

Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición Nº 1. Junio de 2022

PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS-ABOGADO DEL NIÑO

Por Carlos Antonio Romano¹

Ámbito Internacional

Ámbito Internacional: Introducción. El Sistema Internacional de Derechos Humanos de la Niñez. La Convención Americana de Derechos Humanos. Conclusión.

Introducción

La personalidad jurídica tiene su naturaleza y afluyente en la dignidad de toda persona humana, y es su principal derecho tener una vida digna. Algo a lo que los Estados sirven -no demandan- conforme las necesidades y vulnerabilidades de esas personas. Los Estados “no deben” limitar o disminuir un derecho humano declarado en Tratados y Convenios ya firmados justificándose por razón de su propia impericia o alegando falta de recursos. Al hacerlo crean una forma de regresividad al sistema, y a la par recrean una histórica y peligrosa confrontación, Persona vs. Estado.

¹Experto Internacional en Niñez. Doctor en Ciencias Jurídicas con Especialidad en Derechos Humanos. Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Docente de Posgrado. Ex Juez. Ex Embajador y Emisario Presidencial. Escritor Autor de varias obras y ensayos (www.carlosantonioromano.com).

Muchas veces vemos de gobiernos -en ese afán de mimetizar Estado con Ideología- impulsar una mutación interpretativa de convenios, apartándose o extralimitando el margen de apreciación que tiene cada Nación respecto a esta lengua franca que constituye el sistema internacional sobre derechos humanos.

Ser ciudadanos del mundo con iguales derechos en todo lugar importa, para vulnerables y grupos vulnerables, el reconocimiento de un sistema que no los abandona a su soledad, y la existencia de Personas Defensoras de Derechos Humanos que operen por fuera de las decisiones de gobiernos que conducen a Estados. El abogado del niño es esencialmente esto, y se corresponde al mayor grupo de vulnerables mayormente vulnerado.

El Sistema Internacional de Derechos Humanos de la Niñez

Por lo que entonces, lo primero, el marco regulatorio no se induce sino desde el concierto universal y continental que rige el sistema de protección sobre derechos humanos. De lo contrario no se entiende luego su participación en un juicio -más allá del fuero de que se trate-, su petición administrativa o política frente al Estado, ni la concreta función que debe desarrollar. Nada se entiende si el aplicador del Derecho (jueces, coordinadores estatales) y el propio abogado en su capacitación no conocen en profundidad sobre el disciplinado sistema internacional de derechos humanos niñez.

Y es que, puestos en tema, a partir de allí proviene el marco regulatorio que construye la figura “abogado del niño”, es una construcción de derechos humanos frente a lo que una mirada sesgada, las más de las veces acotada al ámbito civil local, termina deformando la acción en una discusión jurídica sin fin.

Ese corpus iuris detenta claros principios y estándares, así el de plenitud de todo derecho, principio de fraternidad, principio de interdependencia de derechos humanos, principio de efectividad, principio de justicia social, principios progresividad y de no regresividad, el notable principio “pro persona” o pro homine, pro debilis.

Recordamos que la Doctrina de los derechos humanos es la base fundamental del actual sistema de Derecho. El proceso actual nace discordando con autoritarismos de Estados para lograr acordar reglas de encuentro. Una convocatoria, si bien no exitosa, nacida tras la Segunda Guerra Mundial para imponerse desde la alianza democrática de todos a aquellos gobiernos que deterioran valores y estándares exigidos luego como derechos elementales.

Pero hoy parece ser que la crisis global e intolerancia social, distrae y permite a los Estados volver a “re deliberar” derechos y protagonismos, a ello se opone a mi parecer una corriente que necesariamente debe ser local o territorial, y congraciarse el Derecho de su ámbito con la realidad cercana, sin jamás apartarse de estos estándares internacionales que fundaron el sistema, en esa alianza y orden, lo universal, lo nacional, lo territorial.

Frente a todo esto existe un restringido margen de interpretación de los países, a los que se impide que funden en el derecho interno alguna forma de reducir, ampliar o incumplir esos estándares internacionales. Eso, con interpretación “originalista”, importa que no sólo la obligación de atención y cumplimiento fuera del juez, quien hasta puede actuar de oficio en virtud de esos valores, sino también de todas las autoridades políticas, todos son responsables en el actuar por cuanto juraron vía la propia Constitución defender el sistema.

Por esto también nuestras exposiciones deben ajustarse a hablar en función del encuentro, la paz y del acercamiento a la verdad que es una única realidad de personas diversas. Y por otra cosa referimos un sistema con derechos humanos consagrados que al aplicarse no debiera paralelamente eliminar otro bien jurídicamente protegido, ya que los derechos humanos no se “desgajan” bajo preferencias o intereses mezquinos, ni se eliminan entre sí, son Doctrina implementada por los abuelos de nuestros abuelos².

Nuestra propia Constitución Nacional -como en la mayoría de las naciones, en el artículo 75 inciso 22 alude y da jerarquía supra legal a la Convención Americana de Derechos Humanos (plano continental, firmada en 1969, ingresada por Ley 23.054 B.O. 27/03/1984), y luego en particular en referencia al tema que abordamos (Abogado del Niño-Personas Defensoras de Derechos Humanos) lógicamente cita la Convención sobre los Derechos del Niño(plano universal, firmada en 1989, ingresada por Ley 23.849 B.O. 22/10/1990). Los mismos estándares y principios internacionales se profundizan y desarrollan después con la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), a la par que ayudan en la interpretación de la Carta Magna Niñez las diferentes Observaciones Generales del Comité Ejecutivo de los Derechos del Niño.

²Una ideología, un dogma, referencia un conjunto normado de ideas y creencias colectivas referidas a la conducta social humana, funcionando las más de las veces mediante consignas y lemas. La palabra doctrina significa ciencia, sabiduría. Nuestra Doctrina Jurídica, fuente del Derecho, es aquella de los juristas, que en el marco de un amistoso debate, indican a la sociedad sobre cuestiones de derechos y ayudan a la creación del ordenamiento jurídico. Ideologías y creencias religiosas son instrumentos de la democracia, pero inapropiados si se lo utiliza para estrechar el desarrollo de esta doctrina.

La Convención Americana de Derechos Humanos

Nuestra CADH determina, a parte de derechos, diferentes perspectivas, y así como ocurre en el resto de las convenciones.

Lógicamente nuestra Carta Magna continental atraviesa la “perspectiva familiar” declarando en el artículo 17 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser promovida por la Sociedad y el Estado. Así como encausa “perspectiva niñez” en orden a que los niños son objeto de protección por parte de la Familia, la Sociedad y el Estado (elemento bajo interpretación última de la Opinión Consultiva 17 Corte IDH).

Pero reitero, en tanto no existe un “quite” de derechos humanos, tampoco las perspectivas (mirada común)³ se eliminan entre sí por el principio de progresividad.

La Carta de las Naciones Unidas (1945) invoca “... la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) alude a que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables”. Y aquí recordar también que meses antes (Abril de 1948) la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre tiene el origen mismo de la “garantía judicial”⁴ (garantizar el derecho declarado mediante el acceso a la justicia).

Pero claro, convengamos que el 11 de Septiembre de 2001, mientras caían las Torres Gemelas, OEA firma la Carta Democrática Interamericana y exhorta a participar

³La perspectiva familiar y la perspectiva niñez, siguiendo un orden cronológico, aparecen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) donde se asume la dignidad inherente a toda persona humana y el compromiso, mediante solidaridad internacional, al logro de medidas de protección y asistencia en función de la niñez. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) sustenta su ideal en la “igualdad de la familia humana” y transfiere en el artículo 24 la no discriminación de niñas y niños en función de su condición personal, social y nacional. Es también desarrollada en el artículo 4 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969). En 1979 el Preámbulo de la CEDAW, afín a la idea de una cultura del cuidado al que debe sumarse el hombre, destaca el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad. Claramente el cambio de paradigma niñez reporta en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) el deseo de proporcionarle una protección especial, reconociendo que para el pleno y armonioso desarrollo de su “personalidad” debe crecer en el seno de su familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Estamentos todos luego en más volcados tanto en la OC 17/02 CIDH, como en las Directrices de Riad (1990) y Belém do Pará (1994).

⁴Volcado después en el artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, y al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969).

plenamente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos mediante la ratificación de la Convención ADH y de la competencia contenciosa de la Corte IDH...

Así, lo que nos parece importante reseñar en función de adormecer cualquier espíritu regresivo, es que en materia de derechos humanos no debemos contemplar una visión acotada o sesgada desde la legislación nacional por sobre estos antecedentes que priman y afectan los derechos de la niñez, o limitan a las Personas Defensoras de Derechos Humanos, y en este caso, la figura jurídica del Abogado del Niño, algo que ya divulgamos reiteradamente en varias de nuestras ensayos y obras literarias⁵ y que enunciamos en los principios del paradigma nacional como “Abogado del Niño - El Gran Ausente” a partir del año 2006. Junto con ello, como dijimos, la necesidad no sólo de crear un Tribunal Internacional de la Niñez, sino también de la Red de Justicia Internacional Niñez⁶.

Este sistema se debe primero a los atributos de la persona humana niño con un mínimo de “dignidad inalienable”; luego a valores comunitarios niñez del corpus iuris internacional; y finalmente al derecho positivo devenido de lo local⁷. De modo que en una ocasión posterior deberemos recién hablar de Capacidad Ciudadana o de Incumbencias y Adultocentrismo Burocrático, en función de visibilizar cuál es el debate aquél que viene “trabando” el desarrollo de la figura del Abogado del Niño (Cartilla 2).

Varias Constituciones de diferentes naciones visibilizan el concepto de dignidad de la persona, con el se añeja primordialmente la opción sobre Personalidad Jurídica en diferenciación a la propia -personalidad jurídica- que tienen los Estados. Quede claro entonces, no aludo a enfoques sobre incapacidad jurídica, eso es un fenómeno que sólo discurre en tribunales locales, no veo ningún obstáculo en la edad o madurez que se pretenda de una niña o niño para que este abogado especializado deba actuar, NO va en reemplazo de nadie, el abogado del niño acompaña y hace sentir la voz de las infancias.

En “Velázquez Rodríguez vs. Honduras” (Sent del 29 de Julio de 1988) leemos en voto de Trindade: “Los primeros conceptos de la Corte Interamericana de Derechos

⁵ “La Niñez” - Orientaciones Para La Aplicación de la Ley y los Derechos de Menores de los Edad (2009), Editorial Lajouane; “Abogado del Niño” - Cuestiones Prácticas que debe Conocer y Aplicar, Editorial Lajouane (2016); “Derecho Internacional de la Niñez, Editorial Lojouane (2019).

⁶ Romano Carlos, A (2018) “Red de Justicia Internacional” Revista de Derechos Humanos y Humanitario Número 2 Noviembre de 2018 Cita IJ- DXXXIX-259

⁷ Bobbio Norberto (1965) en El Problema del Positivismo Jurídico. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina

Humanos confirman que en la base de todo ese notable desarrollo se encuentra el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, independientemente de su condición existencial...”La Corte Interamericana de Derechos Humanos consagra varios fallos en función de la Personalidad Jurídica toda vez que un Estado resultó restringirla, fuera por ponerle trabas o impedimentos en la expedición de actas de nacimiento, o fuera y con ello también el progreso de derechos elementales a niñas y niños nacidos en otro Estado (Yean y Bosico vs. República Dominicana; Sawhoyamaya vs. Paraguay; Xamóckásek vs. Paraguay; “Gellman vs Uruguay”, etc).

En “Torres Mallicura y otros vs. Argentina” existe una ayuda de interpretación a la que no acostumbramos en claustros universitarios y estrados que proviene de la CortelDH: en el caso de desaparición forzada de personas existe una vulneración específica a la Personalidad Jurídica, la persona desaparecida no puede continuar ejerciendo sus derechos, este tipo de vulneración busca no sólo una de las formas más graves de sustracción sino también la desaparición del ordenamiento jurídico, niega su existencia misma dejándole en una suerte de “limbo” o “situación de indeterminación jurídica” ante la Sociedad y el Estado.

Esa es nuestra visión respecto de niñas y niños obstaculizados en el acceso a sus garantías sobre sus derechos, son las más de las veces “personas desaparecidas del ordenamiento jurídico”, en una visión adultocéntrica que restringe su reconocimiento y existencia, que convierte en una opción caritativa la puesta en marcha de derechos humanos y sus claras premisas (Observación General Nro. 5 del Comité Ejecutivo de los Derechos del Niño).

Conforme el artículo 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. En los términos de “persona”, en el artículo 1.2 decide la Convención Americana de Derechos Humanos “toda persona humana”. Y se le instala en la convención, antes que el “derecho a la vida” (artículo 4 CADH). ¿Sorprende?

El artículo 3 CADH dispone “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. ¿Y cuál otro derecho podríamos traer en cita en este punto? Pues sin duda y de manera enfática al derecho de “acceso a la justicia”.

La Personalidad Jurídica⁸-ser persona reconocida- es entonces algo antes y distinto

⁸Para entenderse, véase la Convención de las Personas con Discapacidad (2006) en su artículo 12 en tanto establece que las personas con discapacidad detentan el derecho a su personalidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida.

que cualquier referencia interna de una Nación en torno a la capacidad de hecho o de derecho en tanto sólo puede limitarla una convención igual jerarquía. Contrario sensu, la capacidad civil puede verse limitada por una ley local distinguiendo su modo de ver la realidad psicofísica de las personas. Y es que finalmente, la capacidad civil, esa que sostienen las leyes locales, es sólo una categoría jurídica abstracta que induce a que la persona puede obrar en un mundo tridimensional; pero la capacidad y legitimación procesal de manera abierta (poder estar en juicio representado o asistido), son las mejores formas de traducir al proceso de manera contundente la Personalidad Jurídica de la Persona Humana.

Conclusión

Tenga toda niña o niño *presencia, representación a sus intereses, y asistencia especial* en cualquier ámbito donde sus derechos tengan necesidad, su necesidad trae el derecho.

Por muchas razones que explico en mi tesis doctoral debemos asumir que el sistema “disfunciona” claramente.

Por eso la consigna es capacitar, construir en el debate intersectorial de todas y todos, delinear claramente y en su orden no sólo lo que significan y adquieren como relevancia los tratados y convenciones, la Constitución y el mismo Bloque Federal de Leyes, sino también estos estándares sobre los que hay que parapetarse para entender y enseñar. Valores que tienen una posición no menos jerárquica a la Ley: La Persona Humana, la Dignidad de la Persona Humana, la Personalidad Jurídica, y el Acceso a la Justicia.

Construir un desacuerdo con las voces preponderantes y comenzar a traer las voces de los que nunca hablan, niñas y niños, adultos mayores, personas con discapacidad, personas bajo el índice de pobreza, etc. Y para el caso, el abogado del niño claramente tiene razón en la niñez, más allá de estereotipos corporativos, dificultad sobre incumbencias y ficciones de poder.

Ámbito Nacional

Ámbito Nacional: Introducción. La Convención Sobre los Derechos del Niño. Marco Legal Nacional, Código de Fondo y Jurisprudencia Nacional. Conclusión.

Introducción

Decimos que, el abogado del niño importa hablar de asistencia fundada en la escucha, no devenida de presunciones personales. Una verdadera expansión de la subjetividad basada en la tutela de acompañamiento ¡no sustitutiva!

Dijimos que: “No la escucha -que es independiente y obligada-, sino que la edad y la madurez del niño están en análisis para habilitar el progreso de su capacidad de ejercicio, y que sólo incide en su participación en el proceso, no en su presencialidad procesal. En base a la escucha y el discernimiento del niño se debe dirimir la cuestión. Una situación en la que se le debe procurar acoger como parte, por cuanto la personalidad jurídica -ser persona reconocida desde el ámbito internacional- está como garantía de sus derechos humanos por sobre la capacidad de ejercer un derecho - ámbito local- y que no puede ser restringida, mientras que la “capacidad de ejercicio” de un derecho puede ser limitada por una ley local por la edad, realidad psicofísica, o por interpretación de la propia ley”⁹.

También dijimos que “la nueva gobernabilidad venida de una contradicción entre lo libertario y el Estado omnipotente, identifica a personas libres e iguales en dignidad, bajo una dinámica social justa y pacífica en función de sanar a la humanidad y su hábitat. Estos parámetros requieren un esfuerzo despersonalizado de acción, sustentado en las nuevas formas de Estado y Comunidad como un concepto operativo donde los derechos individuales no decaen, sino que se ennoblecen en solidaridad. Y por eso entendemos que la solidaridad volcada en ayuda internacional humanitaria concreta operará también en función de ordenar una nueva organización mundial, un nuevo sistema de DDHH con los cimientos de lo anterior, en el que los derechos niñez funcionarán de avanzada”¹⁰.

⁹ Romano Carlos Antonio (2016) “Abogado del Niño - Orientaciones Prácticas”. Editorial Lajouane. Bs As Argentina.

¹⁰ Romano, Carlos Antonio (2019). “Derecho Internacional de la Niñez”. Editorial Lajouane. Bs As Argentina.

La Convención Sobre los Derechos del Niño

El artículo 12 de la CDN estipula: 1. “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño”, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, “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”. Así, con esos entrecorridos enfatizamos que primero es obligación de Estado garantizar el derecho a expresar opinión y tenerle en cuenta, con lo que deberá darse oportunidad de escucha e inclusión de los operadores niñez.

Es obligación del Estado garantizar el acceso a la justicia y a medidas administrativas, luego analizamos de la manda en consideración a su edad y madurez, las condiciones del caso, las vías a tomar decisión, pero después de recibir al niño y a su asistente técnico defensor de derechos humanos, después de considerar su voluntad o necesidad de asistencia, de determinar si el abogado concurre en defensa formal o sólo técnica, después de valorar qué necesita el niño y con qué facultad concurre el abogado, sólo después de recibirles se puede determinar el grado y condición de la representación y asistencia, esto es caso por caso, y allí el aplicador del derecho es cuando debe fundar y reglar el acceso.

La escucha es la “madre” de los derechos niñez se interpreta en la OG 12 del Comité (CEDN), y luego se lee el siguiente texto: “2. El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 (...) este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos (...)”⁷⁴. No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”.

De manera específica también la Corte IDH refiere a la Observación General No. 12 del año 2009 cuando dice: “resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida” (Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012).

Aquí también destacar sobre el “acceso a la Justicia” como la base de la garantía de derechos y citar la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su párr. 102º: “El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

Marco Legal Nacional. Código de Fondo y Jurisprudencia Nacional.

Ahora bien, cuando vamos a desarrollar el ámbito nacional sostenemos que existe, en su orden, antes una ley especial (arts. 24 y 27 L 26061) y luego el código de fondo (el Código Civil y Comercial recientemente reformado en el año 2015, en adelante CCyC), que parcialmente criticamos en tanto parece en algunos puntos contradecir la voluntad interamericana, y esa normativa especial de la nuestra Nación.

A la par, asumimos como fuentes del Derecho la Jurisprudencia continental e internacional y la propia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, la de los correspondientes Tribunales Superiores Provinciales, y la de los órganos inferiores que, sobre el abogado del niño en particular, nos parece se permiten a veces observar con un enfoque “dualista”¹¹ aquellas causas sometidas a su jurisdicción siendo que el país se declaró de filosofía “monista”¹².

Es que, en el planteamiento de leyes o de reformas legislativas como hoy se pretende, y del resultado de sentencias, conferencias, y protocolos regresivos, por lo común al caso es al revés, fundado en la “incapacidad” de toda niña o niño como regla superior, y finalmente se impone enojosamente una facultad de Estado tendiente a disminuir estos

¹¹El dualismo dice que la ley internacional y la local son dos comportamientos separados y estancos.

¹²El monismo expresa: un único ordenamiento que considera que las normas internacionales forman parte del ordenamiento estatal

derechos en desconocimiento de que a ellos preceden los altos estándares americanos sobre la personalidad jurídica de la persona humana.

Ni los derechos del niño están bajo mensura de Estado, ni el universo de los operadores niñez deben necesariamente sujetarse a premisas de Estado bajo una verticalidad dependiente.

Bajo el marco normativo nacional el Artículo 24 de la Ley Nacional Nro. 26.061 sostiene como derecho de toda niña o niño: “a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”.

El artículo 27 del mismo cuerpo refiere a la defensa técnica en los apartados: a) “A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”; b) “A que su opinión sea tomada en cuenta”; c) “A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya” (sigue “En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”. Luego es la misma norma (Art. 27 Ley 26.061) que también concreta la defensa formal en los incisos subsiguientes: d) “A participar activamente en todo el procedimiento; e) “A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

Por su parte, el decreto reglamentario (DR 415) claramente refiere a la representación de intereses del niño y dice: “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

¿Sobre qué se sustenta entonces la dilatada discusión de su admisibilidad en el conflicto?

Debemos primero pensar que con el término de la “representación” se alude desde el enfoque de los derechos humanos, y eso no equivale a mandato o necesariamente “reemplazo” como consideramos en el nivel doméstico (así como personalidad jurídica no es lo mismo que capacidad); ni debemos pensar que puede tratarse de una representación promiscua como en el caso que estipula el régimen civil para niños en conflicto con sus padres o cuando están sin ellos. Esto es elemental para determinar la cuestión que se discute, tanto del punto de vista del juzgamiento o recepción en funcionarios estatales, que debieran comprenderlo y pronunciarlo así desde el

comienzo¹³. Y es esencial en la capacitación de personas defensoras de derechos humanos abogados del niño, ya que en muchos casos quieren asimilarse al asesor o defensor de menores del viejo sistema local civil, o peticionar como mandatarios promiscuos investidos por el Estado.

¿Cuál el alcance del debate en crisis?

El Código Civil y Comercial de la Nación reformado tiene un dispositivo de pocos artículos en vínculo al Abogado del Niño, y mayormente los relaciona con la capacidad de un niño de contratar abogado, esto en razón de la Jurisprudencia de la Corte Nacional del año 2010. Claramente en sus premisas el CCyC se ubica en un criterio intermedio de la capacidad (en Argentina antes de 2015 teníamos un criterio de “capacidad restringida”) pero todavía distante de la concepción sobre “capacidad progresiva”, que por otra cosa es de criterio “amplio” conforme emana de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y de la Ley Nacional Nro. 26.061 referida a la niñez.

Aunque es difícil de resumirse en razón del extraordinario debate suscitado a su alrededor, hago este desarrollo a nivel informativo para fundar. En el CCyC el Art 19 dice que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”; el Art 22 “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos”; el Art 21 alude al nacimiento con vida en consideración a derechos patrimoniales (así lo hacía el Art 71 del código reformado); el Art 23 “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código”; el Art 24 “Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente; c) la persona declarada incapaz...”; el Art 25 dispone que el menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y denomina adolescente a la persona menor de edad que ha cumplido trece años habla del adolescente y fija entre 13 a 18 una pauta etaria en donde no hablamos de edad y grado de madurez ya que a partir de los 13 años, la madurez se presume para el ejercicio de determinados actos. Hasta que por fin en el Art 26 en lo que nos atañe se lee: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de

¹³Cuando se denuncia violencia doméstica es en representación de los intereses de terceros y hasta se está obligado en algunos casos. Pero no es un mandato, en todo caso, hablando con lenguaje civil, podemos aceptarlo como una gestión de negocios ajenos. El juez es quien define la admisibilidad y decide en qué medida, no la ley.

edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona...”

Contrario sensu a los estándares internacionales y a la propia ley nacional especial, y si bien termina el Art 26 refiriendo sólo a todo “proceso judicial”, del CCyC parece emerger la idea que la niña o el niño requieren de edad y madurez suficiente a ojos de un Juez, que sólo podrían ser asistidos por letrado cuando tengan conflicto de intereses con sus padres o representantes legales. Que tienen niñas y niños tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, pero por lo común se presume un obstáculo de como sería su participación en juicio.

Luego el CCyC sigue y alude a representación procesal así: “Cuando no hubiere lugar a conflicto intrafamiliar, la representación procesal de un menor de edad corresponde a los padres, los apoyos eventualmente designados, y al Ministerio Público de Menores (Arts. 100 a 103 CCyC); pudiéndose designar también en determinados casos un tutor ad litem (Ver Art. 109 Código Civil y Comercial de la Nación, antes Art. 397 Código Civil de la Nación, Art. 61 CC -Ver Art. 639 CCyC-); la ley enmarca la necesidad de un consentimiento expreso por parte de ambos padres para que el hijo estuviera en juicio (Art. 677 y cctes. CCyC).

Esto todo así, si bien el CCyC el Art. 707 libera la cuestión de la incapacidad como regla determinante, alude a “discernimiento”, y a la “cuestión debatida en el proceso” por cuanto dice su texto en referencia a la “participación en el proceso”, y ahora define no sobre incapacidad sino en referencia a “personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes” que: “(...) tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”. Y esta es otra visión en el mismo cuerpo de fondo, centrada en el “discernimiento” y la “cuestión debatida”, el caso en sí.

Sobre este debate que en Argentina ya por más de diez años nos retrasa en el desarrollo de la asistencia especializada para la niñez, de nuestras investigaciones y de la experiencia en jurisdicción, sostenemos cuatro considerandos:

1-Que al hablarse de capacidad progresiva no tenemos en referencia discutir: a-si el niño o niña debe ser escuchado; b-si debe ser asistido y defendido técnicamente; c-si debe ser parte en el proceso. Porque decimos que eso es ya “indiscutible”. Que, sólo mirando al CCyC y en vía a la toma de decisiones analizamos cuando su facultad progresa y decrece la necesidad y eficacia de representarlo en el ejercicio de sus derechos.

2-Que, partiendo de la base de reconocer al niño como sujeto de derechos, la CDN incorpora en su artículo 5 el principio de autonomía progresiva con criterio amplio. Ese criterio amplio se observa también en los artículos 24 y 27 de la Ley 26.061, y se determina que niñas y niños tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, y que este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

3-Que en alusión a su participación vemos también necesario diferenciar competencia de madurez y de discernimiento. La doctrina de la edad y madurez suficiente consiste en prescindir de a poco de la representación natural de los padres , lo cual también dependerá del objeto del acto para el que se refiera. Así, si el acto es grave los requisitos de madurez son mayores y existe necesidad de advertir si la persona menor de edad comprende el objeto y las consecuencias del acto. Vemos la “madurez suficiente” como una condición de “competencia” para decidir de acuerdo a la gravedad del acto, *no está ligada a su derecho a intervenir*, aplicada a un acto concreto, lo que necesariamente implica la aprehensión de las consecuencias del acto. Concretamente: la competencia incluye la “madurez suficiente”, y esa madurez suficiente tiene que permitir la plena comprensión de los actos, lo que importa en definitiva “discernir”(valorar) lo bueno de lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo conveniente de lo inconveniente, eso es “*discernimiento*”.

4-Los niños tienen los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos más un “plus” de derechos esenciales y personalísimos. El niño tiene “títulos de justicia” diría Finnis¹⁴, algunos que le son inherentes por su condición de persona, y otros que lo son específicamente por su condición de niño. El derecho de defensa técnica constituye la garantía de su defensa y del debido proceso legal, lo que es debido a toda persona humana.

Conclusión

“No promovemos la idea de que un niño vaya a juicio como si no necesitara orientación adulta. Pero sí estamos afirmando que nunca un adulto irá en reemplazo de la opinión del niño. No se trata de incluir otro efector en un código civil o procesal, ni es un operador exclusivo del derecho de familia o de la niñez si bien se integra a ambos. Es

¹⁴Finnis, John (1984). “Natural Law and Natural Rights”. Oxford: Clarendon Press, 1984. Traducción español de Cristóbal Orrego, Ley natural y derechos naturales. Abeledo-Perrot, 2000, Buenos Aires - Argentina.

material puro de DDHH dispuesto a combatir el adultocentrismo y la corrupción estructural. El Abogado del Niño es primero que todo un militante por derechos humanos especializado en niñez”¹⁵.

“Decimos, el mayor interés en juicio es conocer la voz que no se oye, y cuando se la escucha debemos asegurar su vínculo esencial (no sólo lo que el niño dice con su lengua) con la resolución del juez. El abogado del niño es más importante por su oído que por su pluma, y sin abandonar la importancia de la escucha el abogado del niño debe lograr eficacia técnica para llevar esa voz”¹⁶.

¹⁵ Ab in ídem 9.

¹⁶ Romano, Carlos Antonio (2009). “La Niñez - Orientaciones Para La Aplicación de la Ley y los Derechos de Menores de los Edad”. Editorial Lajouane. Bs As Argentina.