

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

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

Por Laura Noemí Lora\*

Fecha de recepción: 17/09/2019

Fecha de aceptación: 16/10/2019

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## I. Introducción

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

---

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

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

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

Desde una perspectiva histórica nacional, cabe destacar que la CIDN fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como Ley n°23.849 en 1990<sup>2</sup>, pocos meses después de su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>3</sup> La misma se incorpora a nuestra Constitución Nacional, a través del artículo 75 inc.22, mediante la última reforma constitucional ocurrida en el año 1994 adquiriendo igual jerarquía.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

La CIDN, junto a otros instrumentos específicos de protección de derechos humanos<sup>5</sup> fueron fuentes de renovación de un conjunto de normativas que incorporan la concepción del niño como persona, de su desarrollo integral, reconociéndose como “sujetos de derechos” con fundamento en la dignidad, equidad, justicia social, y en los principios ISN, no discriminación, solidaridad y participación, gestando un nuevo paradigma de niñez.

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

---

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

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

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

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

En Argentina, nuevos modos de pensar y abordar la infancia, se receptaron en la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes n°26.061, sancionada y promulgada en el año 2005<sup>8</sup>. Esta ley, a diferencia de la CIDN, brinda una definición de ISN, sistematiza significados que se fueron produciendo desde la aplicación y uso del concepto. Sus diseños institucionales

---

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/2002 del 28 de Agosto del 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 56, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), pág. 61.

<sup>7</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su conclusión 2 de la Opinión Consultiva N° 17/2002 expresa que el ISN *“implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*.

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

pensados para la atención de niñas, niños y adolescentes (NNyA), a partir de su implementación producirán transformaciones en la relación entre el Estado y los NNyA. De sus normas surge la división de las temáticas de atención entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, desplazando al ámbito administrativo las situaciones de características “socio-asistenciales”, que la anterior Ley de Patronato 10.903, que se deroga, judicializaron. Desde la esfera administrativa se implementará, el sistema de protección y promoción de derechos para las problemáticas sociales ahora desjudicializadas<sup>9</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

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

Respecto del uso y contenido de esta noción en materia de adopción de niños, se realizó un estudio a través del cual se buscaron, se seleccionaron notas y comentarios doctrinarios publicados en las revistas jurídicas “Jurisprudencia Argentina”, “El Derecho y “La Ley”; se identificaron las interpretaciones y aplicaciones del concepto esbozadas en las sentencias y definiciones brindadas por informantes claves a través de entrevistas (Lora: 2007) hasta la aplicación de la ley de adopción 24.779.<sup>10</sup>

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Otro hito fundamental en relación al ISN, no solo en materia de adopción en Argentina, surge a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial<sup>18</sup> en el año 2015, que deroga algunas normas como por ejemplo las de la Ley de Adopción N° 24.779. La elaboración de este Código cumple la función de adecuación legislativa de la normativa interna del Estado a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“En materia jurisprudencial interna, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha marcado que el principio del "interés superior del niño", establecido en el artículo 3.3 de la Convención de los Derechos del Niño, obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los niños, puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten<sup>19</sup>. El "interés superior del niño" implica, que los tribunales deben considerar como criterios rectores, el resguardo del desarrollo y del ejercicio pleno de sus derechos en todos los órdenes de la vida, dispensándoles un trato diferente en función de las condiciones especiales, para lo cual el Estado argentino se comprometió a adoptar medidas positivas<sup>20</sup>. Asimismo, ha señalado que los menores, además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la protección de los jueces y de toda la sociedad. La consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar, la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento

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

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

de los casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio<sup>21</sup>.

Por otra parte, respecto de la evaluación y determinación del interés superior del niño en un caso concreto, ha destacado que, más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de satisfacer el interés superior del niño<sup>22</sup>.

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

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

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

---

<sup>21</sup> Las autoras refieren: Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 335:2242. Esa misma inteligencia sostuvo en Fallos: 335:452, frente a un caso en que se encontraba comprometida la salud y el normal desarrollo de un menor.

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

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

<sup>24</sup> Entrevistado

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En un reciente fallo de la CNCP 2017 se sostuvo<sup>29</sup>:

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

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

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

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

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

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

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

#### **IV. Conclusiones**

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

precisamente, de lo que se trata es que se les permita ejercer sus derechos en tanto titulares de esos derechos siendo el ISN un límite al ejercicio del poder del Estado y al poder de los progenitores y/o cualquier otro adulto vinculado a los niños. De aquí que el art. 3 de la ley 26061 en su parte final resalta: *cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.*

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

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

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

medida, su contenido debe determinarse en cada caso concreto. Sin embargo, se verifica que aún no se encuentra garantizado, hay diversas sentencias que expresan la falta de traslado a los Defensores de menores y por lo tanto muchas veces se decreta la nulidad de lo actuado, ya que no hubo representación de los derechos e intereses de los niños/niñas. Además de que, como quedó demostrado no se hace efectivo el derecho al nivel de vida suficiente del sector de la población que comprende a los NNyA que permanecen en instituciones carcelarias, acompañando a sus progenitoras en esa situación. El nivel de vida suficiente está establecido en el art 27 párrafo 1<sup>30</sup> de la CIDN pero nadie lo menciona. Si lo mencionan habría que avanzar hacia el párrafo 2 del mismo artículo<sup>31</sup>.

En definitiva, la obligación del Estado nacional<sup>32</sup> tendiente a dar efectividad y a garantizar un nivel de vida adecuado de NNyA, como un derecho y como consideración de su interés superior, en material penal se encuentra pendiente, pues no los asiste ni en materia de nutrición, ni de vestuario ni de vivienda.

### Bibliografía

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

---

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

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

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

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

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

## Jurisprudencia

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

## Legislación: Instrumentos Internacionales

- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General (OG) CRC/C/GC/14: Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos *Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño* Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002., párrafo 56, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), p. 61.
- CIDN aprobada por la Asamblea General de las ONU en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley n° 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990. Asimismo, se incorpora a nuestra CN en el artículo 75, inciso 22, en el año 1994.
- La ley 24.779 de Adopción fue sancionada el 28 de febrero de 1997, promulgada el 26 de marzo de 1997, incorporada al Código Civil como Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero. Disposiciones Generales. Adopción Plena y Simple. Nulidad e Inscripción. Efectos de la adopción conferida en el extranjero. Disposición Transitoria. Deroga la Ley N° 19.134 y el artículo 4050 del Código Civil.
- Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad se sancionó el 19/06/96 y promulgó el 08/07/96, B.O. 16 de julio de 1996.
- [Ley N° 26.472](#). Modificaciones a la ley 24.660 al Código Penal y al Código Procesal Penal. Sancionada el 17/12/2008, promulgada el 12/01/2009, B.O. 20/01/2009. Ley N° 26.061 Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Sancionada el 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005, B.O. 26/10/2005 Reglamentada por el Decreto 415/2006 del 17/04/2006. Decreto N° 415/2006. Apruébese la reglamentación de la Ley N° 26.061. Disposiciones transitorias". 17/04/2006. Publicación B.O. 18/04/2006.
- Ley 26.994. Sancionada 1 de octubre de 2014. Promulgada 7 de octubre de 2014.