

AMEDIP 2020
XLIII SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO
“EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN TIEMPOS DE LA NUEVA
NORMALIDAD”

Mesa temática: Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, 1996.

Protección transfronteriza de la niñez y adolescencia con
discapacidad: una mirada transversal

Carolina Harrington¹

SUMARIO:

1. Una insoslayable transversalidad protectora. 1.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989. 1.2. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006. 1.3. Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, 1996. 1.4. Referencias e interacciones. 2. Un caso testigo de la jurisprudencia argentina. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

“...tenemos el deber moral de eliminar los obstáculos a la participación y de invertir fondos y conocimientos suficientes para liberar el inmenso potencial de las personas con discapacidad. Los gobiernos del mundo no pueden seguir pasando por alto a los cientos de millones de personas con discapacidad a quienes se les niega el acceso a la salud, la rehabilitación, el apoyo, la educación y el empleo, y a los que nunca se les ofrece la oportunidad de brillar.”

Stephen W Hawking²

1. Una insoslayable transversalidad protectora

Un reciente informe de UNICEF recuerda enfáticamente que los niños, niñas y adolescentes (NNA) con discapacidad comparten las mismas necesidades básicas y los mismos derechos con todos los demás NNA:

¹ Abogada. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Magíster en Relaciones Internacionales. Centro de Estudios Avanzados, UNC. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Profesora de Derecho internacional privado. Facultad de Derecho, UNC. Funcionaria Relatoría Sala Civil y Comercial, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Argentina.

²Prólogo al *Informe Mundial sobre la discapacidad*. OMS / Banco Mundial, 2011. Disponible en https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/ al 06.9.2020.

“un ambiente familiar capaz de brindarles amor y protección para que crezcan seguros y felices y un medio social que los acepte y promueva su desarrollo personal con acceso a la educación, la salud y la protección social que les permita crecer, desarrollar al máximo sus capacidades y contribuir positivamente en las sociedades a las que pertenecen.”³

El documento apunta, a su vez, un lamentable e incuestionable dato: históricamente, los NNA con discapacidad han estado atrapados entre aquellos grupos sociales más invisibilizados y excluidos.

La organización señala que es frecuente que la discapacidad se aborde como un tema apartado, disgregado de otros condicionantes. Coincidimos con UNICEF cuando advierte la falta de transversalización de la temática como parte del problema de la exclusión. La materia tiene una alta especificidad, pero atraviesa cualquier minoría (migrantes, indígenas, etc.) o tópico (abuso sexual, encierro, acceso a educación, a salud, etc.).

El panorama no es privativo de contextos domésticos y se proyecta en su despliegue transfronterizo. Aquí es donde entra a tallar el Derecho internacional privado (DIPr.). Se estima que en América Latina habitan más de ocho millones de NNA con discapacidad. Muchos de ellos crecen en familias multiculturales, otros han migrado a otro país, están migrando o les gustaría hacerlo. No pocos padecen los desacuerdos de sus padres sobre el lugar donde deben vivir y pueden ser víctimas de traslado o retención internacional ilícita. Algunos, incluso, carecen de familiares en condiciones de ejercer la responsabilidad parental y requieren la designación de un tutor o tutora en un escenario transfronterizo. En algunas familias, es la propia situación de discapacidad de alguno de sus integrantes el factor desencadenante de la decisión movilizarse hacia otro país en búsqueda de condiciones más aptas para rehabilitaciones, abordajes integrales en materia de salud, educación inclusiva y hasta contención del grupo familiar.

En este sector de la ciencia jurídica, “minoridad” y “discapacidad” como categorías han sido tradicionalmente abordadas desde el enfoque del estatuto personal y la consecuente determinación de la capacidad, sus limitaciones, repercusiones y avatares en caso de conflicto móvil. Sin embargo, una mirada actual y acorde con los paradigmas de niñez, adolescencia y discapacidad que iluminan la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989

³ UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Notas de Orientación Programática sobre Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad 2018-2021*, <https://www.unicef.org/lac/media/6551/file/PDF%20publicaci%C3%B3n%20Notas%20de%20orientaci%C3%B3n%20program%C3%A1tica%20sobre%20ni%C3%B1os,%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%20con%20discapacidad.pdf> Disponible al 6.09.2020.

(CDN89) y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CDPD06) exige situar al NNA con discapacidad desde su contexto familiar. Esta perspectiva invita al DIPr. a poner a disposición del análisis, su arsenal de recursos para afrontar las preguntas que estructuran su búsqueda: cuál será la autoridad competente, qué derecho resultará aplicable o cómo se coordinarán acciones entre diversos sistemas nacionales con el objetivo de asegurar el interés superior de los NNA con discapacidad, garantizándoles la protección que los instrumentos de DDHH imponen.

Desde el plano del DIPr. convencional a escala global, la Convención de La Haya de 1996 relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los niños (CH96) representa un valioso instrumento a partir del cual analizar paralelismos, intersecciones, divergencias e influencias recíprocas entre estos documentos y los respectivos ámbitos a los que se aplican.

La triangular interrelación entre CDN89, CH96 y CDPD06 no ha sido aun suficientemente abordada y puede aportar una apreciable mirada para evaluar la conveniencia de incorporar el instrumento generado en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr. a nuestros sistemas nacionales.

Presentaremos en la primera parte del trabajo algunos de los puntos de encuentro y encrucijadas más relevantes entre los tres documentos, teniendo en cuenta el contexto de su elaboración, la situación actual en el marco del ordenamiento jurídico argentino, el paradigma asumido así como las referencias explícitas e implícitas entre ellos. En el segundo segmento de la ponencia comentaremos un caso jurisprudencial tramitado ante tribunales argentinos que ilustra fielmente los desafíos existentes para proteger a la niñez y adolescencia con discapacidad en situaciones transfronterizas en el escenario jurídico que motiva estas líneas.

1.1 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

El 20 de noviembre de 1989 en el contexto de las Naciones Unidas, 140 Estados suscribieron la CDN89, que entró en vigor el 2 de setiembre de 1990 y a septiembre 2020 cuenta con 196 Estados Parte. Argentina la ratificó en 1990

y desde la reforma constitucional de 1994, fue incluida en el catálogo de tratados a los que la propia Carta Magna otorga jerarquía constitucional⁴.

La CDN representa un hito en la modificación de la concepción de la niñez, en cuanto al reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos que gozan de una protección especial por su condición de personas en desarrollo. El deber de resguardo especial que impone surge de las particulares condiciones del NNA al depender de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de derechos involucrados en su desarrollo físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social.

Esta dependencia se regula de acuerdo a las capacidades del NNA y su grado de madurez. La visibilización de los derechos de los NNA desde la perspectiva de los DDHH de la infancia a partir de su consideración subjetiva es el gran paso dado a través de la CDN89.

En términos de DIPr., el paradigma de la CDN89 se tradujo en selección prioritaria de elementos vinculados a la vida del NNA (residencia habitual) como determinante del derecho más apto para regir sus relaciones jurídicas, la autoridad más indicada y los institutos de protección que los involucran. También implicó que su interés superior se perciba como faro en la toma de decisiones que los afecten.

Dentro de la visión transversal que proponemos, es preciso traer a colación el amparo de la familia como elemento destacado de la protección de los derechos de la niñez y adolescencia. La CDN89 le atribuye a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los NNA por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida. Derivado de esta concepción, se reconoce asimismo el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir cabalmente con sus funciones. Por supuesto se incluye así, las responsabilidades parentales en el cuidado y crianza de los hijos, para garantizar la protección de los NNA y sus derechos⁵.

1.2 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

⁴ Art. 75, inc. 22 Constitución Nacional argentina.

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 30 noviembre 2017.

Más cercana en el tiempo, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se convirtió el 13 de diciembre de 2006 en el primer instrumento global de derechos humanos (DDHH) del siglo 21, suscripto por 163 países. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y hoy, 182 Estados se vinculan jurídicamente a través de él.

Argentina la ratificó el 2 de septiembre de 2008. A partir de la sanción de la ley 27.044, el 19 de noviembre de 2014, el documento ingresó al “club” de instrumentos con jerarquía constitucional.

Se trata de la última manifestación a escala mundial de la tendencia que desde algunos años antes venía situando la discapacidad en el ámbito de los DDHH. Este instrumento se inspira explícitamente en la filosofía de un modelo social de la discapacidad, y tal premisa se patentiza en la inmensa mayoría de sus artículos.

¿Qué implica este modelo “social”? Para comprenderlo, es preciso advertir que la actitud social hacia la discapacidad no ha sido igual a lo largo de la historia de la humanidad. Es posible distinguir tres modelos de tratamiento que, si bien coexisten en alguna medida en el presente, pueden ser situados en diferentes contextos históricos. El modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social⁶.

Para el modelo de prescindencia, las personas con discapacidad no están en condiciones de ofrecer aportes de relevancia a la sociedad. Esto acarrea como consecuencia la decisión de prescindir de estas personas, aunque pueden advertirse dos vertientes:

El submodelo eugenésico puede ser situado cronológicamente en la antigüedad clásica y a través de la verificación de políticas y prácticas sociales eugenésicas. Para esta mirada, se justifica el infanticidio de los niños y niñas con diversidades funcionales congénitas. Las personas con discapacidad son objeto de burla o diversión, o son temidas y/o perseguidas, desde el plano social.

El submodelo de marginación puede ser situado cronológicamente en la Edad Media y se patentiza a través de la exclusión. Gran parte de los niños y niñas afectados mueren como consecuencia de la carencia de interés en salvar sus vidas, o por la invocación de la fe como medio de salvación.

Los primeros indicios del modelo rehabilitador se vislumbran en los inicios del Mundo Moderno, aunque su consolidación se sitúa a fines de la Primera Guerra Mundial.

⁶ Seguimos para describir los diversos modelos la excelente esquematización formulada por Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cermi, Ed. Cinca, 2008.

Este paradigma asume dos presupuestos esenciales. Las causas de la discapacidad serían de carácter científico: limitación física, psíquica, mental o sensorial individual de la persona. La vida de esa persona tendrá un mayor valor en caso de ser rehabilitada, a través de avances y tratamientos médicos. Es por ello que los niños y niñas tienen mayores chances de supervivencia, y la educación especial se piensa para la normalización de las personas.

En esta etapa, prima una actitud paternalista y de subestimación, producto de una mirada centrada en la diversidad funcional y sus repercusiones sobre las actividades que las personas no pueden realizar. Se aspira a una integración social, pero solo se concibe en la medida en que las personas logran eliminar u ocultar su diferencia.

A pesar de representar un avance respecto del modelo de prescindencia, se critica la filosofía que entiende a la persona con discapacidad como un ser dependiente, inferior, que necesita ser rehabilitado (re-habilitado) a los efectos de recuperar su dignidad lesionada o perdida.

Desde el modelo social se percibe que las causas que dan origen a la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino preponderantemente sociales. Para este paradigma la discapacidad es una construcción, resultado -en gran medida- de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. No son las limitaciones individuales las fuentes centrales del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas —incluyendo quienes tengan una discapacidad— sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Se insiste enfáticamente en que las personas con discapacidad pueden contribuir a las necesidades sociales en la misma medida que el resto de personas, siempre que se eliminen los obstáculos contruidos por la misma sociedad.

Desde este enfoque, los NNA con discapacidad deben tener las mismas oportunidades de desarrollo que los NNA sin discapacidad, y la educación debe tender a ser inclusiva. Las respuestas sociales, se basan en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades, y se resalta la necesidad de que las personas con discapacidad sean aceptadas tal cual son, sin tener que ocultar la supuesta diferencia que las aleja de los “parámetros de normalidad”.

La CDPD06 contiene un concepto mínimo de persona con discapacidad que, por un lado apela a la existencia de diversidades funcionales físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo de la persona, pero que por otro lado, relaciona dichas diversidades funcionales con la interacción del entorno, que genera barreras que pueden limitar y/o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En el tratamiento dispensado a NNA se vislumbra una clara concepción desde el modelo social de discapacidad, respecto de sus necesidades y potencialidades. La Convención impone medidas tendientes a potenciar el ejercicio de la autonomía por parte de NNA con discapacidad, ya que los condicionamientos de su autonomía deben tener en cuenta —al igual que en el caso del resto de niñas y niños— dos cuestiones: su edad y madurez. La prohibición de institucionalización por razón de discapacidad es otra de las manifestaciones del modelo social, así como la obligación de los Estados de garantizar un sistema de educación inclusivo y el derecho de los NNA con discapacidad a ser escuchados.

1.3. Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños

Temporalmente situada entre las dos convenciones mencionadas precedentemente, la CH96 fue suscripta el 19 de octubre de 1996 en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, luego de haberse planteado el objetivo de revisar su antecedente, el Convenio de 1961 relativo a la Competencia de autoridades y Ley aplicable en materia de protección de Menores.

El convenio entró en vigor el 1 de enero de 2002 y ha sido ratificado a septiembre 2020 por 52 Estados.

Argentina suscribió el instrumento el 11 de junio de 2015 y el Congreso lo aprobó el 26 de noviembre de 2015, a través de la Ley 27.237. Sin embargo, y a pesar de este ineludible paso institucional, el instrumento no ha sido ratificado internacionalmente por el país. Por lo tanto, aun no tiene vigor en nuestro medio⁷. Con todo, muchas de sus previsiones han sido la fuente de inspiración primordial en materia de responsabilidad parental y otras medidas de protección en el Código Civil y Comercial de Argentina (CCyCN), en vigor desde

⁷Actualmente, se encuentra en discusión en el Parlamento nacional, el proyecto de ley modificatoria de la Ley 27.237, a fin de solventar algunos inconvenientes relacionados con la traducción del instrumento acompañado en su oportunidad, como requisito previo para que el procedimiento de ratificación avance. El proyecto ingresó al Senado de la Nación el 28/03/2019 desde el Poder Ejecutivo Nacional y obtuvo dictamen favorable de la comisión de Relaciones Exteriores el 18/07/2019. (Expediente Senado: 0054-PE-2019). En el mensaje de elevación, el Poder Ejecutivo da cuenta que *“en la traducción que ha sido incorporada a la Ley, se aprecian algunas imprecisiones en cuanto a terminología, que podrían derivarse en situaciones confusas a la hora de la puesta en práctica del Convenio en nuestro país. A modo de ejemplo, en la traducción argentina en lugar de responsabilidad parental, se habla de responsabilidad paterna, o de tenencia en lugar de tutela”*.

2015⁸. Además, su incorporación al ordenamiento jurídico nacional goza de un amplio consenso doctrinario⁹.

El CH96 es superador no solo de la Convención de 1961 sino también del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH80). Cuenta con un ámbito de aplicación más amplio que aquellos y dispone una nutrida gama de medidas de protección de los niños de carácter civil. Recapta los principios instaurados por la CDN89 -posteriores en su sanción al Convenio CH80-. Entre ellos mencionamos: interés superior del niño, no discriminación, derecho del niño a ser escuchado y derecho al niño a mantener contacto con ambos progenitores¹⁰.

Según su primer artículo, los aspectos regulados por el CH96 se refieren a la determinación del Estado cuyas autoridades gozan de jurisdicción internacional en materia responsabilidad parental y para la adopción de medidas tendientes a la protección de la persona o la propiedad del NNA, a establecer la ley aplicable y facilitar el reconocimiento y ejecución de medidas protectorias en todos los Estados contratantes, así como a la instauración de instancias de cooperación cuando sean necesaria para el cumplimiento de estos objetivos¹¹.

1.4. Referencias e interacciones

Indudablemente, la CDN89 ha proyectado su impronta en la CH96 y en la CDPD06, pues ambos documentos hacen alusión explícita a ella en sus preámbulos. De manera más genérica la CH96¹² y de modo mucho más detallado la CDPD06, que se refiere específicamente a la situación de los NNA

⁸Libro VI, Título IV, Capítulo 3, Sección 7ma, Arts. 2639 a 2641 del CCyCN, referentes a responsabilidad parental, tutela y otras instituciones similares y medidas urgentes de protección. Según los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: *“El centro de gravedad en la materia “Responsabilidad parental y otros institutos de protección” se ha fijado en la residencia habitual del niño, o centro de vida, que es la tendencia recogida en las legislaciones nacionales a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es también la solución prevista en la Convención de La Haya de 1996 relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que nuestro país no ha ratificado, pero que expresa los consensos actuales sobre la materia.”* El texto se puede consultar en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁹Durante 2019, la Sección Derecho internacional privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, incluyó entre las conclusiones de la labor llevada a cabo en su congreso anual la de urgir al Congreso Nacional la aprobación de la modificación de la ley 27.237 aprobatoria de la CLH96.

¹⁰ Duncan, William. “Enfoque Especial: el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños”, en *The Judges’ Newsletter/Boletín de los Jueces*, vol. X, otoño 2005, Disponible en: <http://hcch.e-vision.nl/upload/autumn2005s.pdf>.

¹¹ Art. 1 CH96.

¹² “Deseando establecer disposiciones comunes a tal fin, teniendo en cuenta el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989”

con discapacidad e incorpora la perspectiva de género al referirse a las mujeres y niñas con discapacidad, a la vez que destaca el rol trascendental de la familia en el aseguramiento de los derechos que reconoce¹³.

Tras un largo debate acerca de la necesidad de incorporar un capítulo específico referido a NNA con discapacidad en la CDPD06, se llegó a una solución que derivó en la inclusión del art. 7¹⁴. No solo se logró alcanzar un consenso respecto del citado artículo específico sobre infancia con discapacidad, sino que se abordó el tema desde una doble perspectiva: sumado al artículo particular se asumiría un enfoque transversal a lo largo del instrumento, con el objetivo de encarar el contexto de la infancia con discapacidad de una manera integral. Es por ello que la CDPD06 ha tenido en cuenta la consideración de la niñez en el Preámbulo y en numerosos artículos.

Obviamente, ninguno de los convenios anteriores menciona el CDPD06 por una evidente cuestión cronológica, pero es de destacar que el CDN89 no fue indiferente al tema de la discapacidad. El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 9 “Los derechos de los niños con discapacidad” resaltó que la CDN89 constituyó el primer tratado de DDHH que contuvo referencia

¹³“d) Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,”...”q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación,”...”r) Reconociendo también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño,”...”x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones,”

¹⁴Art. 7 CDPD: “1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños con discapacidad tengan derecho a expresar sus opiniones libremente sobre todas las cuestiones que los afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.”

específica a la discapacidad, al aludir a la no discriminación en su art. 2 y más específicamente, en las cuatro partes del art. 23¹⁵, que establecen obligaciones para los Estados¹⁶.

La Observación analiza en particular la especial situación de diversos derechos reconocidos en la CDN89 en relación a los NNA con discapacidad. Rescatamos a efectos de esta ponencia la referencia formulada al entorno más próximo del NNA, al reconocer que las familias afrontan situaciones particulares a lo largo de la vida del niño o la niña, y asumen mayores necesidades de diferentes tipos vinculadas al cuidado, rehabilitación y educación, lo que aumenta el nivel de vulnerabilidad del NNA a raíz de su discapacidad. Entiende el documento, en definitiva, que el centro de vida es la mejor opción para el desarrollo de NNA con discapacidad.

Justamente, la traducción jurídica de esa idea, la residencia habitual del NNA, es el polo de gravedad de las soluciones otorgadas por el CH96 a la jurisdicción y el derecho aplicable. No obstante, dicha característica no es la única que permite y aconseja su articulación con la CDN89 y la CDPD06. Diversas aristas de la CH96 dan cuenta de la aptitud del instrumento para actuar como herramienta de construcción de soluciones de DIPr. respetuosas de los DDHH de NNA con discapacidad.

¹⁵ Artículo 23 CDN: 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

¹⁶ Bertolé, Cecilia, "La protección especial de niños, niñas y adolescentes con discapacidad", en *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada*, Buenos Aires, Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial Ciudad de Buenos Aires, 2019, p. 381 y ss.

La CH96 identifica las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias. De esta manera, no solo se minimiza la posibilidad de decisiones contradictorias, sino que se disipa el peligro de demoras en la adopción de decisiones de protección por desencuentros entre las autoridades en la determinación de la competencia¹⁷. Si bien se sigue como regla la competencia de las autoridades del país donde el NNA tiene su residencia habitual, se validan las intervenciones de autoridades de cualquier país donde el NNA se encuentre tome las medidas de protección provisionales o de emergencia necesarias. A su vez, en estos casos, no se disocia *ius* y *forum*, lo que redundará en agilidad y posibilidad de materialización efectiva de las medidas. En efecto, el tratado determina la ley aplicable y permite el reconocimiento y la ejecución de las medidas adoptadas en un Estado contratante en todos los demás Estados contratantes.

El mecanismo de cooperación diseñado es otro de los aspectos que pueden coadyuvar a garantizar el respeto de los NNA con discapacidad, a través de la actuación de Autoridades Centrales que tienen el mandato de generar una suerte de “clima de cooperación”¹⁸ y fueron pensadas para generar una red destinada al intercambio de información y la colaboración necesaria entre las autoridades administrativas (en materia de protección del niño) y judiciales de los diferentes Estados contratantes, permitiendo la integración de sistemas público y privado. Este aspecto es fundamental en casos de NNA con discapacidad, a los efectos de no realizar abordajes fragmentados alejados de la consideración de NNA como una unidad y que, a la larga, dificulten el acceso al ejercicio de sus derechos¹⁹.

Como se sabe, la CH96 está llamada a ser una “aliada” natural de la CHCCH80 y en el precedente que se analiza en la segunda parte se percibe meridianamente la conveniencia de una aplicación coordinada de ambos instrumentos²⁰.

Es de remarcar que el CH96 toma en cuenta la amplia variedad de instituciones jurídicas y sistemas de protección que existen alrededor del mundo y no pretende crear una ley internacional uniforme para la protección de los niños, pues parte de la premisa que estos lineamientos básicos se encuentran ya en la CDN89.

El panorama expuesto, a la luz de del imprescindible diálogo de fuentes que debe campear en este sector de confluencia entre realidad y respuesta jurídica,

¹⁷ La CH96 alienta incluso la utilización de comunicaciones directas para las consultas pertinentes.

¹⁸ Para profundizar acerca del mecanismo establecido, Dreyzin de Klor, Adriana y Harrington, Carolina, “Cooperar para resguardar: la apuesta convencional para proteger a niñas, niños y adolescentes”, RDF N° 87, Buenos Aires, La Ley, 2018.

¹⁹ Bertolé, ob. cit.

²⁰ Castro, Florencia y Rubaja, Nieve “El convenio de La Haya de 1996 sobre protección internacional de niños y su interrelación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de niños” en Tenorio Godínez, Lázaro, Rubaja Nieve y Castro Florencia (coords.) *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, ed. Porrúa, 2017, p. 409 y ss.

no hace más que reflejar la íntima vinculación que existe entre el DIPr. y los DDHH, campo fértil en el cual germina una nueva arquitectura de fuentes²¹ que debe diseñar en ese andamiaje un espacio seguro para los grupos más vulnerables y entre ellos, los NNA con discapacidad.

2. Un caso testigo de la jurisprudencia argentina

Un caso real tramitado ante los tribunales de Argentina puede graficar de manera más acabada la relevancia de una mirada que contemple la complejidad de presente situaciones de plurivulnerabilidad (niñez, migración, discapacidad).

Se trata de “F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo”²², que transitó entre 2008 y 2011 por un juzgado de primera instancia, una cámara de apelaciones y llegó finalmente a la Corte Suprema de Justicia del país.

El caso tiene como protagonistas dos niñas, de nacionalidad peruana. T. L. y B. N. nacieron en Perú el 4/7/2001 y el 22/7/2003, respectivamente, vivieron allí junto con sus padres hasta julio de 2004. En varias oportunidades se trasladaron transitoriamente a Argentina para proveer asistencia médica a T. L., con una condición de síndrome de down y una anomalía ano-rectal severa. Durante 2006, las niñas viajaron con su madre a Argentina en ese mismo contexto, con motivo de una intervención quirúrgica a T.L. y la consecuente rehabilitación. El progenitor se trasladó a Argentina por un corto período, ante la extensión de la rehabilitación más allá de lo previsto. Luego, en agosto de 2007 la madre retornó a Argentina, donde habita su familia, con las niñas a fin de hacer un control médico de T. L. Para ello, el padre extendió un permiso de salida sin especificación de retorno.

Ante la voluntad materna de permanecer en Argentina, el padre solicitó la restitución de las niñas a Perú, alegando la configuración de una retención ilícita. La solicitud de restitución se entabló el 26 de marzo de 2008. En primera instancia, se ordenó la restitución por configurarse los postulados convencionales. En cambio, la Cámara de apelaciones interviniente revocó la decisión y desestimó la restitución peticionada, fundamentalmente en atención a un supuesto arraigo de las niñas en Argentina. El papá, solicitante, acudió a

²¹Dreyzin de Klor, Adriana y Britos, Cristina, “El Derecho Internacional Privado Argentino bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño: ¿y si 30 años son solo el comienzo?” en *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Dossier*, Número 23, diciembre 2019- mayo 2020, Buenos Aires, Argentina, pp. 35-62.

²² CSJN (Argentina), 8 de noviembre de 2011. Fallos: 334:1287.

través de un recurso extraordinario a la CSJN. La CSJN hizo lugar al recurso y ordenó el regreso de las niñas a Perú.

En lo que aquí respecta y circunscribiéndonos a los aspectos que hacen a los temas de esta ponencia, vale la pena reparar en las particularidades del caso expresadas por el Máximo Tribunal argentino al considerar la situación de T.L.

- La niña se encontraba en Argentina bajo el debido cuidado y seguimiento profesional. Estaba integrada al medio social en que vivía, pero la adaptación había sido lograda a partir de la retención ilícita que el Tribunal estimaba configurada. En la decisión asumida, esta adaptación, así como las nuevas eventuales dificultades en su evolución que podría producir su traslado, no resultaron óbice -a criterio del tribunal- para la aplicación del CH 1980. Se tuvo en cuenta que, durante la estadía de T.L en Perú, su padre F. R. se preocupó y ocupó de la salud y del desarrollo educativo de su hija, al brindarle la misma asistencia psicoterapéutica.

- El derecho a la salud y su debida preservación, encuentran un marco de protección en: arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño (derecho a acceder a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, 23 de la misma Convención

- El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 9 (2006), entre otras recomendaciones vinculadas con los derechos de NNA con discapacidad destacó que las medidas deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad.

- La CDPD06 reconoce que los NNA con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, recuerda las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño y prevé que en todas las actividades relacionadas con los menores con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño (art. 7°).

- Los tribunales están obligados a atender primordialmente el citado interés, y a tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la CDN.

- el art. 7° del CH 1980 establece que las Autoridades Centrales cumplen un rol primordial en los procesos de restitución y tienen la obligación de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el

funcionamiento eficaz del convenio y el retorno seguro de los menores. La primera parte de la Guía de Buenas Prácticas destinada al funcionamiento de las Autoridades Centrales contempla que dicha colaboración no sólo debería implicar contar con la asistencia de los agentes locales —fuerzas de seguridad, tribunales y organizaciones sociales—, sino también el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, de modo de facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en el caso de resultar apropiado (conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, pto. 3.18, pág. 42).

- El art. 7º también obliga a las Autoridades Centrales a prevenir que el menor sufra mayores daños —facultándolas para adoptar las medidas provisorias que correspondan— y a garantizar la restitución del menor sin peligro, propiciando que los organismos de protección a la infancia hayan sido alertados de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento del retorno en los casos en que su seguridad esté en entredicho, hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente.

- Trae a colación la posibilidad de implementar “órdenes de retorno sin peligro del menor”, esto es procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución (conf. ptos. 3.18 y 6.3, págs. 41/42 y 79 de la Guía, respectivamente).

En el escenario fáctico y jurídico descripto y a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de T. L. requería, y preservando que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, la CSJN ordenó a la Autoridad Central argentina que —por medio de los mecanismos adecuados— informe a la Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo T.L en Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor. También dispuso que se ponga en conocimiento de la Autoridad Central peruana la urgencia con que -a su criterio- debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las niñas, dadas las particularidades que presenta el caso.

Como es criterio jurisprudencial ya asentado, exhortó, por último, a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual requerimiento

dirigió a la jueza a cargo de la causa, para que comande la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Aun cuando el caso reseñado se desarrolló con anterioridad a la entrada en vigencia del actual CCyCN que contiene normas específicas referidas a las medidas de regreso seguro, e, incluso, de la elevación a rango constitucional de la CDPD, la historia de esta familia muestra a las claras la necesidad de contar con herramientas como las que proporciona la CH96, sobre todo, en materia de medidas de protección y mecanismos de cooperación, desde una perspectiva transversal de DDHH.

3. Conclusiones

Un abordaje transversal de la situación de la niñez y adolescencia con discapacidad en escenarios de internacionalidad invita al DIPr. a interactuar metodológica y normativamente con el Derecho internacional de los DDHH. La aproximación propuesta se vislumbra imprescindible para ir más allá de las cuestiones relativas al derecho aplicable a la capacidad, la jurisdicción para establecer instituciones de protección o el reconocimiento de medidas adoptadas en un sistema jurídico extranjero.

Desde esa premisa, durante los tiempos de “nueva normalidad” será imperioso continuar trabajando en soluciones de DIPr. que tengan al NNA como centro y asuman una perspectiva de la discapacidad acorde al marco consensuado convencionalmente. Esto implica minimizar la mirada desde el modelo de la “enfermedad” para adaptar las soluciones al paradigma “social” de la discapacidad, haciendo valer e interpretando la normativa de acuerdo a esta perspectiva.

Acelerar la marcha hacia la vigencia de la CH96 en nuestros países puede implicar un valioso aporte para resguardar los derechos de la niñez y la adolescencia con discapacidad en contextos transfronterizos.

4. Bibliografía

BERTOLÉ, Cecilia, “La protección especial de niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, en *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada*, Buenos Aires, Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial Ciudad de Buenos Aires, 2019.

CASTRO, Florencia y RUBAJA, Nieve “El convenio de La Haya de 1996 sobre protección internacional de niños y su interrelación con el Convenio de La

Haya de 1980 sobre sustracción de niños” en TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, RUBAJA Nieve y CASTRO Florencia (coords.) *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, México, ed. Porrúa, 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17 30 noviembre 2017.

DREYZIN DE KLOR, Adriana y BRITOS, Cristina, “El Derecho Internacional Privado Argentino bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño: ¿y si 30 años son solo el comienzo?” en Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Dossier, Número 23, diciembre 2019-mayo 2020, Buenos Aires, Argentina.

DREYZIN DE KLOR, Adriana y HARRINGTON Carolina, “Cooperar para resguardar: la apuesta convencional para proteger a niñas, niños y adolescentes”, *RDF* N° 87, Buenos Aires, La Ley, 2018.

DUNCAN, William. “Enfoque Especial: el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños”, en *The Judges Newsletter/Boletín de los Jueces*, vol. X, otoño 2005, Disponible en: <http://hcch.e-vision.nl/upload/autumn2005s.pdf>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD / BANCO MUNDIAL, *Informe Mundial sobre la discapacidad*, Disponible en: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cermi, Ed. Cinca, 2008.

UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Notas de Orientación Programática sobre Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad 2018-2021*, <https://www.unicef.org/lac/media/6551/file/PDF%20publicaci%C3%B3n%20Notas%20de%20orientaci%C3%B3n%20program%C3%A1tica%20sobre%20ni%C3%B1os,%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%20con%20discapacidad.pdf>