

Reflexiones sobre la judicialización de la designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en Argentina

Reflections on the judicialization
of the designation of the Defender
of the Rights of Girls, Boys and Adolescents
in Argentina

*Isaac Marcelo Basaure Miranda*¹

¹Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina)

isaacbasaure@gmail.com

ORCID: 0000-0002-3242-0144.

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1719>

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar las causas y antecedentes que han contribuido a que, en Argentina, la designación del Defensor del Niño se haya judicializado. En el fallo caratulado “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otros s/Amparo ley 16.986”, (expediente N° 15581/2015), publicado el 9 de marzo de 2017, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Número 3, exhortó al Congreso de la Nación, debido a su dilación, a designar un Defensor del Niño para dar cumplimiento a lo establecido en la ley 26.061.

Recibido: 15/08. Evaluado: 09/10. Aprobado: 27/10

PALABRAS CLAVE: defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuestiones políticas no justiciables, Convención de los derechos del niño, ley 26.061

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the causes and precedents that have contributed to the fact that, in Argentina, the designation of the Ombudsman for Children has been judicialized. In the ruling entitled "South Argentina Foundation and others c / Honorable Chamber of Senators of the Nation and other s / Amparo Law 16.986", published on March 9, 2017, the National Court of First Instance in the Federal Administrative Contentious Number 3, exhorted the Congress of the Nation, due to its delay, to appoint an Ombudsman to comply with the provisions of law 26.061.

KEYWORDS: ombudsman for the rights of children and adolescents, political issues not justiciable, Convention on the rights of the child, law 26.061.

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Origen e importancia del defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la legislación argentina. 3) Las cuestiones políticas no justiciables. 4) La omisión legislativa del congreso de la nación. 5) Conclusión. Bibliografía.

1.

INTRODUCCIÓN

El día 28 de septiembre de 2005, la Cámara de Diputados y el Senado de la Nación Argentina, reunidos en Congreso Nacional, sancionaron la ley 26.061², también llamada «Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes». La norma fue reglamentada por el Decreto 415/2006³ del día 17 de abril del año 2006. En su art. 47, la precitada ley ordenó la creación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante DDNNA). El objetivo que se perseguía con esta figura era el de garantizar que el principio del interés superior del niño sea respetado y observado en el dictado de normas y en la formulación de políticas públicas. De esta manera, el Estado argentino contribuía a armonizar su normativa con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ (en adelante CDN). Argentina ratificó la CDN mediante ley 23.849⁵, sancionada el 27 de septiembre del año 1990, la cual, en su artículo 3, dispone que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»³. Asimismo, en su artículo 49⁶, la ley 26.061 contemplaba la creación de una Comisión Bicameral dentro del ámbito del Congreso Nacional, la cual evaluaría a los candidatos a cubrir el cargo de DDNNA, a la vez que disponía que su titular debía ser designado dentro de los noventa días de sancionada la ley. Sin embargo, tal nombramiento jamás se produjo, como así tampoco la creación de la Comisión Bicameral.

² Congreso de la Nación Argentina. Ley 26.061. 2005. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

³ Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 415/2006. 2006. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/115526/norma.htm>

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁵ Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.849. 1990. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

⁶ Artículo 49 de la ley 26.061: «El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes será propuesto, designado y removido por el Congreso Nacional, quien designará una comisión bicameral que estará integrada por diez miembros, cinco de cada Cámara respetando la proporción en la representación política, quienes tendrán a su cargo la evaluación de la designación que se llevará a cabo mediante un concurso público de antecedentes y oposición. Las decisiones de esta Comisión se adoptarán por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. El Defensor deberá ser

El 28 de noviembre de 2012 —siete años después de sancionada la ley 26.061— las Comisiones de Peticiones, Poderes y Reglamento, y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Congreso Nacional, aprobaron el proyecto de resolución 1598/12⁷, presentado por el senador por la Unión Cívica Radical (en adelante UCR), Gerardo Rubén Morales, el cual resolvía crear la Comisión Bicameral prevista en la ley 26.061. Un año más tarde, la Cámara de Diputados hizo lo propio, según consta en el orden del día N° 2825⁸, impreso el 29 de noviembre de 2013; en él se consideró el proyecto de resolución de la diputada María Luisa Storani (UCR) ordenándose crear la Comisión Bicameral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 26.061.

A pesar de que, tanto la Cámara de Senadores como la de Diputados, a través de sendos proyectos de resolución resolvieron la creación de la Comisión Bicameral, esta no fue conformada sino hasta mucho más tarde, precisamente, el 31 de mayo de 2017⁹. La integración de la Comisión Bicameral fue ordenada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, a cargo de la Dra. Claudia Rodríguez Vidal, con el objetivo de efectivizar la sentencia del fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/ en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otros s/Amparo ley 16.986”¹⁰. En el citado fallo se admitió la acción de amparo promovida por: la Fundación Sur Argentina, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Asociación Civil por los Derechos de la Infancia (ADI), el Equipo Latinoamericano de Justicia de Género (ELA) y la Fundación Poder Ciudadano; las cuales exigían la pronta designación de un DDNNA. Finalmente, el juzgado exhortó al Congreso de la Nación a cumplir con la ley 26.061, para designar, en lo inmediato, un DDNNA.

Presentados los antecedentes, en el presente trabajo se procederá a analizar las causas por las cuales el nombramiento del DDNNA, en Argentina, desembocó en una intervención del Poder Judicial dentro de una esfera propia del Poder Legislativo, alcanzando, de este modo, la categoría de cuestión política justiciable.

designado dentro de los noventa (90) días de sancionada esta ley y asumirá sus funciones ante el Honorable Senado de la Nación, prestando juramento de desempeñar fielmente su cargo».

⁷ Senado de la Nación Argentina. Proyecto de Resolución S-1598/12. 2012. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/317857/downloadPdf

⁸ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 2825. 2013. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2825.pdf>

⁹ Redacción de Diario Clarín, «Conforman la Comisión Bicameral que designará al defensor del Niño», *Diario Clarín*, 31 de mayo de 2017. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/conforman-comision-bicameral-designara-defensor-nino_0_ryHjoc3-b.html

¹⁰ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°3. 09. 03.17., expediente N°15581/2015. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-3-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-sur-argentina-otros-en-honorable-camara-senadores-nacion-otro-amparo-ley-16986-fa17100002-2017-03-09/123456789-200-0017-1ots-eupmocsollaf>

2.

ORIGEN E IMPORTANCIA DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, consideró que la falta de designación de un DDNNA, por parte del Congreso Nacional, vulneró la ley 26.061, afectando el acceso a la justicia y el derecho a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA): «El incumplimiento del precepto normativo configura una omisión que lesiona el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes diseñado en la ley 26.061, con la consiguiente afectación de sus derechos»⁹. En este orden de ideas, es importante mencionar que la Constitución Nacional argentina (en adelante CN), en su artículo 75, inc. 23¹¹, dispone que corresponde al Congreso Nacional promover las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en la CN y en los tratados internacionales por ella reconocidos, a los NNyA, considerándolos un grupo vulnerable respecto al acceso a la justicia.

En el año 1990 Argentina ratificó, mediante ley 23.849, la CDN, obligándose a cumplir con sus preceptos. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), aprobada por Argentina el 1 de marzo de 1984 mediante ley 23.054¹², en su artículo 19, sostiene que: «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado»¹³. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), en su Observación General N° 2, correspondiente a su 32° período de sesiones del 13 al 31 de enero de 2003¹⁴, alentó a los Estados signatarios de la CDN a crear una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la CDN.

¹¹ Artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional Argentina: «Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

¹² Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.054. 1984. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Consulta 12 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observación General N° 2, 32° período de sesiones del 13 al 31 de enero de 2003. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

El comité sostuvo que las instituciones nacionales independientes de derechos humanos —el DDNNA constituye un ejemplo de tales instituciones— representan un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la CDN. Por lo que la puesta en práctica de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados partes al ratificar la CDN.

Atento a los antecedentes mencionados en los párrafos anteriores, el Estado argentino, a los fines de hacer efectivo el artículo 4 de la CDN, comenzó a desarrollar e impulsar reformas legislativas. La obligación constitucional de armonizar la legislación interna para dar cumplimiento a las disposiciones de la CDN propició el nacimiento de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061). El artículo 2º de la misma, refuerza esta aseveración al establecer que la CDN: «Es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad»¹. La importancia de la reglamentación de la ley 26.061 fue subrayada por el Poder Ejecutivo Nacional —por entonces encabezado por el Dr. Néstor Kirchner— ya que en el Decreto 415/2006, se afirma que:

El Poder Ejecutivo Nacional considera de gran trascendencia reglamentar la Ley N° 26.061 a fin de otorgar una dinámica a la estructura normativa que sirva de elemento de integración conforme reglas orientadoras de acciones, y que integre y delimite la interpretación y preserve su unidad sistemática, a fin de que sea plenamente eficaz en la protección integral que el Estado Nacional debe dar a la Niñez².

El DDNNA surgió entonces como un órgano para garantizar el acceso a la justicia de los NNyA. A los fines de lograr una mayor comprensión, respecto al espíritu con el cual fue concebida esta figura dentro del ordenamiento jurídico argentino, resulta oportuno examinar los fundamentos del proyecto legislativo que le dio origen. En el orden del día N° 1281, correspondiente a las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación del año 2004¹⁵, figuran algunos valiosos argumentos que justifican la creación de un DDNNA en Argentina. Así, la diputada Hilda González de Duhalde, autora del proyecto, expresó: «La perspectiva de los niños debe promocionarse de una manera más sistemática y eficiente para que sus derechos, necesidades e intereses cuenten con todos los reaseguros jurídicos e institucionales que garanticen su ejercicio y defensa»¹⁴, como se puede apreciar en esta

¹⁵ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 1281. 2004. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-122/122-1281.pdf>

declaración, la creación del DDNNA buscó reforzar la institucionalidad de las políticas proactivas que promueven el ejercicio de derechos consagrados en la CDN. Luego, la diputada declaró: «Un defensor de los niños que sea la cara que hace oír los derechos de los niños y los jóvenes y que sea capaz de considerar la evolución social de acuerdo a su perspectiva»¹⁴, con esta declaración, la legisladora señala la importancia sustancial que detenta el DDNNA, toda vez que tiene a su cargo la representación colectiva de los NNyA. En el mismo tenor, se expresa el artículo 55, inc. a) de la ley 26.061, al describir una de sus principales funciones: «Promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes»¹. Aquí es pertinente mencionar que el Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 3, al exhortar al Congreso Nacional a nombrar un DDNNA, tuvo en cuenta que: «En el caso se reclama el cumplimiento del trámite parlamentario tendiente a la designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, pretensión que consiste en un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, específicamente, los titulares de esos derechos»⁹. La necesidad de que el colectivo de NNyA cuente con un defensor, según la diputada González de Duhalde, radica en que: «Los niños y jóvenes no tienen ni autodeterminación ni derecho al voto y tienen muy pocos canales para expresar sus opiniones a las personas a su cargo de la toma de decisiones. Los niños y los jóvenes tienen dificultades para hacer oír su voz y articular sus necesidades»¹⁴. Con la sanción de la CDN, los NNyA fueron elevados a la categoría de sujetos de derecho y, por tanto, se convirtieron en titulares de derechos, capaces de exigir y demandar ante los órganos de justicia, las vulneraciones y amenazas que el Estado o un particular pueda infligir a sus derechos, como bien se indica en el art. 12.2 de la CDN: «Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional»³. Es por ello que el artículo 48 de la ley 26.061 dispone claramente que el DDNNA debe tener a su cargo «La defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ante las instituciones públicas y privadas y la supervisión y auditoría de la aplicación del sistema de protección integral»¹, por tanto, no es sólo un órgano de defensa sino también de contralor. Es, en este punto, donde la figura del DDNNA adquiere una importancia vital, al ser un ente coordinador cuya misión consiste en ser un vínculo que posibilite, al universo de la infancia, un eficaz acceso a la justicia.

3.

LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

Las cuestiones políticas no justiciables son aquellas que han sido

concebidas como una categoría jurídica que engloba un conjunto de casos llevados a instancia jurisdiccional ante los cuales un juez no puede desplegar la función de oponer dicho asunto a la Constitución para establecer así su constitucionalidad o anticonstitucionalidad, ya que el acto cuestionado es un acto político, producto de la actividad propia y excluyente del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo¹⁶.

Por su parte, desde sus albores, la noción de cuestión política no justiciable ha sido analizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN). Así, podemos mencionar el fallo “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”¹⁷ emitido el día 7 de septiembre de 1893. En la sentencia aludida, la CSJN interpretó que las cuestiones políticas no justiciables, son aquellas en las que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para resolver, es decir que, no puede someterse ante ellos una determinada causa judicial en la que no exista una controversia de intereses o de derechos, y que sólo esté afectada por la política. La naturaleza de una cuestión política no justiciable supone, entonces, un ámbito que escapa al contralor judicial por ser esencialmente político. Continuando con la línea del fallo, se entiende por cuestiones políticas: «Aquellas en que los poderes políticos del Estado han procedido como representantes absolutos de la soberanía nacional; es decir, son sólo aquellas cuestiones de derecho público, en que la ley internacional, que es lo que en el *jus gentium* se llama “ley política”, puede estar afectada»¹⁶. Es decir que son aquellas cuya determinación implicaría una intromisión en la órbita de otro poder, ya sea el legislativo, o ejecutivo; surgen, entonces, para evitar cualquier amenaza potencial que afecte el sostenimiento de la división de poderes. En este orden de ideas, podemos citar como cuestiones políticas no justiciables, en

¹⁶ Gerardo Gastón Morales, «Conflictos entre política y derecho: Un análisis de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y su incompatibilidad con el control judicial de constitucionalidad» (trabajo final de grado, Universidad Empresarial Siglo XXI, 2009) 14, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/11129>

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”. Sentencia del 07 de septiembre de 1893. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-joaquin-cullen-gobierno-provisorio-santa-fe-doctor-baldomero-llerena-inconstitucionalidad-ley-nacional-intervencion-provincia-santa-fe-nulidad-fa93000614-1893-09-07/123456789-416-0003-9ots-eupmocsollaf?>

principio, a las facultades privativas que la CN ha concedido como exclusivas a otros poderes del Estado, entre las que podemos destacar: la forma republicana de gobierno, la autonomía provincial, la intervención federal, la composición de las cámaras del Congreso Nacional, los procedimientos legislativos, el veto del Poder Ejecutivo, las cuestiones electorales, la declaración de estado de sitio, las reformas constitucionales, entre otras.

La cuestión política, por tanto, se torna justiciable al comprobarse, desde un punto de vista contencioso, la existencia de una controversia susceptible de afectar intereses, ya sean colectivos o particulares. El Poder Judicial, en Argentina, tiene la potestad para discernir si una cuestión política es justiciable o no, dado que sobre él recae el control de constitucionalidad, otorgado por el art. 116 de la CN: «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras»¹⁸. En el mismo tenor, Bidart Campos sostiene que la judicialización de las cuestiones políticas, está propiciada por la propia CN, pero va más allá, al sostener que todas las causas deben ser sometidas a juicio, sin excepción: «Bidart Campos afirma que uno de los argumentos más importantes que obligan a su juicio a compartir la tesis del control jurisdiccional amplio de las cuestiones políticas, radica, en nuestro régimen constitucional, en el art. 116 CN, cuando reserva al poder judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, determinantes de la competencia de la justicia federal»¹⁹; por tales motivos, Bidart Campos afirma que: «Dividir las causas en judiciales y políticas (no judiciales) es fabricar una categoría de causas en contra de lo que impone la Constitución»²⁰, en atención a que el art. 116 CN, confiere al Poder Judicial la potestad para intervenir en «todas las causas» y no solamente en algunas. Sin embargo, atentos a las facultades privativas que detentan cada uno de los poderes públicos que componen al Estado argentino, es menester clarificar que el control judicial sólo debe proceder cuando en el caso concreto exista justiciabilidad, es decir, que

si bien debe atenderse a la “naturaleza política” o al “ámbito político” o a los “fines políticos” del caso, lo realmente definitorio es que una cuestión es justiciable, en todas las implicancias que afecten el “bloque de juridicidad” —conformado por principios, declaraciones, derechos y garantías

¹⁸ Constitución de la Nación Argentina. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires. 1994.

¹⁹ Cassagne, Juan Carlos. 2005. «La judicialización de las cuestiones políticas». *La Ley*, diario del miércoles 14 de diciembre: 3.

²⁰ Bidart Campos, Germán. 1964. «La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas, nota al fallo “Wesberry vs. Sanders”, de la Corte Suprema de EE.UU. de febrero de 1964». *JA*, 9-916 y sigs.

contemplados en la CN—, la normatividad constitucional, legal o reglamentaria. Allí donde penetra la juridicidad, debe penetrar la revisibilidad jurisdiccional²¹.

En el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”, el Congreso Nacional rechazó el amparo interpuesto por un grupo de organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs), bajo los argumentos de que la designación de un DDNNA constituye una cuestión eminentemente política, cuya consideración es ajena, por su naturaleza política, a un proceso judicial: «No existe en la especie una verdadera controversia o caso judicial que habilite el conocimiento del Poder Judicial, ya que las amparistas no han invocado un interés directo, concreto, inmediato o sustancial que las afecte en su carácter institucional, ni ha demostrado la producción, entidad y gravedad de las supuestas lesiones colectivas a los derechos de los niños»⁹. Pese a ello, el Congreso Nacional fue incapaz de evitar la judicialización de la contienda debido a que la existencia de una cuestión política no justiciable, no pudo ser acreditada, dado que la dilación en el nombramiento del DDNNA fue considerada una omisión legislativa: «No se ha acreditado la existencia de una cuestión política no justiciable pues la demora en la realización del procedimiento de designación del Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, impide considerar que hubiese existido el desarrollo natural de los procesos políticos y parlamentarios, configurándose —por el contrario— una omisión legislativa que justifica la procedencia del ejercicio del control judicial»⁹. Por tal motivo, el juzgado dio por sentado que la omisión legislativa del Congreso Nacional implicaba una cuestión política justiciable.

4.

LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN

La omisión legislativa perpetrada por el Congreso Nacional durante doce años —la ley 26.061 que designó al DDNNA se sancionó en 2005, pero su disposición fue cumplida, por sentencia judicial, recién en el año 2017— hizo posible que un conjunto de ONGs presentaran, en el año 2015, un amparo ante la justicia bajo los términos del artículo 43 de la CN²², para ordenar se cumpla con el nombramiento de un DDNNA.

²¹ Haro, Ricardo. 1994. «El control jurisdiccional y las “cuestiones políticas”: Nuevas perspectivas». *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina*. 8 de septiembre: 19.

²² Artículo 43 de la Constitución Nacional Argentina: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad

El Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3 admitió el citado recurso constitucional, debido a que consideró que este cumplía con los presupuestos que habilitan su interposición. Para tal fin, el juzgado se basó en la jurisprudencia de la CSJN, en concreto, en el fallo “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”²³, en el cual la CSJN exhortó al Congreso Nacional a designar, prontamente, un Defensor del Pueblo de la Nación. Aquí, el máximo tribunal argentino reconoció que «de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva»⁹ en tanto demuestren que se cumplan los siguientes requisitos: la existencia de un hecho capaz de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos (en este caso, el hecho lesivo lo constituye la falta de designación del DDNNA, mientras que la pluralidad de sujetos está integrada por los NNyA); que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes para toda la clase involucrada (efectivamente, el amparo de las ONGs pretendía lograr un beneficio —designación de un DDNNA— de efectos comunes para todo el colectivo de la infancia y adolescencia); y, por último, probar que de no reconocerse la legitimación procesal reclamada, se estaría comprometiendo el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir. Respecto a este último requisito, el juzgado interpretó que, de no admitirse el recurso de amparo para obligar al Congreso Nacional a designar al DDNNA, se estaría violentando el acceso a la justicia del colectivo de los NNyA: «La circunstancia que en autos se pretenda la designación de la autoridad que en el diseño institucional de la ley 26.061 posee la función de tutelar el acceso judicial de niñas, niños y adolescentes (conf. Artículo 55, esp. incs. a, b, c, d, e), demuestra la existencia del último de los recaudos mencionados, es decir, aquel que se refiere a que debe estar comprometido seriamente el “acceso a la justicia”»⁹.

La admisibilidad del recurso de amparo interpuesto por las ONGs, por parte del juzgado, resultó clave para habilitar la intervención judicial en el nombramiento de un DDNNA. De esta manera, al probarse la legitimación procesal de la parte actora (ONGs), se cumplió con el presupuesto de controversia exigido por la CSJN, haciendo del caso una cuestión justiciable. No obstante ello, la Cámara de Senadores, evacuando el informe que

manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” sentencia del 18 de agosto de 2016, fallos 339:1077. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/> Consulta: 12 de diciembre de 2017.

exige el artículo 8 de la Ley 16.986²⁴ de Acción de Amparo, arguyó: «Que la circunstancia de que por el momento el Congreso Nacional no haya designado formalmente un Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, es una cuestión netamente política reservada exclusiva y excluyentemente al Poder Legislativo y ajenas al control del Poder Judicial»⁹. En igual sentido se manifestó la Cámara de Diputados: «El thema decidendum planteado en autos constituye una cuestión sustancialmente política que sólo puede resolverse por los mecanismos propios del ámbito parlamentario»⁹. Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué el juzgado consideró que la dilación en la designación del DDNNA en Argentina, constituía una cuestión justiciable? La respuesta a este interrogante es la constatación de una evidente omisión legislativa por parte del Congreso. A este respecto, es preciso definir el concepto de «omisión legislativa»: según Guillermo F. Treacy, es una noción que comprende «aquellos supuestos en que el legislador, democráticamente electo, omite el dictado de una norma que el poder constituyente le encomienda dictar»²⁵. Ahora bien, tal incumplimiento puede materializarse por medio de acción (cuando se legisla una norma que violenta la CN) o por omisión («cuando no ejerce la potestad legislativa en el modo o en las oportunidades previstas por la Constitución»²⁴). En consecuencia, la falta cometida por el Congreso Nacional, al no designar un DDNNA, debe ubicarse dentro de un incumplimiento legislativo producido por omisión. En relación a lo expuesto, Treacy afirma que deben diferenciarse dos tipos de omisión: absoluta y relativa, siendo las omisiones absolutas aquellas que recaen «en la no producción de la norma legal que el legislador esté obligado a dictar»²⁶; mientras que las relativas operan en aquellas hipótesis en que «la norma se dicta, pero en cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador»²⁵. Como se observa, la omisión legislativa cometida por el Congreso Nacional es de naturaleza relativa, toda vez que no ha procedido a dar cumplimiento a la previsión de ordenar la designación de un DDNNA, conforme a lo dispuesto en el art. 49, segundo párrafo, de la ley 26.061; además debe añadirse que tal omisión legislativa, y relativa, es también inconstitucional, ya que al no ejecutar el nombramiento del DDNNA se afectó a un grupo especialmente vulnerable, como es el de la infancia, incumpliendo el deber que recae sobre los Estados partes de la CDN, relativo a adjudicar una

²⁴ Artículo 8 de la ley 16.986: «Cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamento de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que fije». Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>

²⁵ Treacy, Guillermo F. 2016. «Control judicial de la omisión legislativa: Variaciones en torno a su admisibilidad y posibilidades». *Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*. Octubre: 449.

²⁶ *Ibíd.*, 450-451.

consideración primordial al interés superior del niño, toda vez que la CDN posee rango constitucional concedido por el art. 75. inc. 22²⁷ de la CN. Ante este contexto,

la violación a la Constitución que significa la inconstitucionalidad por omisión en cualquiera de sus variantes (...) no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente, no instrumente a su vez remedios procesales para atacar a aquella inconstitucionalidad por omisión. Caso contrario, el remedio contra este tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. En definitiva, pues, es al Poder Judicial a quien le toca diseñar tales vías procesales, si el legislador común no lo hace²⁸.

La inactividad del legislador argentino ha quedado cristalizada, toda vez que el artículo 49 de la ley 26.061 ordenaba al Congreso Nacional designar un DDNNA dentro de los noventa días de sancionada la ley, pero el hecho es que transcurrieron, nada más ni nada menos, que doce años sin que tal disposición se cumpliera; por tanto, el vencimiento del plazo legal y el incumplimiento parlamentario quedaron claramente comprobados. El Congreso Nacional, en efecto, lesionó durante doce años al colectivo de NNyA, al privarlos de una institución crucial para el acceso a la justicia, como lo es el DDNNA. La pasividad demostrada por ambas cámaras del Congreso Nacional no pudo justificarse en sede judicial, porque el hecho de la ausencia de un titular de la defensoría de los derechos de los NNyA resultó, a todas luces, innegable. Inclusive, ni siquiera se había procedido a cumplir con la integración de la Comisión Bicameral encargada de confeccionar las ternas de candidatos para cubrir el cargo de DDNNA: «La mora de la demandada no sólo se cristaliza en la falta de designación efectiva del Defensor, sino que a pesar del tiempo transcurrido ni siquiera se ha integrado la Comisión Bicameral correspondiente y, por ende, no se ha convocado al concurso estipulado por la norma invocada»⁹.

La omisión legislativa también fue observada en el plano internacional, siete años antes de que se emitiera el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”. El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en sus observaciones finales relativas a Argentina, correspondientes al 54º período de sesiones del 25 de mayo al 11 de junio de 2010, señaló, entre sus principales motivos de preocupación, la mora en la designación del DDNNA: «El comité recomienda

²⁷ Artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina: «Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (...) la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos».

²⁸ Sagüés, Néstor Pedro. 2002. «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión». *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 619.

al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para acelerar el nombramiento, por el parlamento, del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y que este se encargue de vigilar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos»²⁹. Pese a la preocupación demostrada por el comité de la ONU, el Congreso Nacional persistió en su omisión, ya que transcurrieron siete años sin que se cumpliera con dicha recomendación.

5. CONCLUSIÓN

Determinar cuándo una cuestión política debe ser justiciable, conlleva implícito analizar si lo que se discute afecta o no la división de poderes, toda vez que la intervención judicial dentro de las atribuciones propias del poder legislativo, o ejecutivo, es susceptible de amenazar el mentado sistema. En la causa que nos ocupa, el irrefutable incumplimiento parlamentario a la disposición del art. 49 de la ley 26.061, que se prolongó durante doce años, habilitó la instancia judicial, atento al amparo colectivo presentado por un conjunto de ONGs, y correctamente admitido por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3; debido a que la inercia demostrada, tanto por la Cámara de Diputados, como por la de Senadores, configuró una flagrante omisión legislativa que lesionó y amenazó el sistema de protección integral de los derechos de las NNyA, diseñado por la ley 23.061, al privarlos, sin razón justificada, de un DDNNA.

Por otro lado, el juzgado, al hacer justiciable la falta de designación de un DDNNA, cumplió las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado argentino, contribuyendo a materializar, tanto los preceptos de la CDN, como las observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

Lo que debe prevalecer, en definitiva, es la exigibilidad de la protección jurídica de los NNyA, en situaciones en que sus derechos colisionen con intereses de los mayores de edad, o de las personas privadas o públicas como es el caso del Congreso Nacional.

Se concluye que, el fallo “Fundación Sur Argentina y otros c/en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/Amparo ley 16.986”, constituye un precedente relevante para discernir en qué casos una cuestión, aparentemente política en su esencia, puede

²⁹ Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observaciones finales: Argentina. 54º período de sesiones del 25 de mayo al 11 de junio de 2010. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf

tornarse justiciable; siendo para ello primordial la comprobación de una omisión legislativa inexcusable, convirtiéndose esta en un presupuesto que habilita el control judicial. Por otro lado, también se deduce que en Argentina, la institución del DDNNA fue violentada, en términos institucionales, desde 2005 (año en que se debió proceder a su designación, tras el vencimiento de los 90 días fijados por el art. 49, segundo párrafo de la ley 26.061 hasta el 9 de marzo de 2017 (fecha en que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Número 3, exhortó al Congreso de la Nación, debido a su dilación, a designar un DDNNA para dar cumplimiento a lo establecido en la ley 26.061).

Para citar este artículo: Basaure, Isaac M. "Reflexiones sobre la judicialización de la designación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en Argentina", *Revista de Derecho. UcuDal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 73-89.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán. 1964. «La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas, nota al fallo "Wesberry vs. Sanders", de la Corte Suprema de EE.UU. de febrero de 1964». *JA*, 9-916 y sigs.
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 1281. 2004. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-122/122-1281.pdf>
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Sesiones Ordinarias. Orden del día N° 2825. 2013. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en:
- Cassagne, Juan Carlos. 2005. «La judicialización de las cuestiones políticas». *La Ley*, diario del miércoles 14 de diciembre: 3.
- Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observación General N° 2, 32° período de sesiones del 13 al 31 de enero de 2003. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

- Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Observaciones finales: Argentina. 54º período de sesiones del 25 de mayo al 11 de junio de 2010. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf
- Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.054. 1984. Consulta 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. Ley 23.849. 1990. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. Ley 26.061. 2005. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- Constitución de la Nación Argentina. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires. 1994.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Consulta 12 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” sentencia del 18 de agosto de 2016, fallos 339:1077. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/> Consulta: 12 de diciembre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”. Sentencia del 07 de septiembre de 1893. Consulta: 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-joaquin-cullen-gobierno-provisorio-santa-fe-doctor-baldomero-llerena-inconstitucionalidad-ley-nacional-intervencion-provincia-santa-fe-nulidad-fa93000614-1893-09-07/123456789-416-0003-9ots-eupmocsollaf>
- Haro, Ricardo. 1994. «El control jurisdiccional y las “cuestiones políticas”: Nuevas perspectivas». *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina*. 8 de septiembre: 19. <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-130/130-2825.pdf>
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3. 09. 03.17., expediente N° 15581/2015. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-3-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-sur-argentina-otros-en-honorable-camara-senadores-nacion-otro-amparo-ley-16986-fa17100002-2017-03-09/123456789-200-0017-1ots-eupmocsollaf>

- Morales, Gerardo Gastón «Conflictos entre política y derecho: Un análisis de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y su incompatibilidad con el control judicial de constitucionalidad» (trabajo final de grado, Universidad Empresarial Siglo XXI, 2009) 14, <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/11129>
- Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 415/2006. 2006. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/115000-119999/115526/norma.htm>
- Redacción de Diario Clarín, «Conforman la Comisión Bicameral que designará al defensor del Niño», *Diario Clarín*, 31 de mayo de 2017. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/conforman-comision-bicameral-designara-defensor-nino_0_ryHjoc3-b.html
- Sagüés, Néstor Pedro. 2002. «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión». *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 619.
- Senado de la Nación Argentina. Proyecto de Resolución S-1598/12. 2012. Consulta 29 de noviembre de 2017. Disponible en: www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/317857/downloadPdf
- Treacy, Guillermo F. 2016. «Control judicial de la omisión legislativa: Variaciones en torno a su admisibilidad y posibilidades». *Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*. Octubre: 449.