

## ARTÍCULO 19. DERECHO DEL NIÑO

**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.**

*Concordancias:* arts. 25.2 DUDH; 30 DADDH; 2.2, 3.1, 3.2, 4, 19, 22.1, 27.4 CDN.

ELEONORA CANO y JÉSSICA KAWON

### 1.— Introducción:

El devenir histórico que, como corolario de la evolución humana, siempre trae aparejados cambios, nos presenta un panorama de relevante trascendencia respecto de los derechos del infante y adolescente. En efecto, la consagración de la pléyade de derechos y garantías con especial aplicación a este tópico plasmada en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (973), reconoce ser el resultado de un fructífero proceso cuyo derrotero puede resumirse en la necesidad de reconocer la dignidad del infante como sujeto merecedor de protección desde un aspecto integral de su personalidad y la obligación imperiosa de las instituciones —el Estado, la familia y la sociedad— de poner en marcha los mecanismos tendientes al cumplimiento de estos objetivos.

En este contexto, la Convención Americana de Derechos Humanos, presenta en su artículo 19 una suerte de principio general orientado a un objeto específico: el derecho del niño a ser protegido en su condición de tal y, los sujetos obligados a ello: su familia, la sociedad y el Estado. Sin embargo, la aceptación de los principios señalados no sólo se agota en el reconocimiento conformado en el documento internacional y el compromiso de los Estados signatarios de ponerlos en práctica; antes bien, se torna imprescindible un accionar concreto e integral traducido en medidas que abarquen las variadas aristas que la problemática social del niño nos presenta.

Para alcanzar este cometido, es menester, en primer lugar reconocer y analizar el contexto histórico contemporáneo en el cual los derechos de la

---

(973) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina por Ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990; B.O. 22-10-90.

infancia son vulnerados por doquier desde diversos frentes: avasallamiento del derecho a la vida, descuido de la salud y el medio ambiente, abuso sexual, explotación laboral, falta de acceso a la educación, tráfico de menores, prostitución infantil, desconocimiento del respeto al debido proceso, entre otros, cuyo común denominador está dado por un estólido desconocimiento de la dignidad del niño. Una vez que la realidad ha sido evaluada, el segundo paso consistirá en programar y hacer efectivas las medidas de protección y acción a su respecto. Entonces, es precisamente este aspecto el más difícil de concretizar en virtud de los intereses en juego, y la necesidad de armonizar programas de acción que contemplen a la comunidad en general desde un punto de vista interno e internacional.

Guiadas por esta iniciativa, en las páginas que siguen intentaremos desarrollar los contenidos del art. 19 CADH desde una doble vertiente: a) dogmática: analizando el sentido jurídico de los derechos protegidos, los sujetos involucrados, los medios empleados, etc.; y b) Sistemática: explicando el modo en que las consignas de la Convención pueden ser llevadas a la práctica.

## II.— Análisis Dogmático del art. 19

### *II.1 Sujeto Protegido (el niño). Referencia y concordancia con otros instrumentos internacionales*

Liminarmente, es preciso señalar que las medidas tuitivas que esgrime el precepto en estudio apuntan especialmente al sujeto “niño”, explicitando que ello se debe a “su condición de menor”. Ello así, una correcta hermenéutica de esta norma debe conjugarse el reemplazo en la normativa del término “menor” por el de “niño” (974). El vocablo “*niño*” sustituye al de “*menor*” toda vez que, según algunos autores, aquél hace hincapié en la tendencia actual de considerar al niño como “*sujeto de derecho*” y sustraerlo de su condición de “*objeto*”; resabio, este último, de una concepción que sólo tiende a legislar acerca de la incapacidad de hecho que rige con referencia al menor de 21 años y soslaya otras consideraciones igualmente importantes que se refieren a aspectos de la personalidad con miras a su desarrollo desde un concepto exhaustivo y de mayor alcance (975). En el sentido apuntado ha tenido oportunidad de expedirse la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 28 de agosto de 2002 —Opinión Consultiva OC-17- (976) expresando que

---

(974) Al respecto la Ley 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005 denominada “Ley de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. En igual sentido la 114 de “Protección integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, recalca, en su art. 9 que la denominación “menores de edad” se utiliza exclusivamente cuando razones técnicas insalvables así lo justifiquen.

(975) Ver al respecto, BELOFF, MARY, *No hay menores de la calle* en Revista “No hay Derecho”, nro. 6, Buenos Aires, 1992.

(976) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, del 28-08-02, LL, 2003-B, 313.

*“los niños —entendiendo por tales a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad— son titulares de derechos y no sólo objeto de protección, de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la que se enmarca el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.*

Un claro paradigma de lo expuesto se haya reflejado en la CDN al asumir como uno de sus principios esenciales la necesidad de considerar al niño como un sujeto de derechos en la relación materno y paterno filial (977) en lo referido, especialmente, al proceso educativo, en el cual se aspira a la interacción entre padres e hijos a los efectos de que el infante y adolescente sea oído y considerado, teniendo en cuenta las características de su personalidad, evolución y aptitudes particulares, medio ambiente en el que está creciendo.

Concordantemente, el artículo 1º de la CDN adopta el término niño, entendiendo por tal *“a todos ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. No obstante, mediante el art. 2 de la Ley 23.849, la República Argentina efectuó una declaración interpretativa en virtud de la cual entiende por niño *“todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”* (978).

Finalmente, una acabada aplicación de los imperativos de la Convención impone que los derechos, principios y garantías consagrados en su texto sean integrados con la restante normativa interna e internacional vigente. Así las cosas, serán de aplicación conjuntamente, además de la CDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores —Reglas de Beijing— (979); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil —Directrices de Riad— (980); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (981); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración de Principios de Justicia básicos para las víctimas de delito y abuso de poder (982) y las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (983), entre otras reglas.

---

(977) Conf. GROSAN, CECILIA, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, *LL*, 1993-B, 1089.

(978) A fin de profundizar sobre los alcances de dicha declaración acúdase al comentario del artículo 4 de la CAHD, en particular “El debate sobre el momento en que comienza la protección jurídica de la vida en el derecho constitucional argentino”.

(979) Asamblea General de la ONU, Res. 40/33, 29-11-85.

(980) *Ibíd.*, Res. 45/112, 14-12-90.

(981) *Ibíd.*, Res. 45/113, 2-04-94.

(982) *Ibíd.*, Res. 40/34, 29-11-85.

(983) Aprobadas por el Consejo Económico y Social, Res. 2005/20, 22-07-05.

## II.2. Derechos amparados

Los derechos consagrados en la CADH conforman un elenco que abarca como destinatarios a todos los seres humanos, sin discriminación de ninguna índole. De este modo, todos los derechos en ella expresados serán aplicados a los infantes y adolescentes. Al mismo tiempo, la CDN es un instrumento universal de derechos humanos específico para las personas menores de 18 años de edad, cuyo artículo 2 asegura su aplicación sin distinción de raza, color, sexo idioma, religión, opinión pública o de otra naturaleza. Ambos instrumentos conforman, según la Corte Interamericana, el corpus juris internacional de protección de la infancia para fijar el contenido y el alcance del art. 19 de la CADH (984).

Tradicionalmente, —en el plano de los derechos humanos— se efectuaba una diferenciación entre los denominados “derechos civiles y políticos”, por un lado y los designados como “derechos sociales, económicos y culturales”, por el otro. Los primeros —derecho a la vida, al nombre, nacionalidad, libertad, entre otros— conllevarían una deber de protección directa por parte del Estado; mientras que los restantes — a la salud, a la educación, a la seguridad, al esparcimiento— sólo presentarían un carácter programático (985), vale decir, el compromiso institucional de poner a disposición todos los recursos materiales disponibles para el alcance de los objetivos plasmados en la protección de los derechos enunciados, aunque no fuesen de protección jurídica inmediata. No obstante lo expuesto precedentemente, la realidad transitada a través de los años de vigencia de la CDN, como así también, la jurisprudencia nacional e internacional que debió expedirse al respecto, nos demuestran que también los enunciados como derechos sociales, económicos y culturales, conforman una gama de garantías que pueden ser reclamadas directamente del Estado, sin que fuere menester que existan otros medios idóneos a su satisfacción (986).

---

(984) “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”, Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)* del 19-11-99, párr. 194. Un análisis de esta resolución es realizado en BELOFF, MARY, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

(985) GROSMAN, *op. cit.*, pág. 1090.

(986) En este orden de ideas, la jurisprudencia ha ordenado con sustento directo en el art. 27.3 CDN, por ejemplo, que un supermercado proveyera alimentos y artículos de primera necesidad a una familia en extrema situación de indigencia y repitiera los respectivos importes al Estado provincial (J Menores Nro. 2, Paraná, 28-06-02, *Defensor del Superior Tribunal de Justicia c/ Provincia de Entre Ríos, LL Litoral*, 2002, 847). En casos como el planteado, se ha de partir de un análisis que contemple todas las aristas de la problemática presentada. Así las cosas, por un lado es indispensable ponderar la fuerza de los hechos: una situación de indigencia extrema en la que se hallan inmersos los reclamantes y, como contrapartida,

### *II.3 Sujetos responsables de la protección: la familia, la sociedad, el Estado*

El art. 19 de la CADH establece tres operadores de las medidas de protección dirigidas al niño: la familia, la sociedad y el Estado. El papel que a cada uno de ellos les cabe desempeñar se haya estructurado con base en la mejor realización del aseguramiento de los derechos y garantías desenvueltos en el contexto natural en el que los mismos se perfilan, enmarcados en la ineludible exigencia de ponderar “el interés superior del niño”.

En efecto, la familia —aun con sus variables sociológicas— continúa siendo el núcleo esencial de la estructura social y el ámbito primigenio en el que la persona se desarrolla y ha de alcanzar su plena realización (987). Seguidamente, y habida cuenta de la naturaleza social que impregna la personalidad humana, es a la sociedad a quien le compete continuar y complementar dicho proceso de maduración y crecimiento a través de una estructura más amplia y abarcativa de otras actividades que coadyuvan a los fines señalados. Finalmente, la actuación del Estado viene a coronar y acude desde el aspecto público a la salvaguarda de la dignidad del hombre, en primer lugar mediante el reconocimiento de los derechos de los que el sujeto es merecedor en su calidad de tal y, a la vez, como último y trascendental garante en el cumplimiento de los mismos (988).

De este modo, podemos observar cuán importante es a este tópico analizar y buscar la mejor manera de que estas instituciones actúen en forma correcta, coordinadamente y de un modo consolidado en cuanto a su respeto y defensa.

El desempeño que le corresponde a la sociedad se sitúa en un ámbito que comprende la participación a través de las llamadas organizaciones no gubernamentales, funcionando en un sentido de cooperación con la actuación estatal.

---

la incontestable inacción por parte del Estado provincial para hacer frente a las necesidades básicas insatisfechas. Frente a este panorama, cabe preguntarse: ¿no es la justicia quien debe velar por el cumplimiento de la ley?; ante el evidente soslayamiento de los derechos esenciales que hacen a la supervivencia —de eso se trata el estar alimentado y saludable— y la existencia de una norma internacional que expresamente contempla un accionar debido por parte del Estado ¿qué debe hacer la justicia? ¿No constituye acaso, la aplicación directa y efectiva de la norma transnacional el mejor remedio a tales males?

(987) Ver, al respecto el considerando 4 de la Opinión Consultiva, OC 17/02, *ya cit.*

(988) Un análisis de la distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias en nuestro país fue realizado por BELOFF, MARY, *Constitución y derechos del niño* en BELOFF, MARY (coordinadora), *La protección de la infancia como Derecho público provincial*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2008. Allí sostiene la autora que el sistema de protección de la infancia, según las reglas constitucionales, es de competencia local.

### III. Análisis Sistemático

#### III.1 Las medidas de protección

Las denominadas “medidas de protección” que establece la CADH se caracterizan, de acuerdo con lo descrito en el art. 2º, por tratarse de disposiciones de derecho interno, traducidas en medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la convención. Complementariamente, el art. 8 describe las garantías judiciales que deben proveer los Estados y, de este modo, el espíritu tuitivo que guía el documento se va explayando haciendo especial referencia a las medidas de protección judicial (art. 25) estableciendo, a partir del art. 33 la creación de los órganos internacionales competentes: la Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En sentido similar, la CDN declara en su art. 4 el compromiso de los Estados en la adopción de las medidas administrativas, legislativas o de otra índole tendientes a garantizar los derechos del infante.

Ahora bien, el carácter protector y garantizador del cumplimiento de los derechos humanos que rige como finalidad esencial, no puede ser llevado a cabo si las medidas implementadas a tales efectos no se ocupan de contemplar todos los problemas que atañen a la situación de la infancia y la adolescencia y, correlativamente, los remedios instaurados para ello han de abarcar la actividad de todos los operadores (Estado, Sociedad y Familia) implicados en esa tarea. Consecuentemente, es preciso señalar que la Convención menciona “*medidas administrativas o de otra índole*”, entendiéndose por estas últimas las emanadas del Poder Judicial y demás órganos legitimados en la esfera de la competencia que, —merced a la legislación interna— le ha sido asignada. En efecto, in re “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, nuestra Corte Suprema de Justicia ha consagrado que la obligación de los Estados de adoptar medidas protectorias de los derechos en cuestión no sólo se refiere a la actividad legislativa sino, además, a la actuación judicial mediante el dictado de sentencias que plasmen dicha premisa (989).

La ya mencionada Opinión Consultiva OC-17 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recalca que “*en la atención de los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas*”. Seguidamente, dispone para los Estados “*la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas, a tales fines la educación y el cuidado de la salud constituyen los pilares fundamentales para garantizarles el disfrute de una vida digna*”. Finalmente, se dice que a los efectos de que los niños puedan disfrutar de todos los derechos que les asignan diversos instrumentos internacionales los Estados deberán adoptar “*medidas positivas para asegurarles la protección de tales derechos*”.

---

(989) CSJN, *Ekmekdjian*, 1992, Fallos 315:1492, Cons. 20) y 22).

Las directivas apuntadas, también fueron ampliamente desarrolladas en las denominadas Reglas de Beijing, establecidas por las Naciones Unidas en 1985, como un conjunto de reglas mínimas para la administración de la justicia de menores. De esta manera, se propende a la elaboración de sistemas especiales para la administración de la justicia cuando se trate de niños y adolescentes.

Desde otro lugar, aunque complementando el ámbito de análisis anterior, encontramos las Directrices de Riad, cuyo norte apunta al establecimiento de criterios y estrategias nacionales, regionales e interregionales para prevenir la delincuencia juvenil. Excedería el marco de esta obra llevar a cabo un análisis pormenorizado de este documento, no obstante podemos resumir su espíritu en la necesidad de que los Estados establezcan programas preventivos centrados en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia. Para ello, deberán aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. A tales efectos, la política y medidas de esa índole deben incluir: la creación de oportunidades, en particular educativas, para atender las diversas necesidades de los jóvenes, en particular de aquellos que se encuentran en situación de riesgo; la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien. Asimismo, han de crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil. Para estos propósitos, resulta relevante, la recomendación del apartado g) del capítulo III en el que se prevé la *“estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales...”* Oportunamente, también se postula la participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia, incluida la utilización de recursos comunitarios y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas.

Las Directrices hacen especial hincapié en el desempeño de la familia como unidad central encargada de la integración social primaria del niño y que por ello, ha de ser recipiendaria directa de la acción que le cabe al gobierno y a la sociedad con miras a la preservación de su integridad. A tal fin, concluyen que deberán prestarse servicios, inclusive de guarderías y de asistencia a las familias a fin de resolver situaciones de inestabilidad o conflicto (Cap. IV. A. 11; 12; 13). Como medida alternativa —cuando no exista un ambiente familiar estable y los intentos de la comunidad por ayudar a los padres hayan fracasado—, se prevé recurrir a otras modalidades de colocación familiar como ser los hogares de guarda y la adopción, procurando crear en los niños un sentimiento de permanencia para evitar los

problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro (Directriz 14).

Otro pilar de las directrices es la importancia atribuida a la educación, en especial la garantía del acceso a la enseñanza pública. Los sistemas de educación deberán tratar de trabajar en cooperación con los padres, las organizaciones comunitarias y los organismos que se ocupan de las actividades de los jóvenes. Asimismo, se incorpora la necesidad de informar a los jóvenes y a su familia acerca de la ley y sus derechos y obligaciones, como así también, sobre el sistema de valores universales, incluidos los instrumentos de las Naciones Unidas. Las escuelas deberán servir de centros de información y consulta y dotarse de medios a los maestros y otros profesionales a fin de prevenir y resolver los problemas vinculados con el uso de alcohol y drogas.

Finalmente, el documento analizado contempla la actuación que le compete a otras instituciones sociales tales como la comunidad, los medios de comunicación y la política social, en consonancia con la legislación idónea y la correcta administración de la justicia de menores. Para esta última materia, se recomienda especialmente la posibilidad de implementar la figura de un mediador u órgano análogo destinado a la asistencia de los jóvenes, cuyo papel consistirá en garantizar el respeto por la condición jurídica de aquéllos, sus derechos e intereses, ocupándose de remitir los casos a los servicios disponibles; supervisar la aplicación de la normativa internacional al respecto y publicar periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas. (Directriz 57).

### **La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes**

En el ámbito de la legislación nacional, la Ley 26.061 (990) en su Título III, denominado “Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, estructura un sistema tuitivo conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos del infantes y adolescente (art. 32).

La Ley define en su art. 33 las llamadas “*Medidas de protección integral de derechos*”, entendiéndose por tales “*aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias*”. Prioritariamente se aplicarán aquellas medidas que tengan por finalidad la preser-

---

(990) Un análisis crítico de la ley fue realizado por BELOFF, MARY, *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho*, Revista de Derecho de Familia, N° 33, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.



vación y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Asimismo, cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, las medidas se concretizarán en programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares (art. 35). Es dable destacar que, en ningún caso, las medidas dispuestas en el art. 33 podrán consistir en la privación de libertad.

A mayor abundamiento, a partir del art. 37 la ley detalla las especiales medidas de protección que han de implementarse ante la amenaza o violación de derechos. Al respecto, se prevé que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar (inc. a); solicitud de becas de estudio o para jardines maternas y programas de apoyo escolar (inc. b); asistencia integral a la embarazada (inc. c); cuidado del niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a sus padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia a través de un programa (inc. e); tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de los niños y/o sus padres y representantes (inc. f); e, incluso, asistencia económica (inc. g).

Al mismo tiempo, se disponen medidas excepcionales cuya implementación procederá cuando el niño o adolescente estuviese temporal o permanentemente privado de su núcleo familiar o el superior interés del menor exija que no permanezcan en ese medio (art. 39). Estas disposiciones serán limitadas en el tiempo y sólo podrán prolongarse en tanto persistan las causas que las originaron (art. 39, párrafo 3°); siendo además, de aplicación, en tanto previamente se hayan cumplido debidamente las medidas dispuestas en el art. 33 (art. 40). Le cabe a la autoridad local de aplicación la decisión y establecimiento del procedimiento a seguir, siendo menester que este acto se haya jurídicamente fundado y debiendo someterla dentro de las 24 hs. al control judicial para su control (art. 40, 2° y 3° párrafos). La media debe procurar la permanencia temporal del niño o adolescente en ámbitos familiares considerados alternativos, a través de líneas de parentesco por consaguinidad o afinidad, o con otros medios de la familia ampliada o la comunidad, teniendo en cuenta la opinión del niño (art. 41, inc. a). Por lo demás, con el objeto de preservar la identidad familiar, se intentará la no sustitución del grupo familiar de origen (inc. c); en especial, de tratarse de grupos de hermanos, se preservará la convivencia (inc. d). La procedencia de una medida excepcional, jamás podrá fundamentarse en la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo (inc. f).

El título IV de la normativa expuesta, designa a los órganos administrativos de protección de los derechos amparados. Para lograr el cometido propuesto, se estructuran 3 niveles, a saber: Nacional, Federal y Provincial, respectivamente (art. 43). En la órbita del PEN se crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (art. 43 y ss.). Para el ámbito federal, se prevé la creación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, el cual llevará a cabo funciones deliberativas, consultivas, de formulación de propuestas y de políticas de concertación (art. 46).

A su vez, la Ley crea la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la promoción y protección de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, la CDN y las leyes nacionales (art. 47). La defensa de aquéllos ante las instituciones públicas y privadas y la supervisión y auditoría de la aplicación del sistema de protección integral se realizará en 2 niveles: a) Nacional, a través del Defensor y b) Provincial, respetando la autonomía de la Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como las instituciones preexistentes (art. 48).

En el Capítulo IV, la Ley 26.061 se ocupa de las Organizaciones no gubernamentales, definiéndolas como “*aquellas que, con Personería Jurídica y que en cumplimiento de su misión institucional desarrollan programas o servicios de promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de la niñas, niños y adolescentes*” (art. 65). Para llevar a cabo el cometido que se les atribuye, habrán de cumplir con los principios y obligaciones señalados en el art. 66, entre los que se encuentran: el respeto y preservación de la identidad de los niños, ofreciéndoles un ambiente de respeto, dignidad y no discriminación; preservación de los vínculos familiares; no separar grupos de hermanos, garantizar el derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; mantener al niño informado sobre su situación legal, ofrecer instalaciones debidamente habilitadas, rendir cuentas en forma anual ante la autoridad de aplicación, entre otros. A los efectos de contar con un mejor control de estos organismos, se crea el Registro Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil con personería jurídica que desarrollen programas o servicios de asistencia, promoción, tratamiento, protección y defensa de las niñas, niños y adolescentes.

Allende determinadas observaciones que merece la ley mencionada —en cuanto a cierto defecto en su técnica legislativa y la vastedad e imprecisión de su art. 32 referido a los operadores del sistema que deben intervenir en cada caso, tópicos que será menester subsanar mediante la interpretación judicial— la norma resulta un avance en cuanto al reconocimiento de los derechos consagrados, empero, no por ello, debe soslayar la importancia del control de los jueces como garantía y control de legalidad frente a los actos emanados del poder administrador.

En este último aspecto, no nos parece del todo acertada la supresión del patronato del Estado propugnada por la Ley en su art. 73, toda vez que la mentada institución, si bien de larga data y con muchas falencias, siempre será necesaria como medida alternativa y de contralor ante las vicisitudes que la ausencia de la patria potestad y de las demás instituciones jurídicas protectorias, puedan presentar para el niño. En todo caso, si lo que se ha pretendido es evitar la mal llamada “institucionalización” de los niños, debió hacerse hincapié en el mejoramiento y saneamiento de estos aspectos, depurando y definiendo las soluciones adecuadas, empero, de modo alguno soslayando la importancia de la presencia del patronato de menores (991).

---

(991) Al respecto ver la opinión de BELLUSCIO, AUGUSTO C., “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, *LL*, 2006-B, 701.

### *III.2 El rol de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Operatividad de la CADH*

Habida cuenta del contenido del art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales poseen, en las condiciones de su vigencia, jerarquía constitucional; ello hace que los principios enunciados en los mismos conformen un imperativo en cuanto a su aplicación. En este sentido, se torna preciso establecer como premisa básica una noción fundamental: la de autoejecutoriedad, vale decir, la plena operatividad de los derechos subjetivos invocados, sin necesidad de norma adicional que los reglamente o consagre expresamente. Pues, tal como resume Agustín Gordillo que “en materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional y supraconstitucional que cumplir, operativo, directa e inmediatamente aplicable, también en el orden interno y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado” (992).

Lo expresado precedentemente en el orden legislativo ha sido concretado en la actividad judicial. Efectivamente, la Justicia ha resuelto distintos casos en los que se ha servido directamente de los instrumentos internacionales antes mencionados dirigidas a restablecer y preservar los derechos de los niños. Precisamente, en un caso, la Corte Suprema ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (993).

En el ámbito del Derecho penal juvenil, la Corte Suprema revocó la condena a un niño a la pena de prisión perpetua, en atención a que la condena impuesta debe necesariamente atender a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1º) (994).

### *III.-3 El interés superior del niño como presupuesto fundamental en las medidas de protección*

El concepto de “interés superior del niño” adoptado por la CDN en su art. 3º, apart. 1º, denota una pauta general de orientación en virtud de la cual, las decisiones y medidas concernientes a los niños, habrán de estar conside-

---

(992) GORDILLO, AGUSTÍN, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 5a ed., pág. III-2. Cabe recordar aquí que la CSJN ha propugnado dicha operatividad, al menos en la medida en que se dirija a una situación fáctica en la que pueda ser aplicada en forma inmediata, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (CSJN, *Ekmekdjian*, ya cit., Cons. 20).

(993) CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, 2000, Fallos, 323:3229.

(994) CSJN, *M, D. E.*, 2005, Fallos, 328:4343.

radas primordialmente teniendo en miras la protección esencial de los derechos de aquéllos involucrados en la problemática concreta presentada y, ante el conflicto que pudiera suscitarse respecto de las normas establecidas o, en su caso, los derechos de otras personas.

El concepto en análisis, habida cuenta de la lógica de su vastedad por tratarse de una acepción generalizada cuya función estriba en constituir una pauta-directriz, presenta una indeterminación (995) en su contenido que ha de ser integrado ponderando las circunstancias y derechos cuestionados en cada supuesto en particular. Desde luego, siempre existirá el riesgo de arribar a una solución discrecional y, para conjurar este peligro, tal como lo expone Cecilia Grosman (996) será útil asociar el interés del niño con sus derechos fundamentales. La evaluación anotada en el parágrafo que antecede ha permitido a la jurisprudencia vernácula expedirse desde distintos ángulos. En particular, la Corte Suprema sostuvo que “apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, 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. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño [...] El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto” (997). En otro caso vinculado al derecho a la salud de un niño, la Corte Suprema consideró que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones

---

(995) Al respecto, se sostuvo que “Este artículo de la CIDN es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo no hay un sólo fallo —de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver— que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el artículo 3”, BELOFF, MARY, *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina* en BOVINO, ALBERTO; COURTIS, CHRISTIAN y ABRAMOVICH, VÍCTOR (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas: 1994-2005*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 290

(996) GROSMAN, *op. cit.*, pág. 1095. Un claro ejemplo de lo flexible de este concepto puede encontrarse en el caso conocido como SMM, donde tanto la mayoría (que resolvió a favor de la constitución de una adopción simple), como la dividida minoría (la que estaba formada por dos jueces que propugnaban la concreción de una adopción plena y otros dos que sostenían la restitución de la niña a su madre biológica) sustentó sus argumentaciones en este “interés superior del niño” (SC Buenos Aires, S., M.M, LL, 1999-C, 240).

(997) CSJN, S., C. s/ adopción, Fallos 328:2870.

---

que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (998).

---

(998) CSJN, *Maldonado, Sergio Adrián*, Fallos 327: 5210.

# LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROYECCION EN EL DERECHO ARGENTINO



DIRECTOR

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

AUTORES

CRISTINA ADÉN, ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA,  
JORGE AMOR AMEAL, CAROLINA S. ANELLO,  
MARÍA ELEONORA CANO, AYELEN ARGELIA CASELLA,  
JOSEFINA COMUNE, SANTIAGO EYHERABIDE, DIEGO FREEDMAN,  
AGUSTINA FREIJO, SANTIAGO J. GARCÍA MELE, LUCAS GUARDIA,  
SONIA SOLEDAD JAIMEZ, JESSICA MOIRA KAWON,  
FEDERICO LAVOPA, PABLO LEPERE, DANIEL LEVI,  
NATALIA M. LUTERSTEIN, ANGELINA GUILLERMINA MEZA,  
MARIÁNGELES MISURACA, DIEGO M. PAPAYANNIS,  
NICOLÁS M. PERRONE, ROMINA VERÓNICA PETRINO,  
MARÍA LUISA PIQUÉ, LUCIANA T. RICART,  
VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ, SHUNKO ROJAS,  
SEBASTIÁN SCIOSCIOLI, FEDERICO THEA,  
LEONARDO TOIA, ALEJANDRO TURYN



**LA LEY**

Alonso Regueira, Enrique M.  
Convención Americana de Derechos Humanos y su  
proyección en el Derecho Argentino.. - 1a ed. - Buenos Aires :  
La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de  
Derecho, 2013.  
608 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2415-7

1. Derecho Público. I. Título  
CDD 340.9

Copyright © 2012 by Facultad de Derecho U.B.A. Av. Pte.  
Figuerola Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e I.  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

***Impreso en la Argentina***

Todos los derechos reservados Ninguna parte de esta  
obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o  
mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin  
el previo permiso por escrito del Editor

***Printed in Argentina***

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723