

EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO JURÍDICO ARGENTINO¹

IMPACT OF THE PRINCIPLES OF UN CONVENTION CHILD RIGHTS IN ARGENTINE LEGAL
FRAMEWORK

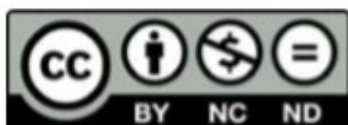
Por *Amanda Uriondo de Martinoli*^(*)

RESUMEN: En este trabajo, la autora postula que los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño tienen el propósito de orientar al legislador en la creación del Derecho sustancial y procesal, como así también al juez en la aclaración, interpretación o integración del espectro protectorio referido a niños y adolescentes. En síntesis, el texto sugiere que tales principios otorgan coherencia a un sistema cada vez más complejo y evitan razonamientos equívocos cuando se resuelven las cuestiones que a ellos involucran.

PALABRAS CLAVES: Derechos del Niño – Principios – Interés Superior del Niño – Autonomía Progresiva – Derecho a ser Oído

ABSTRACT: In this paper, the author postulates that the principles of the UN Convention Child Rights have the purpose of guiding the legislator in the creation of substantial and procedural law, as well as the judge in the clarification, interpretation or integration of the protective spectrum about children and adolescents. In summary, the text suggests that such principles provide coherence to the increasingly complex system and avoid equivocal reasoning when trying to resolve the issues that involve them.

KEY WORDS: Rights of the Child – Principles – Best Interests of the Child – Progressive Autonomy – Right to be heard



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rdm.2023\(6\)01](http://dx.doi.org/10.22529/rdm.2023(6)01)

¹ Artículo recibido el 17 de octubre de 2023 y aprobado para su publicación el 15 de noviembre de 2023.

(*) Abogada (UNC). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Directora de la Especialización en Derecho de Familia (UNC). Directora de tesis de Doctorado y Maestría. Profesora en el área del Derecho Internacional Privado y Derecho de Familia. Integrante de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, etc. Categoría I como docente investigadora, autora de libros, capítulos y artículos de su especialidad.

I. El niño en la normativa internacional de Derechos Humanos

Desde la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948, se reconoce el derecho que tiene la familia a la protección de la sociedad y del Estado (art. 16.3). Incluye dentro de ese marco de protección a la maternidad, la infancia y a todos los niños nacidos del matrimonio o fuera de él (art. 25.2). “Aunque la Declaración no forma parte del derecho internacional vinculante para los Estados que la suscriben, su aprobación por todos los países del mundo otorga un gran peso moral al principio fundamental de que todos los seres humanos deben recibir un trato igualitario y respetuoso, sin importar su nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color, religión, idioma o cualquier otro factor”³.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 16 de diciembre de 1966, incluyó algunas disposiciones específicas referidas a la protección de la niñez. Mediante el art. 10.3, los Estados Parte reconocen la obligación de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, y de protegerlos contra la explotación económica y social. A fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el art. 12.2 impone a los Estados vinculados por el Pacto, el deber de adoptar medidas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

En igual fecha, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* pide a los Estados Parte que adopten decisiones que aseguren la necesaria protección de los hijos en caso de disolución del matrimonio (art.23.4). Se concedió a todo niño el derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento”. En los siguientes apartados, el art. 24 dispone también, que todo niño tiene derecho a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad.

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 22 de noviembre de 1969 (entró en vigor el 18 de julio de 1978) el niño está permanentemente presente, ya sea mencionándolo en forma

³ Página de UNICEF, Explicación sobre los derechos del niño y los derechos humanos.

directa o implícitamente al referirse a la familia. A la vez que reitera la necesidad de proteger a los hijos en caso de disolución del matrimonio, añade que las disposiciones deberán adoptarse sobre la base única del interés y conveniencia de ellos, exigiendo que la ley reconozca iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera como dentro del matrimonio (art. 17.4). La Convención inicia la enumeración de los deberes de los Estados Parte, determinando expresamente que "persona es todo ser humano" y que tiene derecho a que se respete su vida, a partir del momento de la concepción (arts. 1.2 y 4.1). Más adelante, califica como derecho humano la protección de la familia y dispone que en caso de disolución "se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".

Bajo la rúbrica "Derecho del niño", el artículo 19 reclama a la familia, a la sociedad y al Estado, la adopción de medidas de protección que su condición de menor requiere. En tanto, el artículo 11 prescribe la protección de la honra y de la dignidad de la persona -llamemos la intimidad- en especial para la madre de sangre, todos los cuales se derivan del amparo al derecho a la vida (art. 4). Los Estados Parte, se comprometen no sólo a adoptar disposiciones a nivel interno para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades mencionados, sino que deben propender a su desarrollo progresivo (art. 2, en consonancia con el art. 26). De esa manera, reitera con distinta formulación, derechos que ya habían proclamado los documentos que la precedieron en el tiempo.

Por su lado, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* o Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988 (entró en vigor el 16 de noviembre de 1999) nuevamente exhorta en el art. 16 -Derecho de la niñez- que todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, así como a "crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre".

Relacionado con el tema de la antidiscriminación y el niño, cabe mencionar la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 21 de diciembre de 1965, la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 18 de diciembre de 1979, y la *Declaración de Beijing sobre la Promoción de las Mujeres y Niñas en Asia* de 15 de septiembre de 1995.

El artículo 16.1 del convenio sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, exige que los Estados Parte aseguren a la mujer en condiciones de igualdad con el hombre... "los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materia relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial (literal d); y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial (literal f)".

Los organismos internacionales, no permanecieron indiferentes frente al fenómeno social de la niñez desvalida, huérfana o abandonada. Con el propósito de atraer la atención mundial hacia los menores, estos organismos formulan declaraciones relativas a la situación y los derechos del niño. Como consecuencia de los desastres de la Primera Guerra Mundial, la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, aprobó el 24 de septiembre de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia y propuesta por la activista social británica Englantyne Jebb (fundadora de la organización Save the Children).

Un documento que pasó a ser histórico. Por primera vez se reconocía y afirmaba la existencia de derechos específicos de los niños y adolescentes - aunque sólo fuese un llamado de buena voluntad- y la responsabilidad de los adultos hacia ellos. El contenido se consolidó en cinco principios fundamentales que perseguían estos objetivos: i) crear las condiciones para que el niño pudiera desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual; ii) garantizar al niño los derechos a la alimentación, salud, educación y familia; iii) disponer para el niño socorro prioritario en caso de calamidad; iv) proteger al niño de cualquier forma de explotación; y v) promover una educación del niño basada en la solidaridad.

Con posterioridad, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó de manera unánime por resolución 1386 (XIV) la Declaración de los Derechos del Niño, que se inspira y amplía los derechos propuestos en la Declaración de Ginebra de 1924. Cabe destacar que ninguna de las Declaraciones define qué periodo comprende la infancia, es decir la edad desde cuándo empieza y termina dicha etapa. El Preámbulo de la Declaración de 1959, expresa: "la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle" y resalta

la idea de que los niños necesitan protección y cuidado especial, "incluyendo una protección legal adecuada, antes del nacimiento y después del nacimiento". En su texto, describe los derechos de los niños y adolescentes en diez principios esenciales, ampliando así el espectro protectorio reconocido en los instrumentos anteriores. Reconoce, en los diez principios que contiene, la amplia gama de derechos que han de disfrutar los niños sin discriminación alguna:

- 1.El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, credo o nacionalidad.
- 2.El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
- 4.El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.
- 5.El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
- 6.El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
- 7.El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
- 8.El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
- 9.El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ya incluía muchos de esos derechos y libertades, al manifestar "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y los niños tienen derecho a "atención y asistencia especiales", se consideró que las condiciones específicas de la niñez justificaban una Declaración aparte. Al promulgar leyes con los fines enunciados, la consideración fundamental a que se atenderá será el "interés superior del niño".

Si bien las declaraciones no obligan formalmente a los Estados, dada su naturaleza meramente enunciativa de principios y con un grado de coercibilidad muy atenuado, tuvieron y tienen el valor de hacer pública la problemática existente respecto a la especial vulnerabilidad del niño con una fuerza moral innegable (Uriondo de Martinoli A. , 2017, pág. 178)

Durante el siglo XX se elaboraron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas

Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990)⁴.

Entre otras iniciativas a favor de los niños, cabe citar: la creación en 1927 del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia, hoy Instituto Interamericano del Niño; la Declaración de Oportunidades para el Niño de 1942, aprobada por el VIII Congreso Panamericano del Niño. En la IX y XI reunión que tuvieron lugar en Caracas (Venezuela) en 1948 y en Bogotá (Colombia) en 1959, se recomendó la introducción en la legislación de los países americanos de la institución de la adopción como medio de protección y a favor exclusivamente de menores de edad; la Declaración de Caracas sobre la Salud del Niño de 1948; la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado de 1974; la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de 1986, la fundación en 1991 del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, etc.

1. Convención sobre los Derechos del Niño

Los instrumentos internacionales antes citados, cubren algunas áreas de los derechos de los menores, pero no todas. Es por ello que el 20 de noviembre de 1989 -con motivo del trigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959- los Estados deciden traducir en un texto jurídico único, la preocupación por tutelar sus derechos fundamentales. Ese día, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), que resalta con valor didáctico la existencia del derecho consuetudinario internacional.

Representa en términos de los derechos humanos, el mínimo que toda sociedad debe garantizar a sus niños. El 2 de septiembre de 1990, la CDN entró en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha de depósito del vigésimo instrumento de ratificación, con arreglo a lo

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión consultiva OC 17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Americana de Derechos Humanos, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, párr. 26.

dispuesto en su artículo 49, alcanzando a lo largo de los años una amplia repercusión en la comunidad internacional, ya que ha sido ratificada por un gran número de países de culturas y sistemas jurídicos disímiles⁵.

Constituye no sólo un compromiso de los firmantes desde el punto de vista internacional, sino que fundamentalmente redefine las obligaciones ineludibles de las políticas públicas respecto a la niñez, la adolescencia y la familia. En efecto, obliga a los Estados Parte a respetar los derechos enunciados en su texto, y a garantizar su aplicación, sin distinción alguna, cualquiera sea la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2 ap. 1 y 2) (Uriondo de Martinoli, 2017, pág. 179)

Asimismo, se destaca la existencia de los Protocolos Facultativos de esta Convención, que complementan el marco de protección del niño. Dos fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000: uno, relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁶; y el otro, referido a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁷.

Mediante Resolución de la Asamblea General de 19 de noviembre de 2011, se aprobó el Protocolo concerniente al procedimiento de comunicaciones, permitiendo a cada niño sujeto a la jurisdicción de un Estado Parte a buscar reparación a las violaciones de sus derechos, por medio de la presentación de denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño de la ONU⁸.

Si bien es cierto que la CDN reitera la protección de los derechos que estaban ya amparados como conceptos generales en otros tratados relativos a los derechos humanos, también es cierto que éstos fueron claramente explicados en cuanto a su aplicación a los niños. De su articulado se deriva la idea central de la concepción del niño como sujeto de derecho, en contraposición a la concepción anterior que lo consideraba como objeto de protección. En su contenido, se detectan una serie de valores éticos, entre los que sobresale el valor de la vida,

⁵ Cfr. página de UNICEF actualmente son 196 los Estados Parte y el único país que no ha ratificado la CDN es Estados Unidos, aun cuando la suscribió.

⁶ El Protocolo establece como edad mínima los 18 años para el reclutamiento obligatorio y exige a los Estados Partes tomar medidas para evitar que niños menores a esa edad se vean involucrados directamente en conflictos armados.

⁷ El Protocolo hace un llamamiento especial a los Estados Partes para criminalizar estas graves violaciones a los derechos de la niñez y adolescencia, y a promover una mayor conciencia pública y cooperación internacional para combatirlas.

⁸ Órgano de vigilancia, seguimiento e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño

pues es este el soporte de los demás: la dignidad, la libertad, la igualdad y no discriminación, la salud, el nivel de vida, la educación, el esparcimiento y la cultura, a los que se añade el valor de la seguridad, justicia y solidaridad (Ruiz Giménez, 1996, pág. 86)⁹.

Constituye el primer instrumento internacional, jurídicamente vinculante, destinado a los menores de dieciocho años de edad que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, políticos, sociales, culturales y económicos. Argentina ratificó la Convención en 1990 y en 1994, mediante el art. 75, inc. 22 que introduce la reforma de la Constitución Nacional, se le concede jerarquía constitucional, junto a los otros documentos internacionales sobre derechos humanos antes mencionados (salvo la Declaración de Beijing sobre la Promoción de las Mujeres y Niñas en Asia de 1995).

En los debates de la Convención Constituyente, se aclara que los documentos referidos no es que integran estrictamente la Constitución, sino que la complementan en igualdad de rango (Haro, 2003, pág. 75). La trascendencia de la materia abordada tuvo amplias repercusiones legislativas en el derecho de familia en general y en materia de filiación, en especial. En tal sentido, se orienta el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, al establecer que compete al Congreso "[...] legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, y en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

II. Principios de la CDN y su incidencia en el marco jurídico argentino

Antes de ingresar al análisis específico del tema, es preciso decidir qué son los principios y qué significa aplicarlos. Frente a los positivistas que reducen el Derecho a un conjunto de normas emanadas de la voluntad política, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas, en los "Derechos en serio" Ronald Dworkin sostiene que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de reglas (primarias y secundarias¹⁰) sino que

⁹ Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del cincuentenario de la creación de la Unicef.

¹⁰ El filósofo británico H. L. A. Hart afirma que las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, en tanto que las secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible, en "El Concepto de Derecho", Traducción de Carrió, Genaro, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1963, p. 43.

comprende también a los principios. Funda el rechazo explícito a las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos, en una distinción lógica entre normas, directrices y principios¹¹.

El autor americano entiende por directriz o directriz política “al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad...” y por principio “a un estándar que ha de ser observado, no por que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio”.

En su tesis sostiene que los principios “son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso”. Estos poseen una dimensión que las reglas no tienen: la del peso o importancia. Una regla no es más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando entran en conflicto, “una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso”. En cambio, cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En tales casos, los jueces deben decidir qué principio tiene más importancia dadas las circunstancias. En ese sentido, afirma que sólo las normas imponen resultados siempre que se da el caso, de manera que nada más cuenta. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. “Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”. La forma de interpretar los principios, sobre todo, los principios en sí mismos, difiere de la forma de interpretar las reglas.

De allí que el autor asevere que, contrario a lo que afirmaba el positivismo, los principios no aumentan la discrecionalidad del juez, sino que la reducen, al obligarlo a justificar cómo y de qué forma su interpretación se incorpora en una narrativa más amplia que incluye a los precedentes y a las normas actuales (Dworkin, 1989, págs. 72-94).

¹¹ Dworkin, Ronald. “Los derechos en serio”, Traducción de Marta Guastavino, Prólogo de A. Calsamiglia, pp. 8-14.

1. Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación

En los fundamentos del Proyecto del CCCN, se aclara que el derecho es mucho más que norma: contiene reglas, principios, problemas de interpretación, principios generales, etcétera.

El primer Capítulo contiene tres artículos en los que se prevé: un sistema de fuentes y aplicación (art. 1), una manera de interpretación de las normas (art. 2) y una forma de resolver los casos concretos (con alusión a una decisión razonablemente fundada, art. 3). El principal destinatario es el juez, quien al dirimir los conflictos debe atenerse a las leyes que resulten aplicables, interpretadas a la luz de los principios y valores comprometidos -“los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico”¹²-, en coherencia con el ordenamiento jurídico, en armonía con la Constitución Nacional y los documentos internacionales de protección de los derechos humanos en que el país sea parte. En este contexto abordaremos algunos principios de la CDN y su recepción en el marco jurídico argentino.

2. Principios enunciados por la Convención sobre los Derechos del Niño

a) El interés superior del niño

El art. 3, apartado 1 de la Convención de 1989, recoge el "interés superior del niño" como directriz interpretativa, que deberá estar siempre presente cada vez que se tomen medidas concernientes a los niños y como principio rector para la resolución de los derechos en pugna (Azpiri, 2015, pág. 46). Este interés debería ser una consideración primordial, en todas las acciones emprendidas por las autoridades e instituciones al tratar cuestiones que impliquen a menores de dieciocho años. Debe guiar la legislación de los Estados, sus políticas y sus prácticas relativas a los niños cualquiera sea su estatus. De allí, que se afirme que "el interés abstracto del legislador debe ceder, excepcionalmente, ante el interés concreto que se presenta ante los ojos del juzgador" (Kemelmajer de Carlucci, 1998).

Constituye la pauta básica que orienta y condiciona a los órganos legislativos y a toda decisión judicial o administrativa en las situaciones donde los menores intervienen. Es el

¹² Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 15.

principio esencial, pero no es un concepto nuevo. Ha sido consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (principio 2), y posteriormente fue incorporado de modo expreso, en la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer de 1979 (arts. 5, inc. b y 16, inc. d) y en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 17, ap. 4).

Se trata de un principio flexible, de contornos muy difusos que sólo se perfila con nitidez frente al caso concreto. La doctrina, la jurisprudencia y las leyes, han procurado delinear los contornos de este concepto por demás impreciso.

Así, se considera que el interés superior del menor es un principio general del derecho; otros, conciben que dicho interés es multiforme y algunas de sus formas son impalpables. También ha sido entendido como factor de aproximación entre sistemas jurídicos, delegación del poder normativo o una abdicación del legislador, criterio de interpretación y resolutorio de conflictos, concepto jurídico indeterminado (Calvo Caravaca, 2003, pág. 218).

La gran variedad de calificativos que existen sobre el interés superior del niño, ha llevado a afirmar que "si hay alguno que los reúne a todos, sería el de ser un concepto mutante"¹³. El vocablo superior, significa que en caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos -el de sus padres o la sociedad- deben prevalecer los protegidos por la Convención. Dijimos ya, que es un "principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico", por lo que constituye un instrumento técnico que permite a los jueces apreciar tal interés, de acuerdo con las circunstancias del caso dado (Grosman, 1993). En consecuencia, "el interés superior del niño debe ser apreciado en la íntegra realidad de un niño concreto, pero siempre en relación al conflicto particular" (Najurieta, diciembre 2019- mayo 2020, pág. 128)

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que "la protección del interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares del caso. En suma, la configuración de ese "interés superior" exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple –en su máxima extensión– la situación

¹³ Santos Belandro, R., "El interés superior del menor en el Derecho Internacional Privado", disponible en www.asapi.org.ar/publicaciones/articulos (consulta el 25 de junio de 2014).

real de los infantes” (Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM, 2022, pág. 11)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dice que "la expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la CDN, significa 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". Asimismo, aconseja observar que "para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección"¹⁴.

Por su lado, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en la Observación N° 14 de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, definió dicho interés como un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o

¹⁴ Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, nominada "Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño", opinión N° 2, y párr. 60.

negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos"¹⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina también ha precisado el alcance de este principio en los siguientes términos "... esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto"

("S., C s/adopción", 2005).

En una clara alusión al cumplimiento de las funciones propias de la familia, el art. 5 de la CDN también compromete a los Estados Parte a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en su texto: a preservar su identidad, a tener un nombre, una nacionalidad, a conocer su procedencia, a no ser discriminado, a desarrollarse junto a su familia biológica, entre otros. Se trata de derechos fundamentales, que inciden de manera directa en el régimen de la filiación.

En el año 2005, se sanciona la ley 26.061 que crea un sistema de protección de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes del país, en cuya base se encuentra el conjunto de políticas públicas básicas y universales para lograr su pleno desarrollo en todas las áreas: educación, salud, cultura, recreación, participación ciudadana, etc.; y define las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado en relación con esos derechos.

¹⁵ Observación General N° 14 (2013) Introducción, párr. 6.

Define el interés superior, como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en su texto. Después de enumerar una serie de aspectos de los menores que se habrán de respetar, dispone la aplicación de aquel principio en materia de patria potestad, "pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse".

Al final, el art. 3 ordena la prevalencia de los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, cuando exista conflicto entre ellos.

La protección del más débil es uno de los valores subyacentes en el CCCN, razón por la cual el interés superior del niño se encuentra inserto en una compleja variedad de institutos jurídicos. Sin pretender realizar una enunciación exhaustiva ni tampoco excluyente, es posible mencionar los siguientes supuestos: la disposición judicial del orden de los apellidos respecto del hijo extramatrimonial (art. 64, párr. 3); en materia de discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad (art. 113); los principios generales que rigen la adopción (art. 595, inc. a); la incidencia de la ruptura del matrimonio o del cese de la unión convivencial en la petición conjunta de la adopción (art. 604); el otorgamiento judicial de la adopción simple o plena (art. 621); la figura de la responsabilidad parental toma como punto de partida el propio interés de los hijos (art. 639, inc. a).

En el proceso en materia de familia incluido en el CCCN-Título VIII, también actúa como principio informador del contencioso familiar, por ejemplo, en las decisiones que se dicten para resolver cuestiones en la que estén comprendidos personas menores de edad (art. 706, inc. c).

El interés superior del niño repercute también con fuerza en el Título IV del CCCN que aglutina las disposiciones de derecho internacional privado. Se exige su consideración prioritaria tanto en el reconocimiento del vínculo filial constituido de acuerdo al derecho extranjero, como en el reconocimiento del estado o inscripción de personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida (art. 2634). El segundo párrafo del art. 2639, no sólo reemplaza la residencia habitual del menor por una conexión más abierta y flexible, sino que torna en facultativa la designación del derecho aplicable a la responsabilidad parental, pues

dispone que se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes, siempre que responda al interés superior del niño o adolescente. Ello supone delegar a la autoridad judicial, la identificación de los vínculos relevantes que presenta la responsabilidad parental¹⁶ con algún territorio estatal. La directriz también opera cuando se pretende reconocer una adopción constituida en el extranjero (art. 2637); o bien en los supuestos de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad (art. 2642).

b) La autonomía progresiva

Entre los principios generales que rigen el conjunto de derechos y deberes que conforman la responsabilidad parental, el CCCN incluye la autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b)¹⁷. A esta pauta interpretativa se la define como “el derecho del niño o adolescente a ejercer ciertas facultades de autodeterminación, en la medida que adquiere la competencia necesaria para comprender las situaciones que pueden afectar su persona, Esto significa reconocer la necesidad de que el derecho tome en cuenta los procesos de maduración ligados al patrón biológico, a factores de interacción social y desarrollo cognitivo” (Grosman, Responsabilidad parental, 2016).

Los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN expresan que la regla de la autonomía progresiva de los niños, ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a otra de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño. Se ha visto que el art. 5, establece una directiva a los padres, a los miembros de la familia ampliada, a la comunidad o a las personas encargadas legalmente del niño, quienes deberán impartirle al niño, *de conformidad con la evolución de sus facultades* (el resaltado es nuestro), la dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en el documento.

Mientras que el art. 14 de la misma CDN, conmina a los Estados Parte a reconocer el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, al mismo tiempo, a

¹⁶ De acuerdo al art. 638 del CCCN “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

¹⁷ Textualmente el art. 639 relativo a los principios generales de la responsabilidad parental señala: “b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

respetar los derechos y deberes de los representantes legales de guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme vaya avanzando en su propio desarrollo.

Como respuesta a la consulta planteada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana de 1969 para determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados con relación a niños, la Corte fijó el sentido y alcance del principio de igualdad y no discriminación. Desde esa perspectiva, precisó que “la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”. En este marco, la Corte concluyó “que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”¹⁸.

La ley 26.061 de 2005, reconoce que los NNA tienen derecho a la libertad, que comprende, entre otros, a tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el grado de madurez física, mental, espiritual, moral, psicológica y social en la que se encuentran, aunque con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico, quedando su ejercicio "bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos" (art. 19, letra a). En esa línea, cabe enfatizar que el Comité de los Derechos del Niño afirmó que “el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”¹⁹.

La autonomía progresiva del hijo que surge del art. 5° de la CDN, se encuentra plasmada en el CCCN “deslindada de categorías fijas de edad; esto es, un sistema progresivo de autonomía que no tiene necesariamente sujeción a los años cumplidos por cada niño o adolescente sino a otros parámetros, tales como la madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento, y el grado de desarrollo del niño” (Belluscio, 2023). En ese sentido, el art. 25 distingue entre niño y adolescente, marcando como pauta la edad de 13 años a partir de

¹⁸ Corte IDH, Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 ob. cit., párrs. 53-55.

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

la cual “genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad” (Fernández, 2016, pág. 65); el art. 26²⁰ establece que los representantes legales acompañan a la persona menor de edad en el ejercicio de sus derechos, mientras que el que tenga madurez suficiente para el acto concreto que se trate lo puede ejercer por su cuenta. Tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial que le incumba así como a participar en las decisiones sobre su persona; el art 679 permite al hijo menor de edad reclamar a sus progenitores por sus intereses sin previa autorización judicial, siempre que cuente con “la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”.

c) El derecho del niño a ser oído

La Convención de 1989, hace recaer en los Estados la obligación jurídica de reconocer el derecho que tiene el niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y la de garantizar su observancia (art. 12.1), en "consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (art. 12. 2). El empleo del adverbio libremente, significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión, que no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o imposición indebidas, tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no la de otros. Además, al tratarse de un derecho puede escoger si quiere o no ejercerlo.

Ahora bien, como dice la Profesora Elisa Pérez Vera²¹ la opinión del menor debe pasar por el tamiz que implica su edad y grado de madurez, de tal forma, que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones, convirtiéndose así en intérprete de su propio interés (Pérez Vera, 2007, pág. 17). En tal sentido, el art. 12 de la Convención estipula que no basta con escuchar al

²⁰ CCCN, art. 26: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

²¹ Elisa Pérez Vera fue la primera rectora española en una universidad pública, la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

niño; sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio²².

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratifica que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, agrega "que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto"²³. Para que las garantías del debido proceso y el derecho a ser oído se respeten efectivamente, resulta necesario que los niños cuenten con un intérprete o traductor que los asistan, en el supuesto de hablar una lengua distinta al del país donde se encuentren.

Por su lado, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas subraya que el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio, constituye uno de los valores fundamentales de la Convención de 1989. En la Observación General N° 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, el Comité manifiesta que el art. 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de emitir su opinión libremente sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. "Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta". Tal obligación presenta límites al arbitrio o a la discreción de los Estados, "supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente. ". Además, la Observación aclara que el niño tiene derecho a no ejercer ese derecho, pues expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. "Los Estados partes deben asegurarse de que el

²² Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009). "El derecho del niño a ser escuchado", párr. 20.

²³ Corte IDH, Caso "Atala Riffó y niñas vs. Chile", sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), serie 239, párr.199.

niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior" (apartados 15 y 16).

El Comité puntualiza que el ejercicio de ese derecho-garantía no puede estar condicionado a pisos mínimos etarios, por lo que "desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan". Esto significa que los países "no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, deben dar por supuesto que tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad" (apartados 19 y 21).

Con relación a la edad y madurez suficiente, se afirma que "Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio" (apartado 28).

La Observación General N° 12 (2009) despeja cualquier duda sobre la existencia de tensión entre los principios generales contenidos en los artículos 3 y 12 de la CDN: "uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12..." (apartado 74).

De esa forma lo señala la Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en cuanto el Comité de los Derechos del Niño “pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12 de la CDN. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene por objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12” (párr. 45).

En el marco jurídico interno, la exigencia surge de la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (BO, 26/10/05) que en consonancia con el principio general del art. 12 de la CDN, incorporó al art. 3 –como recaudo integrante del concepto de interés superior– el derecho de los niños a “ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”, respetando “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales”. Otras disposiciones de la ley especificaron este derecho, así el art. 24 también les reconoce a los menores el derecho a opinar y a ser oídos en los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de sus derechos y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo, en donde el NNA debe tener un rol activo de participación.

La participación activa en diferentes espacios y situaciones, la refuerza el art. 27, que enuncia una serie de derechos y garantías que los organismos del Estado deberán garantizar, en cualquier procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño o adolescente. Por consiguiente, tanto el instrumento internacional como la legislación interna, hacen recaer sobre el Estado la obligación jurídica de adoptar las medidas necesarias para asegurar al niño el reconocimiento y observancia de ese derecho.

Con posterioridad, el Código Civil y Comercial de la Nación, introduce en el art. 26 el concepto de autonomía progresiva de la persona menor de edad y le concede el derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierna directamente, así como a participar en las decisiones sobre su persona. “Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (art. 707).

A lo largo del articulado del CCCN, se disponen normas que regulan el grado de colaboración de la persona menor de edad en las cuestiones que lo involucren. La actividad del niño, a su vez, se manifiesta cuando dice su opinión y, en el ámbito del proceso, en el deber que tiene el juez de consultarla y tenerla en cuenta.

Ese derecho a la intervención del menor en el ámbito jurídico se traduce en diversas disposiciones: desde la consideración como sujeto del procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (art. 608); pasando por los principios generales que rigen la adopción (art. 595, in. f); la elección de los pretendientes adoptantes (art. 613); las reglas del proceso de adopción que implica considerar al pretense adoptado con edad y grado de madurez suficiente como parte (art. 617, inc. b); las que regulan el apellido en la adopción plena (art. 626 inc. d) y en la adopción simple (art. 627 inc. d); o bien al establecer los principios generales sobre los que se construye la figura de la responsabilidad parental (art. 639, inc. c). El art. 646, letra c), dispone que los padres deben respetar "el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos" (Mizrahi, 2015, pág. 244).

Cabe referirse también a las normas que contemplan la actuación de los menores de edad en procesos judiciales (arts. 677 a 680 CCyC), como en el caso de la demanda al progenitor que falte a la prestación de alimentos (art. 661, inc. b) y a la que efectiviza el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad (art. 707).

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires reconoció que "el derecho del niño a ser oído goza de la calidad de "ius cogens" y forma parte del orden público internacional argentino, en tanto éste comprende los principios que subyacen en todo tratado sobre derechos humanos". El tribunal añade que ya lo decía el doctor Miguel Amílcar Mercader en su voto precursor de la corriente que hoy propugna casi con fuerza de dogma la audiencia del menor, señalando que "se exige que quien vaya a resolver sobre [el niño] lo conozca; no importa cuáles fueron las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni importa tampoco la edad: la ley no distingue. Sea cual fuere su edad, será indispensable verlo porque

ése constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de certificados, informes y constancias foliadas: para ser protegido, el niño necesita la mirada de su juez²⁴.

Reflexiones finales

Los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño tienen el propósito de orientar al legislador en la creación del derecho sustancial y procesal argentino y al juez en la aclaración, interpretación o integración del espectro protectorio referido a los niños y adolescentes, despejando toda incertidumbre. De esa forma, se otorga coherencia al sistema cada vez más complejo y evita razonamientos equívocos cuando se trate de resolver las cuestiones que a ellos involucran.

Queda así formado un nuevo régimen, en virtud del cual las decisiones atinentes a los hijos serán consecuencia no sólo del obrar de los progenitores, sino también de la participación activa del niño como sujeto de derecho y no como objeto de protección.

El nuevo régimen se verá fortalecido cuando Argentina deposite el instrumento de ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre 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 niños²⁵.

En asuntos de familia y de niñez y adolescencia, la aplicación de las nuevas tecnologías imprimirá mayor fluidez y eficiencia a la cooperación jurídica internacional entre las Autoridades Centrales de los Estados partes de los convenios en vigor. Concuera también con el objetivo de dar una respuesta adecuada, oportuna y eficaz, la promoción del uso de las comunicaciones directas entre los jueces que conozcan de litigios relativos a los niños en situaciones internacionales²⁶.

²⁴ Opinión que hizo mayoría en Ac. 41.811 (sent. de 10-X-1989). "González Fernández Laura Carolina C/ Regir Manuel Ricardo S/ Restitución internacional de menores, La Plata, 18 de diciembre de 2019, voto del juez **doctor Pettigiani, párr. I.1** ; SCBA "Espeche, Analía Gladys y Macía, Alberto Javier s/ Solicitud adopción plena de 18/4/2018"(III.2.b).

²⁵ La Convención entró en vigor el 1 de enero de 2002 después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto por el artículo 57. Cuenta con 54 Partes contratantes (última actualización 18/10/2022) entre los que figuran Paraguay y Uruguay que son dos de los Estados que conforman el Mercosur, porque si bien Argentina firmó el convenio el 11/06/2015 y lo aprobó por ley 27. 237 (BO 23/12/ 2015), todavía no depositó el instrumento de ratificación.

²⁶ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Oficina Permanente, Comunicaciones judiciales directas, 2013, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf> (consulta el 10/03/2021).

Cuando se ponen en juego valores difíciles de conciliar, la disyuntiva se plantea entre resguardar el interés público mediante el cumplimiento estricto de la ley, o bien centrar la mirada en la persona a quien el legislador justamente pretende proteger a causa de su indefensión²⁷.

Desde que se aprobó la Convención sobre los Derecho del Niño en 1989, se ha logrado progresar notablemente a nivel provincial, nacional, regional y mundial en la elaboración de convenios, leyes, políticas y metodologías destinadas a impulsar²⁸ la aplicación de los principios allí consagrados.

Los principios jurídicos de la CDN constituyen los ejes sobre los que se construyen todas las medidas y soluciones posibles para asegurar el ejercicio pleno de los derechos de las personas más vulnerables, como son los niños y adolescentes. Como bien lo expresa Ronald Dworkin en “Los Derechos en serio”, la existencia de los principios constituye una de las vías para incorporar la moral en el derecho.

Referencias bibliográficas

AZPIRI, J. (2015). *Incidencias del código Civil y Comercial. Derecho de Familia*, Buenos Aires: Hammurabi.

BELLUSCIO, C. (2023) “Responsabilidad parental. Concepto y principios generales”, blog de García Alonso. Contenidos jurídicos, fecha 18/03/2023, disponible en: https://garciaalonso.com.ar/blog/responsabilidad-parental-concepto/#_ftnref13 (consulta 22/08/2023).

CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO MORALES L. P., (2003) *La protección de menores en la era de la globalización. Del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización. Globalización y Derecho*, Editorial Colex, Madrid.

DWORKIN, Ronald, (1989) *Los derechos en serio*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España. Traducción de Marta Guastavino.

FERNÁNDEZ, S. E., (2016) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (directores Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera), Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentarios a los arts. 22 a 50.

GROSMAN, C. (1993). “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia”, *La Ley*, tomo B-1089.

- (2016) “Responsabilidad parental”, *Código Civil y Comercial de la Nación* (Bueres, Alberto J.), Hammurabi, Buenos Aires, T. 2, pp. 672/673.

HARO, R., (2003) “Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, *Revista Ius Et Praxis*, Año 9 . N° 1, Editores Universidad de Talca, Chile, pp. 63 – 89.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina”. *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III- 972.

MIZRAHI, M.L. (2015) *Responsabilidad parental*, editorial Astrea, Buenos Aires

²⁷ Kemelmajer de Carlucci, A. “De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina”. *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III- 972.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño- Observación General N° 12 (2009). “El derecho del niño a ser escuchado”, párr. 3

EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO JURÍDICO ARGENTINO

- NAJURIETA, M.S. (diciembre 2019- mayo 2020) “La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad”, Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 23, , Buenos Aires, Argentina, pp. 122-149.
- PÉREZ VERA, E. (2007). “Informe explicativo. La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes. Normativa y doctrina”, Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1-Nº 1.
- RUIZ GIMÉNEZ, J. (1996). “La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sinfonía incompleta (Luces, sombras y horizontes de esperanza)”, *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- SANTOS BELANDRO, R. “El interés superior del menor en el derecho internacional privado”. Disponible en: www.asapi.org.ar/publicaciones/articulos (recuperado).
- URIONDO DE MARTINOLI, A. (2017) *Lecciones de Derecho Internacional Privado- Relaciones de familia. Código Civil y Comercial de la Nación*, ed. Lerner, Córdoba
- (2016) *Migración internacional y relaciones familiares. Desafíos normativos en el Derecho Internacional Privado*, Lerner, Córdoba.
 - (2011). *Directora Estudios de jurisprudencia. Temas de Derecho Internacional Privado-* Córdoba: Lerner.