipo de organización local que contribuya a la paz y bienestar comunal. Pero ese es otro debate.

Ahora bien, ¿es necesario este tipo de reconocimiento formal para que los comités de autodefensa tengan cobertura por vía de interpretación constitucional? Creemos que no y que se les debería incluir bajo ese manto normativo cuando cumplen funciones de control social similares a las que realizan las comunidades o rondas, autónomas o no. Sin necesidad de recurrir al fetiche de la ley es posible, mediante pericias antropológicas y diligencias judiciales de reconocimiento, identificar cuándo y dónde un comité de autodefensa es parte de ese proceso de metamorfosis institucional que hemos referido o posee los atributos de una ronda o comunidad. En estos casos, el principio de realidad debería primar y conducir al reconocimiento de sus facultades, inclusive jurisdiccionales, pero esto debería hacerse de manera casuística y flexible, siempre a partir de un profundo conocimiento de la realidad sociolegal local. Ese tipo de razonamiento nos permitiría alejarnos del formalismo legal y del preciosismo positivista que inspira la promulgación de normas generales que desconocen los escenarios y actores rurales.

III. Notas sobre el fetichismo legal

¿Cuán longeva y marcada es la impronta fetichista en la forma de legislar y pensar al Derecho en el Perú? Ensayar una respuesta cabal excedería los límites de este artículo, pero creemos que las notas que presentamos a continuación permiten vislumbrar su importancia en la configuración de las relaciones entre el Estado y la sociedad peruana y permiten explicar las distorsiones a las que nos hemos referido en la sección anterior.

Como Guevara Gil observó, la impronta formalista del Derecho colonial se selló en el primer viaje a las Indias de Cristóbal Colón. No es casual que el Almirante no estuviera acompañado por sacerdotes sino por un letrado, el Escribano de Flota, don Rodrigo de Escobedo (1993: 290). Tampoco lo es que la monumental Recopilación de las Leyes de las Indias de 1680 fuera el fruto de un gran esfuerzo para sintetizar una frondosísima legislación. Así, uno de los grandes juristas que contribuyó a esta tarea, León Pinelo, logró reducir 400 000 cédulas reales a 11 000 leyes y, al final, las 6 377 leyes recopiladas fueron “sacadas de más de 200,000” cédulas reales emitidas entre 1492 y fines del siglo XVII (Guevara Gil 1993:292-293). La frustración de las propias autoridades ante la hipertrofia normativa se revela en una carta del virrey Francisco de Toledo dirigida al rey en 1570:

Las Cédulas que Vuestra Merced tiene mandadas dar para el gobierno destas provincias es una cantidad ynmensa y como se an ydo asentando en los libros por la orden que se an ydo librando estan muy confusas y muchas contrarias una de otras revocadas y otras que nunca se a usado por diferentes respetos y fines del Audiencia y Governadores y ansi casi nunca les falta cédula y provisión de Vuestra Merced para lo que quieren. (Levillier 1921-27, III: 368)

Semejante desorden llevó al licenciado Rodrigo de Aguilar y Acuña (1628) a advertir que el caos normativo impedía el “buen gobierno” y promovía la corrupción. Por un lado, reducía “el gobierno a actos de divinidad, pues lo es el acordarse de todo lo proveído sin verlo”. Por otro lado, con referencia a las cédulas, “perdiolas la memoria y ocultolas el olvido, quedando [al arbitrio de] los Oficiales de papeles el dar o quitar el derecho a las partes, resucitando la cédula ques en favor del amigo y escondiendo o negando la que no lo es” (en Guevara Gil 1993:294).

El legalismo, la hipertrofia normativa y el afán de legislar sin conocer la realidad sociolegal se han proyectado desde los siglos coloniales a los republicanos. Para este último período tenemos algunas referencias que lo grafican. La comisión de **Simplificación Legislativa** que funcionó en la Legislatura 1997-1998 identificó que en el siglo XIX se promulgaron un total de 8 175 leyes, resoluciones, decretos y

reglamentos, y que entre 1904 y 1999 se publicaron 27 165 leyes, decretos leyes y resoluciones legislativas, además de 580 decretos de urgencia y 906 decretos legislativos.³⁵

Otros indicadores correspondientes al siglo XX nos permiten sopesar la magnitud del problema. Mario Vargas Llosa, en su prólogo a **El Otro Sendero** (1986) de Hernando de Soto, señalaba que la «telaraña legal» que asfixiaba a la sociedad peruana en ese momento estaba tejida por más de medio millón de leyes, decretos leyes, decretos supremos, resoluciones, reglamentos y ordenanzas vigentes (1986: xxiv). Es más, de Soto indica que entre 1947 y 1985 el Poder Ejecutivo produjo un promedio de 27 000 normas y decisiones administrativas por año frente al Poder Legislativo, el órgano teóricamente especializado, que solo emitió el 1% de las normas de ese período (Guevara Gil 2009:71).

Por cierto, la contribución del «gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas» (1968-1980) a la telaraña legal fue considerable. Ambas «fases», las dictaduras de Velasco Alvarado y Morales-Bermúdez emitieron alrededor de 6 200 decretos leyes y 335 550 normas y decisiones administrativas. El desenfreno normativo también se expresa en términos del objeto del deseo normativo. La notable recopilación de Francisco Ballón (1991) sobre el derecho oficial frente a la Amazonía revela que entre 1822 y 1989 el Estado dictó 18 349 normas (leyes, decretos, resoluciones) específicamente dirigidas a regular paisajes humanos y geográficos incomprensibles para el centralismo limeño (sin contar los dispositivos generales aplicables). Esta maraña legislativa se nutrió (y nutre) de un reservorio simbólico repleto de imágenes sobre el «salvajismo», la civilización y el mito del espacio vacío, pero totalmente ajeno a las sociedades amazónicas (Guevara Gil 2009: 71-72).

Como señaló una comisión parlamentaria el año 2017, la vorágine legalista continúa y adquiere ribetes alucinatorios: Actualmente, se encuentran vigentes en el Perú cerca de 600 000 normas. Sólo en el 2014 fueron emitidas 20 470 disposiciones

³⁵ Ver: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/plan.htm> [Consulta: 28-06-2018]

legales; en el 2013, 18 675; y en el 2012, 19 610. Esto quiere decir que, en promedio, el Estado peruano produce una norma cada 6 minutos. Asimismo, a un ciudadano le tomaría aproximadamente 10 años leer todas las normas que conforman nuestro ordenamiento.³⁶

Una de las medidas para paliar este problema ha sido la derogación en masa. Entre el 2009 y el 2011, la Comisión Especial Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo (CEMOL) logró extraer de nuestro ordenamiento más de 14 000 normas que no contaban con reglamento y/o habían perdido vigencia. De la misma manera, durante la legislatura pasada (2017-2018), la comisión identificó aproximadamente 1 000 normas que deben correr la misma suerte.³⁷ A pesar de estos esfuerzos, la maraña legal se mantiene. Por ejemplo, el archivo informático del estudio de abogados más importante de Lima maneja un corpus normativo de más de 123 000 normas abstractas, generales e impersonales promulgadas entre enero de 1991 y abril de 2019.

En materia de Derecho de Aguas, Jan Hendriks es quien mejor ha estudiado la hiperlexia que caracteriza a los intentos estatales de introducir orden (i.e., gobernabilidad) en la caótica gestión del recurso en nuestras cuencas. Por ejemplo, la promulgación de la Ley de Recursos Hídricos 29338 el año 2009 fue seguida de una frondosa regulación de las organizaciones de usuarios de agua (para riego, minería, electricidad, acuicultura, etc.). Esta incluye el Decreto Supremo 021-2012-AG (Reglamento de Organizaciones de Usuarios de Agua), la Ley 30157 de las Organizaciones de Usuarios de Agua (2014), el Decreto Supremo 005-2015-MIANGRI (Reglamento de la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua) y para este año se anuncia el debate de una nueva ley sobre el particular. Aún peor, esa “densidad normativa” incluye otros siete Decretos Supremos, ocho Resoluciones Jefaturales de la Autoridad Nacional del Agua y una Directiva General, emitidos entre 2012 y 2018.

³⁶ Ver: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/Cemol/> [Consulta: 28-06-2018]

³⁷ Las normas por derogar en el periodo 2016-2021 se pueden revisar en http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/cemol/files/listado_para_el_peruano.pdf [Consulta: 28-06-2018]

Como enfatiza Hendriks, este cuerpo de normas suma 218 páginas, 364 artículos y 59 disposiciones complementarias que contribuyen más a la ficción legal que a la gobernabilidad efectiva del agua. El paroxismo normativo llega a tales extremos, que la Resolución Jefatural No. 250-2015-ANA prescribe hasta el tamaño del block de anotaciones que se debe usar en los sistemas hidráulicos: “El Operador y Usuario deberá tener en cada punto de medición un cuaderno tamaño A-4, que debe estar foliado, donde registrará el tiempo, caudales y otras informaciones...”³⁸ La ironía, para cualquiera que conozca la crítica situación de la gestión del agua en el Perú, es que semejante corpus legal, tan robusto y exuberante, es inaplicable en la mayor parte de los paisajes hidráulicos del país.³⁹

En el ámbito constitucional, entre 1821 y 2019, el Perú se ha prodigado 14 cartas fundamentales. Esta cuenta incluye el Estatuto Provisorio de San Martín (1821) y excluye tanto las constituciones de los Estados nor y sud peruanos de la confederación Peruano Boliviana (1836), como el Estatuto Provisorio de Piérola (1879). Así, los textos de 1821, 1823, 1826, 1828, 1834, 1837 (Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana), 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993 ilustran nuestra copiosa producción constitucional. También significan que en 198 años de vida republicana hemos tenido una nueva carta cada 14 años en promedio y nada permite pensar que esta tendencia histórica sea revertida. Por eso se considera que el ciclo 1993-2019 es excepcional. Esto si se tiene en cuenta que la Constitución de 1933, vigente formalmente casi medio siglo, solo rigió 8 años en forma plena, presidiendo 2 períodos democrático-constitucionales (1945-1948, 1963-1968). El resto del tiempo el sino dictatorial o los regímenes democráticos de «baja intensidad» presidieron los destinos del país (e.g., primer gobierno de Manuel Prado o segunda parte del gobierno de

³⁸ Hendriks (2018); ver el Reglamento de Medición del Agua en los Sistemas Hidráulicos Comunes en el ámbito de las Administraciones Locales de Agua, artículo 8 (<http://portal.ana.gob.pe/normatividad/rj-ndeg-250-2015-ana-0>). [Consulta: 15-07-2019]

³⁹ A modo de ejemplo, véanse mis trabajos sobre la gestión del agua en el Perú, en especial la serie derivada de las Jornadas de Derecho de Aguas, en: <https://independent.academia.edu/AGuevaraGil/Analytics/activity/documents> [Consulta: 15-7-2019]

Manuel Odría). Además, la de 1979, ideada como «la constitución del siglo XXI», solo rigió 13 años (Guevara Gil 2009:73).

Estas referencias nos llevan a preguntar, ¿qué es lo que nos conduce obsesivamente a la sobreproducción legislativa, a legislar ignorando la realidad? Parece que valoramos a *la ley* como un *tótem*, un objeto de veneración íntegro, omnisciente y perfecto que puede ser invocado mágicamente para solucionar cualquier problema social.

Al respecto, cabe recordar que la noción de *fetiché* surge “como un concepto clave para una teoría de la religión primitiva solo en 1760, cuando Charles de Brosses publicó anónimamente su “*Du Culte des Dieux Fetiches*” (Iacono 2016:11). En esta obra, el erudito francés utilizó el término para referirse a las prácticas y creencias de las sociedades pre modernas y, en especial, al apego a determinados objetos para fines de adoración religiosa (Leonard 2016:10). Posteriormente, el concepto fue apropiado por nuevas disciplinas, entre las que se encuentran el psicoanálisis de Freud y el materialismo histórico de Marx. Así, el *fetichismo* puede remitir a tres concepciones:

(a) es la adoración de las representaciones de seres o animales sobrenaturales en las sociedades premodernas (de Brosses). Por ejemplo, estatuas o amuletos.

(b) es la atribución a las cosas de lo que en realidad son relaciones sociales (Marx). Por ejemplo, las mercancías o el capital.⁴⁰

(c) es la perversión que reemplaza el objeto sexual normal por una de sus partes o algo que le pertenece (Freud). Por ejemplo, la podofilia o la necrofilia. (Iacono 2016:88)

Para extender los alcances de esta crítica al campo del Derecho, Isaac Balbus ofrece una interesante aproximación a la relación de causalidad entre el Derecho y la sociedad, y cuestiona la imagen autorreferente del Derecho:

El fetichismo legal al que me refiero tiene diversas formas. La más sublime es, probablemente, la teoría formalista del derecho en sí misma, en la medida que

⁴⁰ Para teóricos soviéticos como Pashukanis, por ejemplo, era indispensable proyectar la reflexión jurídica más allá del texto legal para desentrañar las relaciones sociales que lo entretejían y “saber si este contenido normativo se produce o no en la vida, es decir, en las relaciones sociales” (2008:88).

consigue conceptualizar al derecho como una realidad "independiente" y "autónoma" que debe ser explicada de acuerdo con su propia "dinámica interna". Es decir, la concibe como una entidad independiente, de cuya creatividad depende la supervivencia de la sociedad. (2001:227; traducción propia)⁴¹

Como se aprecia, el *fetichismo legal* adquiere ribetes mágico-religiosos y también estructurales (concepciones a y b, aunque la c no se descarta, pero exige una aproximación psicoanalítica especializada). Supone una inquebrantable fe y devoción en la ley, una suerte de legalismo mágico que implica "la adoración de la ley como si fuera algo diferente de la voluntad de los hombres" (Lemaitre 2007a:7, traducción propia). Esta crítica remite a la que formuló el jurista francés François Géný (1861-1959) al formalismo en la interpretación legal y a la sobrevaloración de la ley escrita por encima de las nociones de justicia, lógica y costumbre (Lemaitre 2007a:7). En contra de la opinión mayoritaria de su época, Géný sostenía que el Derecho no se reduce únicamente a la ley, sino que esta representaba uno de los tantos instrumentos del mismo:

La obra entera -no solo la *Méthode*- de Géný hay que enmarcarla en la dialéctica, en la proximidad y la distancia que existe, que debe existir, entre la ley y el derecho (...). Para Géný -como apunta en la *Méthode* y desarrolla en *Science et Technique*- la ley es solo una información limitada del derecho. En realidad, es según colige Grossi, "la revelación imperfecta de un enorme continente sumergido, que queda sumergido". Y que el jurista, teórico o práctico, debe sacar a la superficie. (Bernuz Beneitez 2006:127-128)

Es por eso que "primero [se debe] impugnar ese fetichismo de la ley escrita y codificada, que constituye el primer rango distintivo y el más saliente del método

⁴¹ "The fetishism of the Law of which I am speaking appears in many guises. The most sublime is probably the formalist theory of law itself, insofar as this theory conceptualizes the law as an "independent," "autonomous" reality to be explained according to its own "internal dynamics," i.e., conceives it as an independent subject, on whose creativity the survival of the society depends."

tradicional” (Gény 2000 [1899]:53). Luego, el margen de libertad generado le permitirá lanzar una crítica frontal al legalismo y a los legalistas de su época:

Dominados, fascinados por los resultados de la codificación, los comentaristas modernos franceses, implícitamente al menos, han aceptado a título de postulado la idea de que la legislación formal, a decir, el conjunto de actos legislativos promulgados y vigentes en Francia, debe bastar para poner de manifiesto cuantas reglas jurídicas requieran en materia de derecho privado las necesidades de la vida social [...] Para ellos todo está reducido a esto: dar todo su alcance al pensamiento del legislador contenido en los textos. Siempre que se comprenda e interprete bien la ley, suministrará cuantas soluciones jurídicas sean necesarias. (Gény 2000 [1899]:20)

En esta perspectiva, el problema al incurrir en "el fetichismo legal se refiere a no darse cuenta del abismo que separa la aprobación de una ley de su aplicación, y estar de alguna manera engañado por el ritualismo de la norma, posponiendo indefinidamente la confrontación con sus problemas de aplicación” (Lemaitre 2007b:85; 2009:384).

Es importante observar que el signo negativo del concepto ha sido invertido por Julieta Lemaitre al discutir la pragmática, consecuencias y efectividad del Derecho, por un lado, y las emociones, placeres y pasiones que este desata, por el otro (2007a; 2009). Frente a las críticas que denuncian al formalismo y la falsa conciencia como improntas del sistema legal, Lemaitre sostiene que, desde el punto de vista de los sectores subalternos y los activistas de derechos humanos, lo importante es “el goce que produce el derecho progresista independientemente de su aplicación, o mejor aún, en exceso de sus posibilidades reales de aplicación”. Para ponderar el papel social del fetichismo legal hay que prestar atención a la “emoción ligada no a los beneficios concretos sino a los significados políticos y culturales que invoca la ley” (2009:385-386). De ahí que se pregunte, “¿cómo entender el placer que produce el derecho progresista más allá del cálculo concreto de su utilidad?” (2009:386)

Para responder a esta interrogante recurre a Lacan, quien sostiene que el deseo por un objeto no radica en que sea atractivo *per se*, sino en el vacío que el sujeto desea

llenar con él (aunque no lo logre). Por eso, para entender la seducción que la conquista de derechos, aunque solo sean nominales, genera en subalternos y activistas hay que prestar atención al “vacío que se llena con la ley” y a “la ausencia que la ley al mismo tiempo revela y oculta en su promulgación”. En un mundo desencantado, el liberalismo político y los movimientos sociales de diferentes orientaciones que luchan por la expansión de los derechos humanos coinciden en reivindicar a “la dignidad humana como centro moral de la vida social” y en recusar a la injusticia y violencia que la mellan (Lemaitre 2009:389; 2007:14). Es ahí donde “aparece el derecho como una esperanza no solo de beneficios reales sino de la posibilidad de resignificar identidades, de recrear sus vidas y, sobre todo, de dar significado al sufrimiento” (Lemaitre 2009:392).

Así, es posible justificar “éticamente este complacerse en el propio deseo, no como un vivir engañados sino como un participar en la construcción de otro mundo”. Al invertir por completo el sentido del concepto, concluye que “se trata quizá de construir un país de fetichistas legales [...], de personas que se nieguen a aceptar como cierta la ausencia de dignidad humana”. En esta empresa, “el derecho es seductor porque insiste en que podemos, con la ley, definir y contener los horrores, y por eso produce tanto placer y se desea con tanta intensidad; se desea, claro, por lo que se puede lograr con él, pero también se desea, y se le valora, por su poder para poder reinterpretar como anormal la vida cotidiana violenta” (Lemaitre:393-394).

Esta apasionada defensa del fetichismo legal es muy interesante e importante. Se enuncia desde el punto de vista subalterno, reivindica la inversión emocional que los movimientos sociales o personas realizan al luchar por el reconocimiento o expansión de sus derechos y lo considera “una fantasía que aspira a definir, incluso a producir, la realidad social” (Lemaitre 2009:395; Lemaitre 2007a:10 *et seq.*). De ahí que su impacto social y potencial transformativo no pueda ser desdeñado de antemano, tal como lo hacen las críticas marxistas y antiformalistas.

IV. Conclusiones

“No, no hay país más diverso, más múltiple en variedad terrena y humana; todos los grados de calor y color, de amor y odio, de urdimbres y sutilezas, de símbolos utilizados e inspiradores”.

José María Arguedas, 1968

Aunque parezca una hipérbole, la diversidad de paisajes humanos y geográficos en el Perú es, sencillamente, asombrosa. Por más de un siglo y medio, el Estado ha tratado de enfrentarla con políticas homogeneizadoras, pero desde fines del siglo XX ensaya políticas de reconocimiento para recrear las relaciones entre el Estado moderno y una sociedad esencialmente heterogénea. La lucha de los pueblos indígenas y de las comunidades y rondas campesinas, el debate sobre el ser nacional, la evolución del constitucionalismo latinoamericano y los avances del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas han inducido el desarrollo de un importante corpus normativo y jurisprudencial (judicial y constitucional) destinado a fortalecer y amplificar ese reconocimiento. El relativo a las facultades jurisdiccionales de esos pueblos y comunidades es muy importante pues, a falta de la ley de desarrollo constitucional que regule la coordinación interforal entre la justicia ordinaria y la especial, ilustra que es posible lograr avances jurídicos sin necesidad de incurrir en el legalismo o formalismo que caracteriza a la cultura legal peruana.

Sin embargo, el fetichismo legal persiste y se expresa en las microrreformas innecesarias que el legislador pretende introducir en el marco constitucional vigente para ampliar el reconocimiento de las facultades jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas a las rondas campesinas o para incluir a los comités de autodefensa como órganos de apoyo de la justicia especial. Al hacerlo, por un lado, incurre en el nominalismo normativo y, por el otro, plantea cambios sin conocer la realidad sociolegal que procura regular.

Como se observa en los ejemplos que hemos presentado, los proyectos de ley para cambiar el texto del artículo 149 de la Constitución son de un preciosismo formalista impresionante que, por cierto, resultan superfluos si consideramos que la jurisprudencia, el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de la República y los protocolos de coordinación interforal del Poder Judicial forman una base jurídica suficiente para incluir a las Rondas Campesinas dentro del campo semántico y pragmático del reconocimiento constitucional concedido a las comunidades. Por el otro, el intento de incluir a los comités de autodefensa como brazos de las autoridades de la justicia especial solo demuestra el enorme desconocimiento que el legislador peruano exhibe con respecto al origen (estatal), funciones, estructura y temporalidad de esos comités. Más práctico sería determinar si son homologables a las rondas campesinas y, en consecuencia, asimilables o no a las disposiciones existentes, de manera casuística.

En general, esta inconducente tendencia a recurrir a los cambios normativos para canalizar el diálogo Estado-sociedad es una forma de *recaída dogmática*⁴². Se renuncia a la indagación antropológica, a la teorización del Derecho y al diálogo interforal y se imponen remedios fetichistas o ignorantes de la realidad social.

Al descartar la batería de métodos de interpretación e integración jurídicos que habilitan una relectura inclusiva del artículo 149 y despreñar las investigaciones sociolegales sobre las realidades que proyecta intervenir, el legislador se refugia en la preparación y promulgación de leyes positivas. El costo social de esta tendencia/tentación es muy alto. Por ejemplo, los cambios constitucionales propuestos, aparentemente positivos, incurren en errores conceptuales sobre la naturaleza de las Rondas Campesinas y los Comités de Autodefensa. Y sabemos que a un diagnóstico equivocado le sigue una receta errada. Por eso, se pueden predecir resultados negativos tanto directos, en cuanto a su desarrollo y consistencia como organizaciones de base, como indirectos, respecto al accionar del operador estatal.

⁴² Ver Gálvez Rivas: 2016.

Los estilos normativos que hemos revisado --modificaciones textuales infinitesimales y legislar intuitivamente--, contribuyen significativamente a la inflación legislativa que fatiga al cuerpo social. La evidencia histórica y contemporánea revela que la hipertrofia legal es un problema de larga data, que desde el siglo XVI se perfila como una constante que vicia la comunicación entre el Estado (colonial, republicano) y la compleja sociedad peruana. Tanto en el Antiguo Régimen como en el Estado moderno, ese laberinto normativo se alimenta de la promulgación descontrolada, contradictoria y frenética de normas positivas. El resultado es que la utopía de la regulación perfecta de la vida social intentada por la corona española y la república se transformó en la distopía normativa que hemos experimentado a lo largo de nuestra historia.

Es posible que el fetichismo pueda tener un signo positivo, tal como señala Lemaitre (2007a y b; 2009). Esto ocurre cuando los movimientos sociales y los activistas de derechos humanos emplean la ruta legal para consagrar derechos, aunque sean nominales, y reivindican la dignidad humana como eje para luchar contra la injusticia y crear un mundo mejor. Por eso, es usual que indígenas y comuneros usen y reinterpreten la confusa legislación nacional para proteger y potenciar sus derechos e intereses (Guevara Gil 2013, 2009:174 *et seq.*; Poole 2012:218-220), y que también entablen alianzas estratégicas con los legisladores de turno para ensayar nuevas fórmulas de reconocimiento.

Sin embargo, creemos que el derrotero histórico peruano ejemplifica un fetichismo legal negativo, más bien regresivo, que ha generado un corpus legislativo enmarañado y gigantesco que hoy en día agudiza las concepciones formalistas y positivistas del Derecho, a la par que bloquea su potencial emancipatorio al reducir el campo de acción al proceso legislativo y la promulgación de leyes. Se trata, entonces, de cuestionarlo de raíz y ensayar nuevas formas de concebir el papel del Derecho en la configuración de las relaciones entre el Estado y la sociedad peruana.

Bibliografía:

- ARGUEDAS, José María (1968) No soy un aculturado. Discurso al recibir el premio "Inca Garcilaso de la Vega", Lima.
- BALBUS, Isaac (2001) "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the "Relative Autonomy" Of The Law". En: Roger Cotterell (ed.), *Sociological Perspectives on Law*, vol. I, pp. 215-232. Londres: Routledge.
- BALLESTEROS, Pío (1945) "Los indios y sus litigios según la Recopilación de 1680". En: *Revista de Indias*, vol. VI, no. 22: 607-633.
- BAZÁN CERDÁN, Fernando (2005) Comunidades y Rondas Campesinas: aproximación a su naturaleza jurídica. <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/184.pdf> [Consulta: 4-07-2019]
- BERNUZ BENEITEZ, María José (2006) *François Gény y el Derecho: la lucha contra el método exegético*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- BRACHET-MÁRQUEZ, Vivianne (1996) Repensando el Perú y su campesinado: comentario a "Las Rondas Campesinas y la derrota de Sendero Luminoso". En: *Allpanchis* vol. 28, no. 48, pp. 189-195.
- CEPAL (2014) Los pueblos indígenas en América Latina Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile: Ford Foundation.
- CUJABANTE, Ximena (2014) "Los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo latinoamericano". En: *Revista de Análisis Internacional*, v. 5, no. 1, pp. 209-233.
- CVR (2003) Informe Final. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2002) Compendio de legislación para víctimas del terrorismo: autoridades locales, funcionarios y servidores públicos, Policía Nacional, Fuerzas Armadas y Comités de Autodefensa. Lima: Defensoría del Pueblo.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2010) El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas. Compendio de normas y jurisprudencia. Lima: Defensoría del Pueblo.
- DEGREGORI, Carlos Iván (1996) Cosechando tempestades: las Rondas Campesinas y la derrota de Sendero Luminoso en Ayacucho. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- DEGREGORI, Carlos, CORONEL José, DEL PINO Ponciano y STARN, Orin (1996) *Las Rondas Campesinas y la derrota de Sendero Luminoso*. 2da edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

- EAGLETON, Terry (2001) *La idea de cultura*. Barcelona: Editorial Paidós.
- FULLER, Norma (ed.) (2002) *Interculturalidad y Política. Desafíos y posibilidades*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales el Perú.
- GALVEZ RIVAS, Aníbal (2016) *De la antropologización del Derecho a la recaída dogmática*. Lima: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GÉNY, François (2000) *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Editorial Comares.
- GÓMEZ ISA, Felipe (2014) "Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights". En: *Human Rights Quarterly*, n. 36, pp. 722-755.
- GUEVARA GIL, Armando (2009) *Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- GUEVARA GIL, Armando (2013) *El Derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín - Perú*. Lima: IPROGRA y Universidad de Ámsterdam.
- GUEVARA GIL, Armando y Carla CABANILLAS (2018) "La consulta previa en el sector minero: del reconocimiento al desconocimiento de los derechos indígenas y campesinos en el Perú". En: *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo XVIII, María del Pilar García, editora, pp. 431-480. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HENDRIKS, Jan (2018) *Organizaciones de usuarios de agua en el Perú*. Presentación PPT en el Foro Nacional sobre la Gobernanza del Agua en el Perú: situación actual y desafíos. Lima: Instituto de Promoción de la Gestión del Agua- IPROGA.
- IACONO, Alfonso (2016) *The History and Theory of Fetishism*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- KHATRI, Upsana (2013) "Indigenous Peoples' Right to Free, Prior, and Informed Consent in the Context of State-Sponsored Development: The New Standard Set by Sarayaku V; Ecuador and its Potential to Delegitimize the Belo Monte Dam." En: *American University International Law Review*, vol. 29, no. 1: 165-207.
- KORSBAEK, Leif (2011) "No todas las Rondas son Comités de Autodefensa y viceversa: Los tipos de Rondas Campesinas". En: *Investigaciones Sociales*, vol. 15, no. 26, junio 2011, p. 15-39.
- LAOS FERNÁNDEZ, Alejandro (2009) *Rondando por nuestra ley*. Lima: Códice Ediciones.

- LA ROSA CALLE, Javier y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (eds.) (2010) La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- LEGENDRE, Pierre (2016) "La otra dimensión del derecho". En: *Revista Derecho PUC*, n°77, pp. 63-44.
- LEMAITRE, Julieta (2007a) "Legal Fetishism at Home and Abroad". En: *Unbound*, vol. 3, no. 6, pp. 6-18.
- LEMAITRE, Julieta (2007b) "Fetichismo legal: derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia". En: *Derecho y cultura*, SELA (ed.), pp. 83-96. San Juan de Puerto Rico: Editorial Tal Cual.
- LEMAITRE, Julieta (2009) *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- LEONARD, Daniel (2016) "Fetishism and Figurism in Charles de Brosses's Du culte des dieux fétiches: Natural Historical Facts and Historical Fictions". En: *Studies in Eighteenth-Century Culture*, vol. 45, 2016, pp. 107-130.
- LEVAGGI, Abelardo (2001) "República de Indios y República de Españoles en los Reinos de Indias". En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXIII, pp. 419-428.
- LEVAGGI TAPIA, Renato (2010) "Situación de los casos de miembros de Comunidades Campesinas, Nativas y Rondas Campesinas denunciados ante el Ministerio Público por ejercicio de su función jurisdiccional". En: LA ROSA CALLE, Javier y RUIZ MOLLEDA, Carlos (eds.), *La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas*, pp. 9-20. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- LEVILLIER, Roberto (1921-27) *Gobiernos del Perú. Cartas y papeles del siglo XV*. 14t. Madrid: Biblioteca del Congreso Argentino.
- MINISTERIO DE CULTURA (2014) *Derechos de los pueblos indígenas en el Perú. El rol garante del Estado en la protección y promoción de los derechos humanos, materiales de capacitación n° 2*. Lima: Ministerio de Cultura.
- PASHUKANIS, Evgeni B. (2008) *Teoría General del Derecho y Marxismo*. La Paz: Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, Biblioteca Laboral N°38.
- PEÑA JUMPA, Antonio (2016) "Derechos fundamentales y justicia comunal. La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú". En: *Revista Ius et Veritas*, no. 47, pp. 276-285.
- PICOLLI, Emmanuelle (2008) "El pluralismo jurídico y político en Perú: el caso de las Rondas Campesinas de Cajamarca". En: *Icono*, FLACSO, no. 31, pp. 27-41.
- PODER JUDICIAL DEL PERÚ (2014) *Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos y Protocolo de Coordinación entre*

- Sistemas de Justicia. Lima: Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz y Justicia Indígena.
- POOLE, Deborah (2012) "La ley la posibilidad de la diferencia: la antropología jurídica peruana entre la justicia y la ley". En: DEGREGORI, Carlos Iván; SENDON, Pablo F.; SANDOVAL, Pablo (eds.), No hay país más diverso: compendio de antropología peruana, pp. 200-246. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- RIVA-AGÜERO, José de la (1968) Estudios de historia peruana. La conquista y el virreinato. Tomo VI. Lima: Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RODRIGUEZ AGUILAR, César (2007) Las Rondas Campesinas en el sur andino. Lima: Lago Sagrado Editores.
- RUIZ MOLLEDA, Carlos (2010) "Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema sobre Rondas Campesinas". En: LA ROSA CALLE, Javier y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (eds.), La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas, pp. 73-106. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- SCHETTINI, Andrea (2012) "Toward a New Paradigm of Human Rights Protection for Indigenous Peoples: A Critical Analysis of the Parameters Established by the Inter-American Court of Human Rights". En: *International Journal of Human Rights*, no. 17, pp. 59-81.
- TAPIA, Carlos (1995) Autodefensa armada del campesinado. Lima: Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación.
- TUBINO, Fidel (2002) "Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva". En: *Derecho y Sociedad*, no. 19, pp. 299-311.
- TUBINO, Fidel (2015) La interculturalidad en cuestión. Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- UNESCO (2010) Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas - DPI/2551/B - 09-64061 - enero 2010: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf> [Consulta: 4-07-2019]
- UNICEF y FUNPROEIB, Andes (2009) Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina. https://www.unicef.org/honduras/tomo_1_atlas.pdf [Consulta: 4-07-2019]
- URTEAGA CROVETTO, Patricia (2013) "Comunidad Nativa y Derecho: Dos Experiencias en Madre de Dios - Perú". En: *Foro Jurídico*, no. 12, pp. 288-302.
- VARGAS LLOSA, Mario (1986) Prólogo a El Otro Sendero: La revolución informal de Hernando de Soto et al. Lima: Editorial El Barranco.

- VERONA BADAJOZ, Aaron (2014) La protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- YRIGOYEN Fajardo, Raquel (2000) "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos". En: *Revista Pena y Estado*, no. 4. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_43.pdf [Consulta: 4-07-2019]
- YRIGOYEN Fajardo, Raquel (2001) "Retos para construir una Juridicidad Pluralista (Balance de los Proyectos de ley sobre el art. 149 de la Constitución). En: *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, no. 28, pp. 153-174.
- YRIGOYEN Fajardo, Raquel (2002) "Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal". En: *Revista Allpanchis: Especial sobre Justicia Comunitaria en los Andes*, no.59-60, pp.31-81.
- YRIGOYEN Fajardo, Raquel (2004) "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". En: *El Otro Derecho*, ILSA, no. 30, pp.171-195.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (ed.) (2010) *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica*. Lima: IIDS, INESC, ILSA.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2011) "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización" En: RODRIGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 139-159. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Cuadro No. 1

PROYECTOS DE LEY DE COORDINACIÓN ENTRE JUSTICIA ESPECIAL Y JUSTICIA ESTATAL

Año	Número	Sumilla
1985	Proyecto de Ley N°84	Reconoce a las Rondas Campesinas como Organizaciones Independientes del Campesinado sin distinción de filiación política, religiosa y de raza; para protección y defensa de sus tierras, ganado, sembríos, familia, trabajo tradiciones culturales y todo lo que signifique bienestar material y espiritual con justicia social.
1988	Proyecto de Ley N° 1765	Deroga el Decreto Supremo 012-88-IN, de fecha 18 de Marzo de 1988, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de las Rondas Campesinas
1990	Proyecto de Ley N° 512	Propone la instalación y funcionamiento de los "Juzgados Campesinos" al interior de cada Comunidad Campesina o de Núcleos Rurales de más de 50 familias
1990	Proyecto de Ley N° 540	Propone la Ley para crear una Comisión Especial de recuperación y debido reordenamiento del Derecho consuetudinario
1991	Proyecto de Ley N° 1091	Propone la Ley para el Reconocimiento de Rondas Urbanas y/o Comité de Autodefensa Urbana.
1997	Proyecto de Ley S/N	Proyecto de ley de Justicia de Paz y la Jurisdicción Comunal Facultativa
1998	Proyecto de Ley S/N	Proyecto de ley: Administración de Justicia en las Comunidades Campesinas y Nativas
2000	Proyecto de Ley N° 0939	Propone la Ley de administración de justicia para pueblos indígenas
2000	Proyecto de Ley N° 0587	Propone la Ley de desarrollo Constitucional del artículo 149
2001	Proyecto de Ley N°89	Desarrolla del artículo 149° de la Constitución Política del Estado y de adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales
2001	Proyecto de Ley N° 164	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2001	Proyecto de Ley N° 651	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2001	Proyecto de Ley N° 948	Propone la Ley de Rondas Campesinas

2001	Proyecto de Ley N° 1441	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2001	Proyecto de Ley N° 1513	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2001	Proyecto de Ley N° 1538	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2001	Proyecto de Ley N° 1729	Propone la Ley Marco de las Comunidades Campesinas y Nativas
2001	Proyecto de Ley N° 1729	Propone la Ley Marco de las Comunidades Campesinas y Nativas
2001	Proyecto de Ley N° 2900	Propone la Ley de función jurisdiccional especial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas
2002	Proyecto de Ley N° 2434	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2002	Proyecto de Ley N° 2342	Concede beneficios a los miembros, de las rondas campesinas y de los comités de autodefensa que lucharon y/o fueron víctimas del terrorismo
2002	Proyecto de Ley N° 2590	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2002	Proyecto de Ley N° 3408	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2002	Proyecto de Ley N° 3802	Propone la Ley de Rondas Campesinas
2011	Proyecto de Ley N° 313/2011-PJ	Propone la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia
2011	Proyecto de Ley N° 973/2011-CR	Propone la Ley de la jurisdicción originaria campesina y nativa y su coordinación con la jurisdicción ordinaria
2013	Proyecto de Ley N° 2751/2013-CR	Propone la Ley que regula la justicia intercultural de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas.
2013	Proyecto de Ley N° 2886/2013-CR	Propone la Ley que regula la coordinación entre la justicia entre los pueblos indígenas y la justicia ordinaria.
2016	Proyecto de Ley N° 773/2016-CR	Propone la Ley de Desarrollo del artículo 149 de la Constitución Política del Perú que regula la coordinación intercultural de la justicia
2016	Proyecto de Ley N°797/2016 -CR	Propone modificar el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, para reconocer funciones jurisdiccionales a las Rondas Campesinas Autónomas dentro de sus territorios.

2016	Proyecto de Ley N° 885/2016-CR	Propone modificar el artículo 149 de la Constitución Política del Perú para reconocer las facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas
2016	Proyecto de Ley 925/2016-CR	Propone modificar el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, tiene por objeto reconocer como organizaciones de apoyo de las Comunidades Campesinas y Nativas, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales consuetudinarias, a los Comités de Autodefensa, tal como sucede con las Rondas Campesinas.
2017	Proyecto de Ley 2294/2017-CR	Propone modificar el artículo 6° de la Ley N° 27908 "Ley de Rondas Campesinas"
2017	Proyecto de Ley N°2473/2017-CR	Ley que reforma el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, con la finalidad de otorgar a las rondas Campesinas la función jurisdiccional con la que cuentan Las comunidades campesinas y nativas

Fuente: Realizado con información del Archivo Digital de proyectos de ley del Congreso de la República del Perú⁴³ y de los textos de Laos Fernández (2009:115-153) e Yrigoyen (2001: 157-158)

⁴³ Ver: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/> [Consulta: 15-7-2019]

Cuadro No. 2**DIFERENCIAS ENTRE RONDAS CAMPESINAS Y COMITÉS DE AUTODEFENSA**

Rondas Campesinas	Comités de Autodefensa
Surgen para garantizar la seguridad y el orden público en sus comunidades y caseríos, como consecuencia del actuar de bandas de abigeos que ponen en riesgo sus bienes, su integridad y sus propias vidas.	Surgen para enfrentar a la subversión como parte de una estrategia desde el Estado, actuando como un soporte estratégico para el control del terrorismo en el medio rural.
Contribuyen al desarrollo y a la paz social.	Contribuyen a las tareas de pacificación.
Son autónomos en su organización y funciones.	Son dependientes de las FF.AA y policiales
Son organizaciones de carácter permanente.	De acuerdo con la normatividad son de carácter transitorio.
Su actuar está motivado por un conjunto de necesidades e intereses de su propia organización.	Su actuar está motivado por la sola existencia del conflicto armado.
Su aporte en las tareas de desarrollo de sus zonas se define por la consulta a sus bases y la gestión de sus directivas.	Su aporte al desarrollo socio-económico está basado en una labor complementaria a la lucha antsubversiva y es controlada por los órganos de seguridad y orden público.
Carecen de cualquier tipo de asignación presupuestal de recursos propios para sus labores de gestión.	Están facultados para administrar un fondo patrimonial proveniente del Estado.
Por su carácter pacífico carecen de armamento y municiones.	Por su labor de combate a la subversión han contado o cuentan con armas y municiones.
Están facultados constitucionalmente para ejercer funciones jurisdiccionales.	Carecen de facultades jurisdiccionales, contando con la atribución de denunciar ante las autoridades correspondientes los hechos ilícitos que se cometan en los lugares donde actúan

Coordinan voluntariamente con las autoridades de sus distritos y provincias.	Están obligados a coordinar con las Fuerzas Armadas y Policiales, así como con otros organismos del Estado.
Cuentan con estatutos y reglamentos internos que establecen los marcos de su actuación.	Están regidos por el Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa, elaborado por las autoridades militares.

Fuente: Rodríguez (2007: 27)

Adriana María Valobra, Ciudadanía política de las mujeres en Argentina, 1ra ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Grupo Editor Universitario; Mar del Plata: Eudem. Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2018, ISBN: 978-987-1309-75-7, 112 páginas.

Por María Eugenia Zampicchiatti

Fecha de recepción: 0/0/2019

Fecha de aceptación: 0/0/2019

En pleno siglo XXI, habiendo transitado ya casi veinte años de este nuevo milenio, las mujeres siguen encontrándose con diversas dificultades para poner en práctica los derechos conquistados. De hecho, en la actualidad persisten los cuestionamientos y se desacredita su palabra por el solo hecho de ser mujeres. Por lo tanto, la temática abordada por la autora en el trabajo que se reseña cobra suma vigencia. Resulta necesario rescatar el recorrido transitado en materia de derechos políticos para intentar comprender el cómo y el por qué llegamos a donde estamos.

Ciudadanía política de las mujeres en Argentina es un trabajo que forma parte de una colección que ha sido dada en llamar "La Argentina Peronista: política, sindicalismo, cultura" cuyo director es Gustavo Nicolás Contreras (UNMdP/CONICET). En ella se convocó a distintos/as autores/as bajo la propuesta de difundir y hacer más accesibles aquellas visiones actualizadas en torno a los aspectos centrales que caracterizaron el período peronista, entre ellos, la cuestión de los derechos políticos de las mujeres, que recién se vería concretada en la segunda presidencia de Perón.

La encargada de llevar a cabo el tercer volumen es Adriana María Valobra, doctora en historia con una amplia labor destacada en el ámbito de los derechos

políticos, el género y la historia¹. En conjunto con “Ciudadanía política”, la autora presentó en 2018 un libro editado con Anabella Gorza, titulado “Género y derechos. Una propuesta transformadora para el aula de ciencias sociales”; ambos trabajos son los aportes más recientes de la autora en materia de ciudadanía y derechos políticos. En ellos nos desafía a pensar cómo abordar el género en investigación científica pero también en el contexto del aula. A diferencia de otros de sus trabajos anteriores, “Género y derechos” y particularmente “Ciudadanía política”, se caracterizan por su impronta de divulgación.

El texto que reseñamos presenta de manera clara y sintética el proceso de gestación del sufragio femenino argentino, retomando hechos puntuales en donde se pueden apreciar, previo a la ley 13.010, algunas manifestaciones aisladas de la lucha por ejercer el voto femenino en el ámbito municipal o provincial, sin desconocer el recorrido transitado por otras referentes en el mundo y en la región. Con esto se busca evidenciar que no se trató de un hecho casual, sino que, por el contrario, fue producto de álgidas luchas que muchas veces (sino la mayoría) la frialdad de la ley no refleja, sumado a la invisibilización de muchas/os actores que lo hicieron posible.

Es por ello que se trata de una lectura ineludible para el estudio de los derechos políticos en general, y para quienes se aproximen a los derechos de las mujeres en particular. Considerar a la historia como herramienta de análisis y como disciplina es esencial para comprender a qué se hace referencia cuando se abordan temáticas como la ciudadanía o los derechos políticos de la mujer. Esto resulta particularmente relevante si se tiene en cuenta que, a la historia como disciplina, constantemente se la intentó e intenta negar en el ámbito del derecho.

¹ Por mencionar algunos de sus trabajos más relevantes, se encuentran los libros “Del hogar a las urnas. Recorridos de la ciudadanía política femenina. Argentina, 1946-1955” (2010), “Acción política y representación femenina en la provincia de Buenos Aires, 1934-1955” (2013), “Historia y Metodología: aproximaciones al análisis del discurso” (2014); con respecto a los artículos de revistas, pueden mencionarse “Nuevas perspectivas historiográficas sobre mujeres, género y antifascismos en Argentina” (2016), “Los derechos políticos en Argentina y los vaivenes internacionales y nacionales” (2018), “¿Modernizar la política o modernizar a las políticas? Debates en torno a la inclusión de las mujeres en la política, 1955-1966” (2018), entre otros trabajos académicos.

A través de cuatro capítulos y una breve pero potente introducción, Valobra nos invita a recorrer el largo camino de la mujer argentina hacia la conquista de uno de los derechos políticos fundamentales de cualquier ciudadano/a (si no es el fundamental) como es el derecho al voto. En el primer capítulo, denominado “Los estudios de género y la historia de las mujeres”, la autora aborda de manera clara y concisa algunas nociones claves para *repensar* la historia. Así, define conceptos para nada unívocos como son el género, el sexo, la idea de mujer y varón, valiéndose de Simone de Beauvoir para explicar la diferencia entre el sexo biológico y el género construido, pasando por Joan Scott para abordar la dicotomía del reclamo igualitario y el reconocimiento de la singularidad que caracteriza al feminismo, para finalizar con algunas referencias a los conceptos propuestos por Judith Butler en torno al sexo y el género como construcciones sociales.

Es importante destacar que dichos conceptos no fueron ni son armoniosos, puesto que actualmente siguen presentando resistencias en diversos campos que abordan los estudios de género. Sin embargo, deben tenerse en cuenta en los parámetros planteados por la autora, es decir, realizando el análisis desde una perspectiva de género que retome “la capacidad potenciadora” (p. 20) de esta categoría. De esta forma el abordaje del concepto de ciudadanía no se efectúa desde un reduccionismo binario y biologicista, sino atendiendo a las dimensiones propuesta por la categoría de género (entendida como una forma primaria de las relaciones de poder).

En el segundo capítulo la autora se adentra a la cuestión de la ciudadanía, exponiendo las posiciones encontradas en distintos grupos a principios del siglo XX con relación al derecho al voto. En este relato, no obvia las diferencias suscitadas entre las propias sufragistas. Inicia con el recorrido hecho por la historiografía en materia de género y ciudadanía, y continúa con un racconto de las conquistas alcanzadas respecto del sufragio femenino en diversos países de occidente.

En el ámbito nacional, introduce algunos antecedentes relevantes como el voto municipal y calificado en San Juan, el proyecto de Santa Fe de 1913 y el Primer

Congreso Femenino de 1910, en el que se aprecia aquella heterogeneidad en el posicionamiento sobre el voto femenino entre las sufragistas argentinas, y se rescatan las posturas de personalidades como Cecilia Grierson, Sara Justo y Alicia Moreau. En particular se pone el foco en la figura de Julieta Lanteri, símbolo de lucha nacional e internacional por el sufragio femenino. Aquí resulta interesante hacer foco en la corriente denominada “feminismo maternalista” o “maternalismo político”, que bajo otras consignas también abogaba por el sufragio femenino y que en 1919 dio forma a un proyecto de ley nacional de derechos políticos femeninos que no prosperó. La mención de los simulacros electorales para mujeres también es relevante como antecedente clave para propiciar la lucha por el voto y representatividad femenina, lo que demuestra que entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX ya existían grupos preocupados por la conquista de los derechos políticos de las mujeres.

Así se llega a la década del '30, donde se puede vislumbrar la cantidad y variedad de actores que se hacen presente para discutir sobre el sufragio femenino: desde la iglesia católica argentina, hasta partidos políticos tales como el Partido Socialista, el Partido Demócrata Nacional, la Unión Cívica Radical, el Partido Comunista, entre otros. Estamos ante un contexto altamente influenciado por lo que estaba sucediendo a nivel regional respecto de los derechos políticos femeninos, especialmente a través de las distintas representantes políticas femeninas que Valobra destaca, como Jeannette Pickering Rankin en Estados Unidos, Carlota Pereira de Queirós en Brasil, y por supuesto Emar Acosta en San Juan como la primera legisladora del país.² En relación a esto, también se mencionan las diversas candidatas presentadas en San Juan para la época, donde cada vez se hacía más presente la idea de universalizar el voto femenino y la necesidad de trasladar al ámbito público el debate en torno a esta cuestión, que se verá concretado recién en la década siguiente.

² Si bien algunos de los estudios sobre la figura de Emar Acosta suelen considerarla como la primera legisladora de Latinoamérica, es interesante atender los datos que aporta Valobra para concluir que en verdad se trató de la primera legisladora en Argentina, teniendo en cuenta el antecedente de Brasil con Carlota Pereira de Queirós de 1933, es decir, apenas un año antes de la elección de Emar Acosta.

En el tercer capítulo se aborda el estudio de la participación política y legislación en el período que va desde 1947 a 1955 en Argentina, y desde mediados de la década del '40 a nivel mundial, a través de los instrumentos internacionales que ya comenzaban a legislar en materia de igualdad de derechos de hombres y mujeres, en conjunto con la conformación de distintos grupos de carácter internacional como la Federación Democrática Internacional de Mujeres (FDIM), interesada en los derechos de las mujeres en un contexto de posguerra particularmente complejo. En el plano nacional se introducen ciertos avances logrados durante el régimen peronista con la creación de la División de Trabajo y Asistencia de la Mujer en 1944 y el impulso de la Comisión Pro-Sufragio Femenino, no sin críticas por parte de los sectores socialistas y comunistas.

En este punto resulta interesante seguir el debate legislativo en torno al proyecto de ley que trataría el voto femenino, donde se pueden apreciar las distintas posiciones de los senadores y analizar los fundamentos presentes: algunos de impronta biologicista, otros sostenidos por el mandato "natural" de la mujer de permanecer en el hogar y dedicarse a sus hijos/as, como también aquellas que reconocían la efectiva desigualdad entre hombres y mujeres y la falta de representación política femenina. Más allá de las posturas heterogéneas, se logra la media sanción de la ley, y con ello la autora suma la mirada de la prensa a partir de la cobertura del debate legislativo por *La Nación*, *La Vanguardia* y *La Semana Radical*.

En este capítulo se aborda también el tratamiento del proyecto en Diputados y se incluye la figura de Eva Perón, fundamental en el proceso de sanción de la ley. Su presencia produjo tanto resistencias como reivindicaciones. En el marco del tratamiento de la ley interesa destacar los debates suscitados en torno al alcance del concepto de "ciudadanía" en comparación con la ley Sáenz Peña. Otras de las cuestiones que surgen se relacionan con la efectiva implementación del voto femenino en las elecciones nacionales de 1951, en conjunto con la segunda candidatura de una mujer a un cargo ejecutivo. También se aborda el rol que cumplieron las primeras

legisladoras nacionales y sus trayectorias transitadas en comparación a las de los legisladores.

Finalmente, en el último capítulo, Valobra realiza un recorrido por el período posperonista y las últimas dictaduras, abordando los intentos de retroceso en materia de sufragio femenino. Destaca también la mayor presencia femenina en puestos de gestión pública, tomando el ejemplo de mujeres como Elena Zara de Decourgez, Clotilde Sabattini, entre otras. También hace foco en el movimiento feminista dentro del peronismo y en las distintas disputas suscitadas en torno a qué línea de acción implementar, teniendo en cuenta la proscripción de dicho partido, en consonancia con fenómenos como la Revolución China y Cubana, y la fragmentación de la izquierda. Esto se ve reflejado en las nuevas formas que van adquiriendo los movimientos feministas a nivel nacional con relación a las reivindicaciones y reclamos presentes en la época en materia de derechos civiles y sociales, la sexualidad, la violencia contra la mujer, entre otros.

Teniendo en cuenta las palabras finales volcadas por la autora en el libro, interesa destacar cómo el proceso de conquista de los derechos políticos de las mujeres no fue algo logrado a mediados del siglo XX que quedó cristalizado y no volvió a retomarse. Tras la dictadura cívico-militar y el saldo de numerosos/as exiliados/as, detenidos/as, desaparecidos/as, en conjunto con las sucesivas crisis económicas-sociales que se dieron en el país y en la región, los movimientos feministas se fueron transformando y siguieron sumando consignas hasta la actualidad. A modo de ejemplo, la lucha por la identidad de género, la ley de matrimonio igualitario, la lucha contra la violencia de género, la lucha por el aborto legal, seguro y gratuito, los reclamos de colectivos como el Ni una Menos y la discusión por la paridad legislativa.

Este resulta ser un recorrido intenso de pocos años, pero de gran relevancia si a conquista de derechos en el campo del feminismo se refiere, donde se reivindica la lucha por el voto femenino, la fuerte presencia de redes de sororidad entre distintos/as integrantes de diversos movimientos dentro del ala del feminismo, sin dejar de tener

en cuenta la presencia de las disidencias no binarias en esta batalla por el reconocimiento y la visibilización, con las cuales aún tenemos una deuda pendiente.

El recorrido realizado por Adriana Valobra respecto de la construcción de la ciudadanía y la lucha por el derecho al voto femenino resulta de extrema riqueza y valor, no sólo por las referencias históricas a las que remite, lo que permite seguir ahondando en estudios sobre la materia, sino también por el hecho de realizar un trabajo académico que integra a las disidencias, al rescatar el rol que ocuparon las voces históricamente invisibilizadas de la historia que no son sólo las de las mujeres, sino también las de los homosexuales, los/as hermafroditas, travestis y personas trans, que ponen en jaque la muchas veces incuestionable visión heteronormativa hegemónica que sólo se piensa en categorías pétreas de hombre/mujer blanco/a, sin considerar que estas disidencias también hacen a la construcción de la ciudadanía.

Puede apreciarse en el transcurso de toda la obra, el rescate del nombre y voz de muchas mujeres que transitaron el largo camino a la conquista del voto femenino en Argentina y en la región. Esto denota no solo la invisibilización histórica de la voz femenina, sino la relevancia de su accionar en los distintos ámbitos de la política argentina, que en estos tiempos de recuperación de relatos históricamente acallados es necesario retomar, reivindicar y profundizar.

En definitiva, se trata de un libro que mientras recorre de manera minuciosa el proceso de formación de la ciudadanía por parte del colectivo femenino, introduce diversos ejes para analizar y comprender un proceso que no fue armonioso. Si bien resuenan ciertas figuras que hicieron ello posible, también se vislumbra cómo se invisibilizó la lucha de otras tantas que también contribuyeron a dicha conquista. Tal como adelantamos, si se tiene en cuenta que estamos frente a un contexto donde todavía se sigue cuestionando la capacidad de la mujer para ocupar los cargos que ocupa, tanto en el ámbito político como en cualquier área del ámbito laboral, en donde las tasas de femicidio siguen aumentando, en donde las llamadas a las líneas de atención a mujeres en situación de violencia colapsan día a día y en donde se sigue debatiendo la pertinencia o no de poder llevar a cabo un aborto en las mejores

condiciones posible, por poner algunos ejemplos, urge reflexionar acerca del proceso que conlleva hacer valer la voz que las mujeres portamos a lo largo de la historia argentina. Tener presente esto nos permitirá enfrentar de la mejor forma las luchas por conquistar, sin perder de vista que se trata de un camino generalmente complejo de transitar, pero cuyos resultados, por más que muchas veces se intenten revertir sin éxito, pasan a ser un logro más del movimiento y una reivindicación para la conquista de mayores derechos y posibilidades para todas y todos.