

SILVIA EUGENIA FERNÁNDEZ
(Directora)

Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

La protección integral
de derechos desde una
perspectiva constitucional,
legal y jurisprudencial

(Nuevo Código Civil y Comercial
de la Nación)

Tomo I

**ARGERI - BELOFF - BIONDA - BONZANO - CAMPOY CERVERA
CANTORE - CÉDOLA - CIRUZZI - CRESPI DRAGO - CULACIATI
DE LA TORRE - DE LORENZI - DI TULLIO BUDASSI - DIAS
DURAN DE KAPLAN - FARAONI - FERNÁNDEZ - GALATI
GONZÁLEZ DE VICEL - GROSMAN - HERRERA - HOOFT
KEMELMAJER DE CARLUCCI - KRASNOW - LAMM - LATHROP
LLOVERAS - MINYERSKY - MOLINA DE JUAN - MUÑIZ - MURGANTI
PAGANO - PÁJARO - PICARDI - RAFFO - RODRÍGUEZ FANELLI
SCHERMAN - SPAVENTA - TAVIP - VILLAVERDE**

ABELEDOPERROT

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	XXXVII
Presentación	XLIX

PRIMERA SECCIÓN INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS

TÍTULO I INFANCIA, DERECHOS HUMANOS Y ESPECIALIDAD

CAPÍTULO 1 RECICLANDO TENSIONES EN DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: ESPECIALIDAD VS. "NIÑOLOGÍA"

Por Marisa Herrera

I. Objetivos: desentrañando enigmas aún subsistentes	5
II. Especialidad no significa un nuevo "derecho de menores" con otra denominación	11
III. Cuando los eslóganes priman y el contenido aún no aparece en todo su esplendor	13
IV. Cuando las nociones de representación, complementariedad y autonomía no terminan de arribar	16
V. Cuando la figura del abogado del niño se convierte en una herramienta hábil para interpelar a la "niñoología"	23
VI. Breves palabras de cierre	25

CAPÍTULO 2 LOS PELIGROS DEL LENGUAJE Y EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: UNA MIRADA DESDE LA PSICOLOGÍA

Por Valeria Duran de Kaplan

I. Menos afirmaciones y más preguntas: el lenguaje como vehículo hacia una verdadera escucha	27
--	----

II. La comunicación: es un juego invisible.....	28
III. Una entrevista: un encuentro de dos culturas	29
IV. El lenguaje tiene sus peligros	30
V. La imposibilidad de comunicar quiere comunicar algo.....	31
VI. Recortando realidades.....	31
VII. Conclusiones.....	32

CAPÍTULO 3

LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA E INFANCIA

Por Nora Lloveras

I. Los derechos humanos	33
II. Los derechos humanos y las relaciones de familia e infancia	41
III. La perspectiva de cara a la familia y a la niñez y adolescencia.....	50
IV. El Código Civil y Comercial Unificado de la Nación.....	55
V. Conclusiones: a modo de cierre.....	59

CAPÍTULO 4

VULNERABILIDAD, INFANCIA Y PROTECCIÓN ESPECIAL. SOBRE LA ESPECIFICACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO TUTELA REFORZADA DE PROTECCIÓN

Por Silvia Eugenia Fernández

I. El proceso de especificación de los derechos humanos en el área de infancia	66
II. Principios y estándares estructurales en favor de niños, niñas y adolescentes	70
1. El reconocimiento del niño como sujeto de derecho	71
2. El principio de interés superior del niño	72
3. El principio de protección especial de infancia	74
4. El derecho del niño a ser oído	75
5. Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes	77
6. El principio de no discriminación.....	79
III. La noción de vulnerabilidad y su eficacia como elemento corrector	79
IV. La reformulación de la “protección especial” estatal de la infancia. La vulnerabilidad como principio ético multidimensional	80
V. Palabras de cierre	84

CAPÍTULO 5

**EL PRINCIPIO DE “PROTECCIÓN ESPECIAL” DE LAS NIÑAS
Y LOS NIÑOS. MODELOS DE RECONOCIMIENTO
Y PROTECCIÓN DE DERECHOS**

Por Ignacio Campoy Cervera

I.	Introducción	85
II.	Los planteamientos del proteccionismo “tradicional”	87
	1. La importancia de la concepción del niño	89
	2. El carácter legitimador de la protección del interés del niño.....	90
	2.1. Los padres como protectores naturales de los intereses de los niños.....	91
	2.2. El Estado como protector del interés del niño	95
	2.3. El reconocimiento y la protección de los derechos de los niños fuera del discurso de los derechos humanos: titulares sólo de ciertos derechos y sin ninguna capacidad de ejerci- tarlos	97
III.	Los planteamientos del proteccionismo “renovado”	99
	1. La importancia de la concepción del niño	100
	2. La trascendencia de los principios de la protección del interés superior del niño y la protección del derecho del niño a partici- par en todos los asuntos que le afecten.....	102
	3. Los límites del proteccionismo “renovado” en la incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos huma- nos.....	110

CAPÍTULO 6

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES LATINOAMERICANOS
EN MATERIA DE INFANCIA. VISIÓN JURISPRUDENCIAL
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Por Aída Kemelmajer de Carlucci

I.	Punto de partida. Los tratados de Derechos Humanos como instru- mentos generadores de derechos individuales exigibles	115
II.	La niñez y los tratados internacionales de Derechos Humanos.....	115
III.	Los efectos vinculantes de la jurisprudencia de la Corte IDH.....	116
IV.	La “incomodidad” de algunos.....	117
V.	Límites de este trabajo	118
VI.	El encuentro del mundo de los derechos del niño con el de los dere- chos humanos de todas las personas	119

VII.	Artículos de la Convención interamericana que se refieren específicamente a los niños.....	119
VIII.	El lenguaje	120
IX.	Algunos hitos en la jurisprudencia de la Corte IDH	121
X.	Pautas generales de interpretación.....	122
XI.	Concepto de niño. El embrión <i>in vitro</i>	122
XII.	Relevancia del ataque.....	123
XIII.	Un principio básico: el niño sujeto de derechos	123
XIV.	Dos reglas reiteradas	123
XV.	Las acciones positivas. Las medidas de protección del art. 19	124
XVI.	Las medidas de protección del art. 19 y la sanción penal contra quien ataca el derecho de los niños	126
XVII.	El interés superior del niño como marco definitorio de las medidas de acción positiva de protección.....	127
XVIII.	El interés superior del niño y su violación por el transcurso del tiempo.....	128
XIX.	Un reconocimiento que no impide las reglas anteriores	130
XX.	El principio de la autonomía progresiva, unido al del interés superior.....	131
XXI.	Algunos derechos especialmente amparados.....	131
	1. Derecho a la vida. Generalidades. Desaparición, tortura y muerte de niños y adolescentes.....	131
	2. El derecho a la salud y a la educación	135
	3. Derecho a la identidad, al nombre, y a los papeles.....	136
	4. Derecho a vivir con la familia de origen.....	137
XXII.	Conclusiones provisionales.....	138

CAPÍTULO 7

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE INFANCIA. LA MULTICULTURALIDAD

Por Verónica Spaventa

I.	¿De qué hablamos cuando hablamos de “igualdad”, “discriminación” y “multiculturalidad”?	139
II.	Hacia la construcción de un derecho ¿plural?	146
III.	Del ¿imposible? o ¿impostergable? diálogo intercultural	157

CAPÍTULO 8

**LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
A MÁS DE DOS DÉCADAS
DE SU SANCIÓN**

Por Mary Beloff

..... 159

CAPÍTULO 9

**EL ROL DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO
EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DOCTRINA VINCULANTE
EN MATERIA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS**

Por María Silvia Villaverde

I.	La Convención sobre los Derechos del Niño	173
II.	Deber estatal de adecuación	174
III.	El Comité de los Derechos del Niño.....	176
	1. Sistema de informes estatales y observaciones finales	179
	2. Informes de la Argentina y observaciones finales.....	179
	3. Observaciones generales.....	180
	4. Observación General 5 sobre Principios Generales.....	182
	5. Días de debate general.....	182
	6. Procedimientos del Protocolo Facultativo relativo a un procedi- miento de comunicaciones	183
IV.	Reconocimiento de los Comités	185
	1. Reconocimiento de los Comités como “intérpretes autoriza- dos” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	186
	1.1. Comité de los Derechos del Niño.....	186
	1.2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	187
	1.3. Otros Comités	188
	2. Reconocimiento por la Corte Internacional de Justicia.....	188
	3. Reconocimiento por la Corte Interamericana de Derechos Hu- manos	189
V.	Proceso de armonización local conforme a una interpretación evo- lutiva del derecho internacional de derechos humanos	191

CAPÍTULO 10

NECESIDAD DE UNA FORMACIÓN UNIVERSITARIA
ESPECIALIZADA EN DERECHOS DE INFANCIA*Por Nelly Minyersky*

I.	Introducción	195
II.	Los derechos de la niñez en la historia. Constitucionalización de sus derechos	195
III.	Derecho. Infancia. Enseñanza.....	198
IV.	Hablando de interdisciplina	203
	1. Pluridisciplina, transdisciplina e interdisciplina	203
	2. Interdisciplina	204
	3. El cómo y el cuándo de la interdisciplina	206
V.	Breve <i>racconto</i> de la historia de la Maestría y Carrera de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles de la Universidad de Buenos Aires	207
VI.	Colofón.....	209

TÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES

CAPÍTULO 1

EL DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO EN EL COMPLEJO TAPIZ
DE DERECHOS HUMANOS. EL DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO
COMO PERTENECIENTE, AL MISMO TIEMPO, AL DOMINIO
DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, COMO AL DE
LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*Por Ida Scherman*

I.	El derecho a la vida del niño	217
II.	La interpretación expansiva del derecho a la vida	219
III.	El legado de Villagrán Morales y la indivisibilidad de los derechos humanos	225
IV.	El derecho a la vida del niño, el derecho al cuidado y la protección de la salud.....	228
V.	El derecho a la vida, a la salud de los niños desde la perspectiva de la justicia.....	231
VI.	Los derechos del niño como una demanda de igualdad sustantiva. El derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda y a vivir sin violencia en un fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.....	235

CAPÍTULO 2

**EL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL CUIDADO
DE SU PROPIO CUERPO. UNA CUESTIÓN DE AUTONOMÍA,
LIBERTAD, INTEGRIDAD, LIBRE DESARROLLO
DE LA PERSONALIDAD Y DIGNIDAD**

Por Eleonora Lamm

I.	Introducción	239
II.	Autonomía progresiva y derecho del niño al cuidado de su propio cuerpo. Competencia.....	241
	1. Precisiones terminológicas.....	244
	2. Recepción legal y jurisprudencial	245
III.	El derecho del niño en el cuidado de su propio cuerpo y la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud	252
	1. Derechos de los NNA en materia de salud. ¿Derecho a decidir?..	252
	2. Intervención en caso de conflicto.....	254
	3. Derecho a ser informado. Confidencialidad	255
	4. Derecho a no decidir.....	260
IV.	El derecho del niño al cuidado de su propio cuerpo en el Código Civil y Comercial	261
	1. Generalidades	261
	2. Derecho del NNA al cuidado de su propio cuerpo.....	263
	2.1. El sistema.....	265
	2.2. ¿Quién evalúa la competencia para los actos médicos?	269
	2.3. Análisis de los distintos supuestos comprendidos en el art. 26.....	273
	2.4. Directivas anticipadas	296
V.	Brevísimas palabras finales.....	299

CAPÍTULO 3

**SALUD SEXUAL Y PROCREACIÓN RESPONSABLE DE NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES. PERSPECTIVA DE GÉNERO
Y ACTUACIÓN DEL ESTADO**

Por Luz María Pagano

I.	Introducción	301
II.	Marco conceptual	301
III.	Marco normativo internacional y nacional	304
IV.	Responsabilidad parental <i>versus</i> obligación del Estado	314

V. El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de las niñas, niños y adolescentes	318
VI. El quehacer del Estado	324
VII. Breve reflexión final	327

CAPÍTULO 4

LA BIOÉTICA COMO HERRAMIENTA PARA EL ABORDAJE DE CONFLICTOS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Por Pedro Federico Hooft y Geraldina J. Picardi

I. A modo de introducción	330
II. Una aproximación a la mirada Bioética	332
III. Principios bioéticos	334
1. Principio de autonomía	335
1.1. Consentimiento informado. Personas en situaciones de mayor vulnerabilidad.....	336
1.2. Consentimiento subrogado	338
1.3. Consentimiento informado en niñas, niños y adolescentes .	339
1.4. El interés superior del niño y el derecho a ser oído.....	340
1.5. Derecho actualmente vigente en la Argentina.....	341
1.6. Derecho a rehusar tratamiento médico indicado	344
2. Principio de beneficencia, con relación a niñas, niños y adolescentes.....	350
2.1. Obligatoriedad de prestaciones de salud en beneficio de niños afectados por patologías severas.....	351
3. Principio de justicia, con particular relación al tema que nos convoca	352
3.1. El caso judicial de una niña portadora del síndrome de Down y la responsabilidad social de las instituciones privadas de salud	353
IV. Reflexiones finales.....	354

CAPÍTULO 5

LA EXPERIENCIA INTERDISCIPLINARIA EN EL PROCESO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ESPACIO SANITARIO

Por María Susana Ciruzzi

I. Introducción	355
-----------------------	-----

II.	El consentimiento informado en pediatría: capacidad civil <i>vs.</i> competencia bioética	356
III.	El concepto de salud en el contexto pediátrico	358
IV.	El proceso de toma de decisiones en Pediatría. La doctrina del menor maduro o autonomía progresiva.....	360
	1. Sus orígenes	360
	2. Su recepción en el derecho positivo argentino. El Código Civil y Comercial	362
	3. La calidad de la Información.....	363
	4. ¿Quién toma la decisión en Pediatría?.....	365
	5. El “debido proceso”	370
V.	Conclusiones.....	371

CAPÍTULO 6

EL DERECHO DE LA SALUD, LOS COMITÉS DE BIOÉTICA ASISTENCIAL Y LOS NIÑOS

Por Elvio Galati

Resumen	373	
I.	Introducción	373
	1. Aspectos sociales.....	375
	2. Aspectos normativos.....	381
	3. Aspectos valorativos	396
II.	Conclusión.....	400

CAPÍTULO 7

INVESTIGACIÓN CLÍNICA EN NIÑOS. INDUSTRIA FARMACÉUTICA Y TUTELA DE LA SALUD

Por Lucía Rodríguez Fanelli

I.	Introducción	401
II.	La investigación que involucra sujetos humanos	402
III.	Los intereses en juego en la investigación con seres humanos.....	404
IV.	La Investigación clínica que involucra niños, niñas y adolescentes .	406
	1. Investigación y abusos en la infancia.....	407
	2. Consecuencias de la falta de investigación en niños, niñas y adolescentes.....	413
	3. Niños y adolescentes como sujetos de investigación.....	415
	3.1. Notas distintivas y análisis jurídico.....	415

3.2. Niños y adolescentes como sujetos de derecho	415
3.3. El interés superior del niño debe regir todo estudio clínico en el que participen niños, niñas y adolescentes	416
3.4. Para el ejercicio de sus derechos, los niños y adolescentes gozan de capacidad o autonomía progresiva	417
3.5. Infancia y adolescencia incluidas en el concepto de población vulnerable	419
3.6. El análisis desde la perspectiva bioética	420
3.7. Principio de beneficencia y deber de información	426
3.8. Principio bioético de no maleficencia. La información sobre los riesgos de la investigación	427
3.9. La investigación en seres humanos en el Código Civil y Comercial	434
3.10. Rol de la Industria Farmacéutica en la investigación clínica en la que participan niños, niñas y adolescentes. Tutela de la salud	436
3.11. Poblaciones vulnerables y enfermedades olvidadas desde la perspectiva del principio bioético de justicia	439

CAPÍTULO 8

INTERSEXUALIDAD, TRANSEXUALIDAD Y DERECHOS DE LA INFANCIA

Por Laura Cantore

Sumario	443
I. La importancia de la heterosexualidad	443
II. Intersexualidad y transexualidad: precisiones terminológicas	446
1. Identidad de género, expresión de género, sexo biológico y orientación sexual	449
2. Convención de los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley de Identidad de Género 26.743	451
III. Conclusiones	458

CAPÍTULO 9

¿INFANCIAS IGUALES?: 64 SEXOS Y MÁS. UNA MIRADA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LAS DIFERENCIAS GENITALES BIOLÓGICAS

Por Laura Cantore

Sumario	459
---------------	-----

I. Introducción	459
II. Los cuerpos permitidos	460
III. Nacer con el cariotipo equivocado	462
IV. La intersexualidad como demostración biológica de la diversidad sexual.....	465
V. La intersexualidad patea el tablero de los binarios.....	466
VI. Conclusiones.....	467

CAPÍTULO 10

EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD Y EL CUIDADO DE LA SALUD. ADOLESCENCIA Y ADICCIONES

Por Pablo Ernesto Raffo

I. Las adicciones: entre el delito y el derecho a la salud mental.....	469
II. La cuestión de la adolescencia y el ejercicio de sus derechos.....	473
III. La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial.....	476
IV. Los derechos del adolescente consumidor de drogas	478
V. Normativa aplicable a la internación de un adolescente adicto a las drogas. Intervención judicial	480
VI. El derecho del adolescente internado a su defensa técnica	484
VII. A modo de cierre.....	486

CAPÍTULO 11

DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA IDENTIFICACIÓN

Por Adriana N. Krasnow

I. Introducción	489
II. El derecho a la identidad como punto de partida	490
III. Identidad, identificación y nombre en el marco del universo que comprende a niños y adolescentes	490
1. Encuadre.....	490
2. El principio de inmutabilidad del nombre	492
2.1. Su flexibilización en el hoy.....	492
2.2. Su flexibilización en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	498
3. El nombre de los hijos y sus cambios	499
3.1. El nombre de los hijos en la filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida. Cambios en el Derecho interno	499

3.2. El nombre de los hijos en la filiación por adopción. Cambios en el Derecho interno	505
3.3. Persona menor de edad sin filiación determinada, inscripción, nombre e identidad	511
IV. Identidad, identificación y género en el marco del universo que comprende a niños y adolescentes	512
1. Encuadre.....	512
2. Identidad de género.....	514
2.1. La ley 26.743. Sus aportes y alcance	514
2.2. Identidad de género en el caso de niñas, niños y/o adolescentes.....	519
V. Cierre.....	532

CAPÍTULO 12

DERECHO AL NOMBRE DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Por Nora Lloveras

I. El nombre de las personas.....	533
II. El nombre de los niños, niñas y adolescentes - NNA.....	536
1. Código Civil y la ley 18.248	536
1.1. La igualdad y el apellido en el Código Civil y ley 18.248...	536
1.2. El apellido de los hijos y la ley civil.....	537
1.3. El apellido de los hijos: conclusiones sobre el derecho civil	542
1.4. La relevante protección del nombre de los niños, niñas y adolescentes	543
2. Código Civil y Comercial sancionado	545
2.1. Los Tratados Internacionales y el derecho a la identidad: el Código Civil y Comercial.....	545
2.2. El Código Civil y Comercial de la Nación.....	549
III. A modo de conclusiones.....	553

CAPÍTULO 13

DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Por Gabriel Eugenio Tavip

I. Introducción	557
II. El derecho a la intimidad, como derecho personalismo o fundamental.....	558

1. Noción y designación.....	559
2. Naturaleza y caracteres.....	560
3. Su evolución y recepción normativa.....	562
4. Clasificación de los derechos personalísimos.....	566
III. El derecho a la intimidad, a la vida privada y familiar.....	567
1. Aspectos generales. La designación de este derecho.....	567
2. Noción del derecho a la intimidad.....	568
3. Caracteres del derecho a la intimidad.....	571
4. La recepción normativa del derecho a la intimidad.....	572
5. La protección del derecho a la intimidad en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....	574
IV. El resguardo del derecho a la intimidad de las niñas, niños y adolescentes.....	576
1. La recepción normativa específica del derecho a la intimidad en relación a los NNA.....	576
2. Alcance de la protección del derecho a la intimidad de los NNA.....	577
2.1. La protección del derecho a la intimidad de los NNA, en relación a la intromisión impropia de particulares o del Estado.....	578
2.2. La protección del derecho a la intimidad de los NNA, en el ámbito intrafamiliar.....	582
V. Reflexión final.....	584

CAPÍTULO 14

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. TUTELA ESTATAL EN LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Por Rodrigo Ezequiel Bionda

I. Pórtico.....	585
II. En torno a la privacidad, la intimidad y la <i>extimidad</i> actual.....	587
III. La construcción normativa de la tutela del derecho a la intimidad.	594
1. La protección de la intimidad en los tratados y en la jurisprudencia internacional.....	596
2. La tutela de la intimidad en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	602
IV. Acciones estatales para la tutela de la intimidad.....	607
1. La dimensión preventiva.....	609
2. La tutela preventiva de la intimidad de los niños, niñas y adolescentes involucrados en proceso judiciales.....	611

3. La tutela preventiva de la intimidad de niños, niñas y adolescentes infractores.....	616
4. La órbita reparatoria en caso de vulneración del derecho a la intimidad los niños, niñas y adolescentes	621
V. Colofón.....	623

CAPÍTULO 15

DERECHO A LA EDUCACIÓN

Por María de los Angeles Bonzano

I. Presentación.....	625
II. Perspectiva ineludible de análisis del derecho a la educación en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	626
III. El Estado como obligado a garantizar el derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes.....	628
1. La responsabilidad del Estado y el derecho a la educación en la CDN.....	628
2. El derecho a la educación en la ley 26.061 de la República Argentina y su garantía por el Estado	630
3. Avances y deudas pendientes en la Argentina	633
IV. La responsabilidad de los padres y el derecho a la educación de los hijos.....	638
V. A modo de conclusión.....	640

SEGUNDA SECCIÓN

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LAS RELACIONES FAMILIARES

TÍTULO I

EL DERECHO AL CUIDADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

CAPÍTULO 1

EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL DERECHO COMPARADO

Por Javier Muñiz

I. Introducción	645
II. Un problema inicial.....	646
III. La noción de familia en el orden convencional.....	647

IV.	La noción de familia en el orden constitucional	648
V.	La familia en el orden legal: distintas figuras que hacen referencia al concepto.....	651
VI.	Como cierre	656

CAPÍTULO 2

RESPONSABILIDAD PARENTAL Y AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Por Silvia Eugenia Fernández

I.	Palabras previas	659
II.	Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. Un principio troncal al derecho familiar y de infancia	662
	1. Qué es la autonomía progresiva: su determinación es asunto complejo	665
	2. Autonomía progresiva. Participación y construcción.....	669
	3. Autonomía y regulación de derechos.....	674
III.	La autonomía progresiva, regla compatible con el concepto responsabilidad parental.....	675
	1. Autonomía y determinaciones de salud	679
IV.	Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el ámbito patrimonial	693
V.	Responsabilidad parental. Ejercicio en clave constitucional.....	696
VI.	Breve cierre	699

CAPÍTULO 3

EJERCICIO DE LA PARENTALIDAD POR PROGENITORES ADOLESCENTES

Por Mariela A. González de Vicel

I.	Familias y sujetos: derribando muros y construyendo caminos	701
II.	La progresividad en el ejercicio de los derechos: hacia la autonomía.....	705
III.	El concreto ejercicio de la parentalidad en la adolescencia: gradualidad.....	712
IV.	Ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal por menores de edad	717
V.	Conflictos derivados del ejercicio de la responsabilidad parental entre progenitores adolescentes y adultos responsables.....	725

CAPÍTULO 4

**DETERMINACIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD
PARENTAL. EL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
A LA COPARENTALIDAD**

Por Martín Miguel Culaciati

I.	Preliminares	729
II.	La transformación terminológica y la evolución legislativa del concepto	730
III.	La responsabilidad parental. Titularidad y ejercicio	732
IV.	El ejercicio de la responsabilidad parental frente a la crisis conyugal.....	734
	1. Precisiones terminológicas.....	734
	2. El modelo unipersonal y sus consecuencias negativas.....	734
	3. Pautas para el otorgamiento de la guarda	736
	3.1. Preferencia materna	736
	3.2. Respeto al acuerdo de los progenitores	739
	3.3. Pautas para la determinación de la idoneidad	740
V.	La tenencia compartida.....	748
	1. Criterios jurisprudenciales para otorgarla	750
	1.1. Convenida por los padres.....	750
	1.2. Solicitada por uno de los padres.....	751
	1.3. Impuesta por el juez cuando ambos padres la piden para sí	751
	2. Beneficios del cuidado personal compartido.....	753
VI.	Aproximación al derecho comparado	754
VII.	El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la coparentalidad... ..	758
VIII.	El nuevo Código Civil y Comercial	760
	1. Cuidado personal alternado	762
	2. Cuidado personal indistinto.....	763
IX.	A modo de cierre.....	764

CAPÍTULO 5

**EL CUIDADO PERSONAL UNILATERAL Y EL DERECHO Y DEBER
DE COMUNICACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD
CON EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE**

Por Fabián Faraoni

I.	Las escenas de la responsabilidad parental a partir del cese de la convivencia	765
----	--	-----

II.	Los aspectos procesales en los conflictos referentes al cuidado personal unilateral y el derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente	767
III.	La autonomía de la voluntad de los progenitores en materia de cuidado personal unilateral y derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente	771
	1. Los acuerdos extrajudiciales.....	772
	2. Los acuerdos en mediación extrajudicial y en etapas pre-jurisdiccionales	773
	3. Los acuerdos judiciales.....	774
	4. Los acuerdos referidos al ejercicio de la responsabilidad parental en el divorcio	776
IV.	Los procesos autónomos referidos al cuidado personal unilateral y al derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente	778
	1. La vía cautelar	779
	2. Las vías ordinarias o de conocimiento.....	780
V.	La participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de cuidado personal y derecho y deber de comunicación.....	785
	1. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.....	786
	1.1. La escucha personal	788
	1.2. Los informes técnicos.....	789
	2. La actuación de las niñas, niños y adolescentes en el proceso....	789
	2.1. Las funciones del Ministerio Público Pupilar.....	790
	2.2. La defensa técnica: El rol del abogado de las niñas, niños y adolescentes	792
VI.	Reflexión final.....	794

CAPÍTULO 6

PROTECCIÓN INTERDISCIPLINARIA DE LOS REGÍMENES DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR: LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR

Por Fabiola Lathrop

I.	Introducción	797
II.	Mecanismos interdisciplinarios de protección de la relación directa y regular: ¿mito o realidad?.....	800
III.	Los Puntos de Encuentro Familiar.....	805
	1. Concepto y evolución.....	805

2. Objetivos	806
3. Principios y tipos de intervención.....	807
4. Metodología	808
IV. Conclusiones.....	809

CAPÍTULO 7

**RELACIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES CON SUS ASCENDIENTES
Y ADULTOS SIGNIFICATIVOS**

Por Rosana G. Di Tullio Budassi

I. Introducción	811
II. La significación del derecho de comunicación entre niños y adolescentes y sus abuelos o personas significantes en su vida.....	811
III. La vinculación entre niños y adolescentes con sus abuelos y personas allegadas: diferente reconocimiento jurídico a un mismo derecho.....	814
1. La protección del derecho de la niñez y de la vejez en el plano internacional: panorama general	814
2. La protección del derecho a la comunicación entre niños y adolescentes con sus abuelos o personas allegadas: respuestas del derecho de la niñez y del derecho de la vejez en el plano internacional y nacional.....	819
3. La protección del derecho a la comunicación entre niños y adolescentes con sus abuelos o personas allegadas: respuestas del Código Civil y Comercial argentino.....	822
4. La protección del derecho a la comunicación entre niños y adolescentes con sus abuelos o personas allegadas: respuestas del Código Civil y Comercial de la Nación.....	828
IV. Algunas reflexiones finales	832

CAPÍTULO 8

**ESPECIFICIDAD DEL DERECHO ALIMENTARIO A FAVOR DE NIÑAS,
NIÑOS Y ADOLESCENTES**

Por Cecilia P. Grosman

I. Quiénes son los responsables de la responsabilidad alimentaria de niñas, niños y adolescentes.....	833
1. Cuadro normativo	833
2. El Código Civil y Comercial.....	834
II. Contenido del deber alimentario	834

1. Su extensión.....	834
2. El Código Civil y Comercial.....	835
III. Modalidades en el cumplimiento de la responsabilidad alimentaria..	835
1. Pago en dinero, especie o servicios a terceros	835
2. El Código Civil y Comercial.....	837
3. Las labores del progenitor conviviente	837
4. Un porcentaje de los ingresos del obligado.....	838
5. Suma de dinero. Pautas para su determinación si el alimentante no cuenta con ingresos fijos.....	839
6. Los alimentos cuando el cuidado personal del hijo es compartido	840
6.1. Criterio jurisprudencial.....	840
6.2. Código Civil y Comercial.....	840
7. El principio igualitario. Hijos de distintas uniones	841
8. Alimentos adicionales	842
IV. Actualización de la cuota alimentaria.....	843
V. La obligación alimentaria cuando el hijo es mayor de edad pero menor de 21 años.....	846
1. Naturaleza de la obligación y contenido	846
2. Hijo mayor que convive con el progenitor	847
2.1. ¿Quién tiene legitimación para cobrar en la franja de edad de 18 a 21 años?.....	847
2.2. Derecho comparado.....	851
2.3. El Código Civil y Comercial	852
VI. Hijo mayor de 21 años que se capacita	853
1. Cuadro normativo y social.....	853
2. Doctrina y jurisprudencia.....	854
3. Derecho comparado.....	855
4. El Código Civil y Comercial.....	856
VII. Alimentos a la mujer embarazada.....	857
1. El escenario social.....	857
2. Comienzo de la existencia de la persona	857
3. La verosimilitud del vínculo de filiación invocado.....	858
4. Necesidades que cubre la cuota de alimentos provisorios.....	860
5. Derecho comparado.....	860
6. Código Civil y Comercial.....	861
VIII. Alimentos provisorios al hijo no reconocido	861
1. La importancia del tema	861
2. Características del reclamo.....	862
3. Quiénes pueden efectuar el reclamo	863

4. El art. 255 del Código Civil y su relación con los alimentos provisionarios al hijo no reconocido	865
5. Formas de probar la verosimilitud de la filiación invocada.....	865
6. El Código Civil y Comercial de la Nación.....	868
IX. La responsabilidad de los abuelos	868
1. El marco normativo. Las distintas posturas.....	868
2. El Código Civil y Comercial.....	872
3. Extensión de la obligación alimentaria del abuelo.....	875
X. Desde cuándo se deben los alimentos	876
1. La mediación	876
2. Discordancia entre la norma sustancial y la norma procesal	876
3. El Código Civil y Comercial.....	878
XI. Subrogación del progenitor conviviente para el cobro contra el otro progenitor de los alimentos atrasados devengados en beneficio del hijo	879
1. Legitimación de la madre	879
2. ¿Llegado el hijo a la mayoría de edad, quién tiene derecho a cobrar las cuotas impagas?	880
XII. Importancia del Defensor Público de Menores e Incapaces	881
XIII. Escuchar al niño o adolescente en los juicios de alimentos	882
1. Relevancia y modo de participación.....	882
2. El Código Civil y Comercial.....	883
XIV. Incumplimiento alimentario	883
1. La mirada sociológica	883
2. El enfoque preventivo	885
3. La inconveniencia de algunas medidas sancionatorias ante el incumplimiento.....	887
4. Acciones para atenuar el incumplimiento alimentario	890
XV. La responsabilidad del Estado.....	891
1. Introducción	891
2. Las acciones positivas del Estado ante el caso concreto.....	892
2.1. Fundamentación de la intervención judicial	892
2.2. Los casos presentados	893
2.3. Medidas concretas que podría ordenar el juez en un juicio de alimentos.....	895
2.4. Cómo se canaliza la responsabilidad del Estado en otros países	896
XVI. Palabras finales	897

TÍTULO II

DERECHOS DEL NIÑO Y NUEVAS FORMAS FAMILIARES

CAPÍTULO 1

NUEVA FORMAS FAMILIARES EN UN DERECHO DE "LAS FAMILIAS"

Por Nora Lloveras

I.	Las familias y las conformaciones presentes	901
1.	La coparentalidad	905
II.	Nuevas formas familiares: necesidad de normas que las contemplen en su diversidad	906
III.	Lo "nuevo" de las "nuevas" formas familiares en el campo del derecho.....	914
1.	Las diversas formas familiares, la gobernabilidad y los Derechos Humanos	917
IV.	El Código Civil y Comercial de la Nación.....	918
V.	Conclusiones.....	921

CAPÍTULO 2

FAMILIA MONOPARENTAL Y DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. UNA COMBINACIÓN DIFÍCIL, PERO NO IMPOSIBLE

Por Marcela Pájaro

I.	Introducción	925
II.	Descripción de la situación.....	928
III.	Las buenas noticias	929
IV.	Mujer y trabajo en la familia monoparental.....	932
V.	Cobro de la pensión alimentaria	934
VI.	Vivienda.....	937
VII.	Trámites, trámites, trámites.....	938
VIII.	Protección de las uniones convivenciales	940
IX.	Conclusiones.....	941

CAPÍTULO 3

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Por Javier Muñiz

I.	Introducción	943
----	--------------------	-----

II.	Un punto de partida obligatorio: ¿de qué hablamos al referir a las familias ensambladas?.....	945
III.	Las familias ensambladas en el derecho continental europeo.....	948
IV.	Las familias ensambladas en el sistema de derecho anglosajón.....	958
V.	Las familias ensambladas en el orden latinoamericano.....	964
VI.	Las familias ensambladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	967
VII.	Breves palabras de cierre.....	969

CAPÍTULO 4

SOCIOAFECTIVIDAD E INFANCIA: ¿DE LO CLÁSICO A LO EXTRAVAGANTE?

Por Marisa Herrera

I.	Palabras introductorias.....	971
II.	La noción de socioafectividad.....	974
III.	Relaciones fácticas y soluciones jurídicas.....	980
	1. Introito.....	980
	2. La reparación del daño moral.....	990
	3. Familia ensamblada de hecho para reconocer derechos.....	996
	4. Filiación adoptiva y socioafectividad: la flexibilización de los tipos adoptivos.....	999
	5. Reproducción humana asistida y coparentalidades plurales.....	1004
IV.	Breves palabras de cierre.....	1011

CAPÍTULO 5

FAMILIA, HOMOPARENTALIDAD Y DERECHOS DEL NIÑO

Por María Berenice Dias

I.	Introducción.....	1013
II.	El actual concepto de familia.....	1013
III.	La familia homoafectiva.....	1014
IV.	La homoparentalidad.....	1016
	1. Adopción.....	1017
	2. Reproducción asistida.....	1018
V.	La inexistencia de prejuicio a los hijos.....	1019
VI.	La homoparentalidad en Brasil.....	1020

VII. Un Estatuto Brasileño de la Diversidad Sexual	1023
1. Enmiendas constitucionales.....	1024
2. Estatuto de la Diversidad Sexual.....	1025
VIII. Conclusión.....	1028

CAPÍTULO 6

LOS AVANCES CIENTÍFICOS EN MATERIA DE TRHA Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA: DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO Y FILIACIÓN *POST MORTEM*

Por Natalia de la Torre y Gastón M. M. Argeri

I. Introito	1031
II. Diagnóstico genético en embriones no implantados	1036
1. ¿De qué hablamos?	1036
2. Regulaciones y controversias en el derecho comparado.....	1040
3. Antecedentes jurisprudenciales.....	1043
4. El art. 19 y los Proyectos ¿integrales? de TRHA	1048
4.1. El “famoso” art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.....	1048
4.2. Los proyectos integrales de TRHA.....	1050
III. Filiación <i>post mortem</i>	1053
1. Concepto	1053
2. Derecho comparado.....	1054
3. Antecedentes jurisprudenciales.....	1055
4. Regulaciones proyectadas en nuestro país.....	1056
IV. Colofón.....	1058

CAPÍTULO 7

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES NACIDOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Por Mariana A. De Lorenzi

I. Introducción	1059
II. Noción integral de identidad.....	1061
III. El derecho a la identidad desde la CDN.....	1064
1. El reconocimiento constitucional del derecho a la identidad	1064

2. El cabal alcance del derecho a la identidad consagrado por la CDN.....	1067
2.1. Los “padres” en el contexto del art. 7° CDN.....	1068
2.2. “En la medida de lo posible”	1070
2.3. La razón de ser del art. 8° CDN.....	1074
IV. El respeto del derecho a la identidad en pro del principio de igualdad.....	1078

CAPÍTULO 8

EL DERECHO DE LOS NIÑOS NACIDOS DE TRHA A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Por Mariana A. De Lorenzi

I. Introducción	1081
II. La situación legislativa en argentina.....	1082
III. La tendencia internacional hacia el reconocimiento del derecho de las personas nacidas de TRHA a conocer sus orígenes biológicos...	1084
IV. La doctrina y el derecho a conocer los orígenes.....	1092
V. La jurisprudencia nacional sobre el derecho a conocer los orígenes..	1100
VI. El derecho a conocer los orígenes en el derecho proyectado	1102
El Código Civil y Comercial de la Nación	1106
VII. Reflexión final.....	1111

TÍTULO III

CUIDADO FAMILIAR ALTERNATIVO DE NIÑOS Y NIÑAS

CAPÍTULO 1

INSTITUCIONES ALTERNATIVAS A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. TUTELA. GUARDA

Por Carolina Cédola

I. Necesaria introducción sobre la ideología en materia de infancia...	1115
II. Tutela. Tutela especial. Guarda.....	1118
1. Tutela.....	1118
1.1. Respuestas tradicionales del derecho argentino.....	1118
1.2. Derecho unificado civil y comercial.....	1119
1.3. Tipos de tutela	1121

2. Guarda	1125
III. Soluciones en el derecho comparado	1128
IV. Aportes de la jurisprudencia que adecuaron las instituciones de tutela y guarda a los lineamientos de la CDN a fin de ofrecer una herramienta alternativa al ejercicio de la responsabilidad parental ...	1130
V. Valoración a la hora de optar por la institución alternativa adecuada a la responsabilidad parental.....	1132
VI. Conclusión.....	1133

CAPÍTULO 2

**SEPARACIÓN FAMILIAR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.
ESTÁNDARES INTERNACIONALES**

Por Ana Belén Murganti y María Alejandra Crespi Drago

I. Introducción	1135
II. Sistema de protección universal de derechos humanos	1135
1. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	1135
2. Observaciones Generales del Comité sobre Derechos del Niño .	1137
3. Observaciones finales del Comité sobre Derechos del Niño a nuestro país	1139
4. Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños.....	1140
III. Sistema de protección interamericano de derechos humanos.....	1142
IV. Sistema europeo de protección de derechos humanos.....	1152
V. Corolario	1154

CAPÍTULO 3

**EL DERECHO HUMANO A TENER UNA FAMILIA Y EL LUGAR
DE LA ADOPCIÓN CUANDO FONDO Y FORMA SE ENCUENTRAN**

Por Marisa Herrera y Mariel Molina de Juan

I. Introducción	1159
II. La diada derecho y proceso/ proceso y derecho.....	1161
III. Algo de historia: el proceso de adopción en las leyes 13.252 y 19.134	1166
1. Antecedentes.....	1166
2. Una primera experiencia: ley 13.252.....	1167
3. El sistema dual creado por la ley 19.134.....	1169

IV.	El proceso de adopción en la ley 24.779	1175
1.	Consideraciones generales.....	1175
2.	La guarda con fines de adopción.....	1177
3.	Los padres biológicos frente a una decisión trascendental	1182
4.	El rol del Registro Único de Adopción	1189
5.	El juicio de adopción	1191
V.	Los tiempos en el proceso y en la vida de los niños. La doble vertiente del tiempo: destrucción y consolidación de vínculos afectivos	1193
1.	Introducción	1193
2.	Desde la perspectiva de los derechos de niños y adolescentes	1194
3.	Desde la perspectiva de los padres de origen	1196
4.	Desde la perspectiva de los pretendientes adoptantes	1198
5.	Una mirada puesta en la consolidación de las relaciones familiares originadas en guardas de hecho	1199
6.	Otras valoraciones del elemento temporal.....	1206
VI.	Más sobre derecho y realidad: los problemas procedimentales tras la sanción de la ley 26.061	1209
VII.	El proceso de adopción en el Código Civil y Comercial	1211
1.	El punto de partida	1211
2.	El proceso y el tiempo	1215
3.	El protagonismo del niño o adolescente en el proceso	1218
4.	Revalorización del rol de la familia de origen y/o ampliada	1220
5.	El derecho a la familia adoptiva y la ampliación de las personas que pueden adoptar	1223
6.	Derecho a la vida familiar, principio de realidad y flexibilización de los tipos de adopción.....	1226
VIII.	Breves palabras de cierre	1231

CAPÍTULO 6

PROTECCIÓN INTERDISCIPLINARIA DE LOS RÉGIMENES DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR: LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR

Por Fabiola Lathrop⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las cuestiones más complejas de la relación directa y regular con los hijos luego de la ruptura de los padres, se encuentran la efectividad, eficacia y eficiencia de los mecanismos de protección del régimen que en su virtud se ha determinado.

En la legislación chilena, actualmente, estos mecanismos están restringidos al ámbito civil y son, fundamentalmente, la recuperación del tiempo perdido cuando ha mediado obstaculización del régimen por parte del padre o madre que ejerce el cuidado personal, por una parte, y la dictación de órdenes de arrestos o de multas proporcionales, por otra⁽²⁾.

(1) Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central de Chile (CIJUCEN) y Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Chile

(2) Conforme a la Ley de Menores chilena, *Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se "frustre, retarde o entorpezca" de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la "recuperación del tiempo no utilizado"* (art. 48 inciso tercero de la ley 16.618). Asimismo, esta ley autoriza al juez para imponer los apremios establecidos en el art. 543 del Código de Procedimiento Civil —esto es, "arresto hasta por 15 días o multa proporcional", reiterables— a quien *infringiere las resoluciones que determinan ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil*, es decir, el derecho-deber a mantener una relación directa y regular con los hijos (art. 66 inciso final de la ley 16.618). En todo caso, cabe señalar que el art. 48 inciso cuarto de la Ley de Menores establece que en caso de que el padre o madre "a quien corresponda mantener" la relación con el hijo la dejase de cumplir, injustificadamente, podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su "suspensión o restricción", lo que no obstará a que se decreten "apremios" cuando procedan de conformidad al ya citado inciso tercero del art. 66 de la misma Ley. Es decir, esta última norma reconoce en su texto literal la posibilidad de decretar estos apremios al padre o madre a quien corresponda mantener la relación directa y regular, es decir, no establece ex-