

Análisis de la reserva realizada por el Estado Argentino al artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño, en materia de adopción internacional

Por Alicia I. Curiel.

Facultad de Derecho (UBA)

Analysis of the observation performed by the Argentine State on the article 21 of the Convention on the Rights of the Child with regard to international adoption.

By Alicia I. Curiel

School of Law – UBA (University of Buenos Aires)

RESUMEN: La República Argentina es estado signatario de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La ley 23.849, aprobatoria de su texto, en su artículo 2, refiere las reservas que deberán formularse al depositar el instrumento de ratificación o adhesión. Entre éstas establece que el artículo 21 de la Convención en sus incisos b), c) d) y e) no regirá en su jurisdicción. Esta declaración tiene como consecuencia la exclusión de los efectos jurídicos de las citadas disposiciones en su ordenamiento jurídico. Estas explicaciones parecen abstractas, pero su comprensión es relevante a los efectos de analizar la reserva a la luz de las recomendaciones realizadas al Estado Argentino en distintos informes emitidos por el Comité de los Derechos del Niño. Ello permitirá formular conclusiones respecto a factores jurídicos y sociales que afectan a los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, bajo el amparo de la Convención.

ABSTRACT: The Argentine Republic is signatory state of the International Convention on the Rights of the Child. Law 23.849, approbatory of its text, makes reference in article 2 to the observations that shall be filed at the moment of depositing the instrument of ratification or adhesion. Among these observations, it is established of ratification or adhesion. Among these observations, it is established that subsections b), c) d) an e) of article 21 of the Convention shall not be in force in its jurisdiction. This declaration results in the

exclusion of the legal effects of the above mentioned dispositions in the Argentine legal system. These explanations seem abstract but their understanding is relevant with a view to analysing the observation in the light of the recommendations provided by the Argentine State in its different reports issued by the Committee on the Rights of the Child. This shall allow to formulate conclusions regarding both legal and social factors affecting children and teenagers as subjects of law under the protection of the Convention.

PALABRAS CLAVES

Niño – Adopción – Argentina – Reservas

KEY WORDS

Child – Adoption – Argentina – Observations.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los principios generales de la Convención. 1. No discriminación. 2. Interés superior del niño. 3. Derecho a la vida. 4. Respeto de las opiniones del niño. III. El artículo 21 de la Convención. IV. Observaciones finales. V. Conclusiones.

I. Introducción

El Estado Argentino tiene un elevado estándar de protección constitucional en materia de derechos del niño. Esto es indiscutible desde la reforma constitucional de 1994, cuando los constituyentes otorgaron jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹.

A modo de ejemplo destaco la ley 26.061² que adopta la doctrina de la protección integral del niño, en concordancia al plexo normativo del Derecho

¹ El artículo 75, inciso 22 de la C.N. jerarquiza de modo taxativo once instrumentos internacionales sobre derechos humanos entre ellos la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, asimismo establece un mecanismo derivado y agravado para que otros instrumentos sobre derechos humanos, adquieran también jerarquía constitucional, sin necesidad de reforma constitucional alguna.

² Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28 de septiembre de 2005.

Internacional de los Derechos Humanos y, por ende, de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención)³.

Transcurridos quince años de la citada reforma, la protección jurídico-social del niño fue, a simple vista, fructífera e incluso pionera. Son incuestionables las investigaciones y publicaciones en la materia, efectuadas en diversos ámbitos, con contextos teórico prácticos y con perspectivas y enfoques disciplinarios heterogéneos. Todas ellas definen e interpretan, desde sus propias formaciones profesionales, los derechos enunciados en la Convención. Sin embargo, la Convención es un tratado de derechos humanos cuya interpretación debe hacerse en forma dinámica, en concordancia con la evolución de los tiempos y al medio social en que se ejercen los derechos protegidos⁴. Con idéntico sustento y en igual sentido esta interpretación debe hacerse, también, a la luz de las Observaciones Generales⁵ emitidas por el Comité de los Derechos del Niño⁶.

En la Observación General N° 7, titulada “Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia”⁷, el Comité reafirma que la Convención debe aplicarse teniendo en cuenta los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

II. Los Principios Generales de la Convención

³ www.un.org/treaties/pages. Asamblea General. Resolución 44/25 del 20 noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Argentina la ratificó el 4 de diciembre de 1990.

⁴ [www./CIDH/](http://www.cidh.org) jurisprudencia. A este respecto se pronunció reiteradas veces la Jurisprudencia internacional. Ver, por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 16/99. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.

⁵ Las Observaciones Generales son interpretaciones de las disposiciones emanadas de los tratados de derechos humanos publicadas por los respectivos Comités. Al presente el Comité de los Derechos del Niño lleva publicadas doce Observaciones Generales.

⁶ Órgano creado por el artículo 43 de la Convención. Su función es supervisar la aplicación de la Convención por los estados partes. Le compete, asimismo, supervisar la aplicación de los dos protocolos facultativos, uno relativo a la participación de niños en conflictos armados y otro referido a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. Ambos fueron ratificados por el Estado Argentino.

⁷ www.un.org. CRC/C/GC/ 7/ Rev.1, Observación General N° 7, 2005.

A priori del análisis del tema en estudio, es imprescindible establecer los principios generales de la Convención, conforme la interpretación realizada por el Comité, a los efectos de una correcta aplicación por los Estados Partes.

1. No discriminación (artículo 2)

Exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupo de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos puede exigir la adopción de medidas especiales tales como modificaciones legislativas, cambios en la administración, asignación de recursos. Pone de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de igualdad de acceso a los derechos, no significa trato idéntico⁸.

2. Interés superior del niño (artículo 3)⁹

Debe ser considerado y estar presente, en todas las medidas tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos. La aplicación del principio exige la adopción de medidas activas estudiando, de modo sistemático, cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados, directa e indirectamente, por las decisiones y por las medidas adoptadas¹⁰.

3. Derecho a la vida (artículo 6)

Es obligación de los Estados garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño. El término “desarrollo” utilizado en el artículo en análisis debe ser interpretado en sentido amplio, como concepto holístico abarcativo del desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño¹¹.

4. Respeto de las opiniones del niño (artículo 12)

⁸ Ídem, CRC/GC/2003/5, Observación General N° 5, 2003.

⁹ Íbidem. Este principio se repite en la Convención, particularmente en los artículos 9, 18, 20 y 21.

¹⁰ www.un.org, CRC/GC/20003/, Observación General N° 5, 2003.

¹¹ Íbidem.

Este principio es de carácter progresivo, conforme las capacidades evolutivas del niño al tiempo de ejercer sus derechos. Pone de relieve la función del niño como partícipe activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos. La participación y consulta de los niños supone conocer su opinión, sea de manera simbólica, sea de manera real. Así, en materia de adopción debe ponderarse la opinión de los niños adoptados, la de los niños que se encuentran en guarda, expresiones que se hacen extensivas a las leyes y políticas en la materia. Aclara que la relación entre el gobierno y el niño debe ser directa y no simplemente una relación por conducto de ONG¹².

Esta ponencia se propone analizar la reserva efectuada por el Estado Argentino al artículo 21 de la Convención referido a la adopción internacional, en el marco del examen realizado por el Comité de los Derechos del Niño a los informes presentados por el Estado Argentino¹³.

III. El artículo 21 de la Convención.

Este artículo, como consideración primordial, regla el deber de los estados, que reconocen o permiten el sistema de adopción, de cuidar el interés superior del niño¹⁴. La ley 23.489 –aprobatoria de la Convención– dispone que, al ratificarse la misma, deben formularse reservas y declaraciones. Regula la reserva a los incisos b), c), d) y e) de este artículo¹⁵, determinando que no regirán en su jurisdicción pues, para aplicarlos, debería contarse, con carácter

¹² *Ibidem*.

¹³ Del artículo 44 de la Convención emana el compromiso de los Estados Partes de informar, en principio a los dos años, en lo sucesivo cada cinco, sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma y sobre el progreso realizado respecto al goce de tales derechos.

¹⁴ Artículo 21 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

¹⁵ Artículo 21 inciso b) 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.

previo, con “un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”¹⁶.

El sistema de formulación de reservas en el derecho de los tratados es, de por sí, complejo, su origen está ligado al primer instrumento multilateral surgido del Congreso de Viena, al término de las guerras napoleónicas¹⁷. Luego de la Segunda Guerra Mundial, se consolidó, en las Convenciones de Viena de 1969¹⁸ y de 1986¹⁹, acordes con la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio²⁰.

La doctrina contemporánea y el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos son elocuentes al sostener que este sistema de formulación de reservas es de cuño voluntarista y contractualista²¹. La traslación del sistema general al campo del derecho internacional de los derechos humanos es discordante e insuficiente, en razón al objeto y al fin de estos tratados (el ser humano en su relación con los Estados bajo cuya su jurisdicción se halla), inspirados en valores comunes superiores y aplicados en conformidad con la noción de garantía colectiva.

IV. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño²².

Durante su octavo periodo de sesiones, celebrado en octubre de 1994, el Comité, previo estudio y consideración del informe inicial presentado por el Estado Argentino, aprobó sus Observaciones Finales²³

Expresó su preocupación respecto de las reservas formuladas por la Argentina a los apartados b), c), d) y e) del artículo 21 en razón de su amplitud

¹⁶ Artículo 2º Ley 23.489.

¹⁷ Brotóns Antonio R., *Derecho Internacional*, Editorial McGraw-Hill/ Interamericana de España, Madrid, 1997, p. 260.

¹⁸ Sobre derecho de los tratados entre Estados (artículo 19).

¹⁹ Sobre derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales.

²⁰ I.C.J. Reports 1951, p. 15. Estimo innecesario proseguir el análisis de este tecnicismo, dadas sus controversias. Actualmente la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas lo tomó como tema de agenda en sus discusiones.

²¹ Cancado Trindade Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 286 a 289.

²² Es facultad del Comité formular sugerencias y recomendaciones generales, basándose en la información recibida por los Estados Partes de la Convención, en virtud a los artículos 44 y 45.

²³ www.un.org; CRC/C/15/add.35.(concluding Observations/Comments).

y recomendó considerar la posibilidad de revisar esta reserva, con miras a retirarla, atento a lo aprobado en la Declaración y Programa de Acción de Viena²⁴. En ésta se reafirma el deber de los Estados de reforzar los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños abandonados, de los que están en situación de calle, de los explotados económica y sexualmente, con especial inclusión de aquellos utilizados en la pornografía y la prostitución infantil. Se subraya asimismo que el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño exige que éste crezca en un entorno familiar²⁵.

La efectiva aplicación de la Convención solo es posible, si todo Estado Parte adopta las respectivas medidas legislativas, administrativas o de otra índole que fueren necesarias. Se incluyen naturalmente, las sentencias judiciales. Mas aún cuando es deber de los órganos del estado, asumir sus respectivos roles de garantes, conforme a sus atribuciones constitucionales. Acorde con lo expuesto, nuestro máximo Tribunal sostiene que “garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención”²⁶.

En la fecha en que el Comité examinó el informe presentado por la Argentina, el Estado carecía de todo mecanismo legislativo apropiado para enfrentar el retiro de la reserva en materia de adopción internacional. Me pregunto, ¿era, acaso, un prudente llamado de atención para que el Estado diera principio de ejecución a todo cuanto implicaba adecuar su ordenamiento jurídico interno al estándar internacional? De hacerlo, todo niño quedaría protegido de lo que pretendía impedirse, es decir, su tráfico y venta.

En la sesión del 4 de octubre de 2002²⁷, el Comité aprobó las observaciones finales al segundo informe periódico presentado por nuestro país. El

²⁴ Durante la segunda conferencia mundial de derechos humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, se elaboró y aprobó este documento que sirve de guía a la comunidad internacional, para proteger, promover y garantizar los derechos humanos, con miras al milenio que se hallaba en puerta.

²⁵ www.un.org /Declaración y Programa de Acción de Viena.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 318:514

²⁷ CRC/C/15/Add/187. 9 octubre de 2002.

documento instaba al Estado a realizar todos los esfuerzos necesarios para poner en práctica las recomendaciones antecedentes. Destacaba en su lista de preocupaciones los incumplimientos del primer informe, sobre todo su apartado 14 referido a las Reservas²⁸. En lenguaje que le es propio reitera su preocupación y su recomendación en el sentido que el Estado considere la posibilidad de revisar las reservas formuladas, con miras a retirarlas. Es decir que el Estado a la fecha de presentación de su siguiente informe aún permanecía en mora.

Sería irónico expresar que desconocemos la realidad social argentina. Ella difiere, de modo positivo, respecto de otros estados latinoamericanos. El número de niños en su primera infancia²⁹ como posibles adoptados es inversamente proporcional al número de familias argentinas y residentes permanentes que aguardan años en lista de espera. Esto implica que la adopción internacional no constituye una necesidad ni un camino ineludible para proteger y garantizar los derechos enunciados en la Convención. En consecuencia sería razonable y necesario retirar la reserva en sintonía con nuestra Carta Magna³⁰ y como modo de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Entre otras irregularidades, mantener la reserva propicia la venta y tráfico de niños hacia el exterior, favorece su abandono y las adopciones ilegales, hace prosperar la servidumbre y el trabajo infantil y auspicia, entre otras vejaciones, su utilización en la pornografía.

Esta realidad no es ajena ni al estado ni a la sociedad civil en su conjunto. Necesitamos asumirla, para que todo niño, en su condición de sujeto de derecho, se encuentre amparado, según las normas de la Convención.

V. Conclusiones

²⁸ www./CRC/C/15/Add.35 (Concluding Observations/Comments).

²⁹ Entiéndase por primera infancia el periodo comprendido hasta los 8 años de edad.

³⁰ Constitución Nacional, artículo 75 inciso "23" asigna al Congreso la función de legislar y promover medidas afirmativas en pos de garantizar entre otros aspectos el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados sobre derechos humanos vigentes, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

El niño es un ser humano que transita el inconcluso proceso natural de crecimiento psíquico-físico, por tanto es doblemente vulnerable. De modo vertiginoso incorporará valores, principios y costumbres que conformarán su personalidad, su vida misma.

Jean Jacques Rousseau en su obra Emilio³¹, fue un precursor en la conceptualización moderna de los derechos del niño, al advertir, que hay que respetar la infancia, dejar “obrar a la naturaleza”, que quiere que los niños sean niños con su propia manera de ver, pensar y sentir, antes de ser adultos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, recordada en el Preámbulo de la Convención, proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales³².

El niño, sujeto de derecho pleno, requiere protección especial, el Estado Argentino, cuando ratificó la Convención, se obligó a hacerla efectiva a todo niño sujeto a su jurisdicción³³.

Pasaron casi diecinueve años. Parece no haber transcurrido el plazo razonable para lograr un desarrollo progresivo, armónico y acorde del derecho interno con el estándar del derecho internacional, si aún podemos señalar esta distinción, en atención a la reforma constitucional y a los precedentes jurisprudenciales vigentes.

La doctrina y jurisprudencia internacional, como fuentes del derecho de los derechos humanos, coinciden en afirmar que es compatible con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos, el progresivo retiro de las reservas, por los Estados Partes.

En el caso argentino, ello implica ejecutar acciones afirmativas, por parte de cada uno de los poderes del estado, conforme a sus atribuciones constitucionales. No ejecutarlas conlleva el efecto contrario - el desamparo- , priva al niño del pleno goce de sus derechos, precisamente bajo el amparo de la Convención.

³¹ Rousseau J.J. Emilio, escrita en 1762, conocida asimismo como Tratado de la Educación.

³² Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo VII).

³³ Cuando un Estado deposita el instrumento de ratificación a un instrumento internacional con forma de tratado, nace su obligación jurídica internacional.