**Abogado del Niño**

Cartilla 2 Ámbito Nacional

**Personas Defensoras de Derechos Humanos**

Dr. Carlos Antonio Romano[[1]](#footnote-1)

Cartilla 1 (Ámbito Internacional) - Sistema Internacional de derechos humanos de la niñez; 1a- Convención Americana de Derechos Humanos; 1b- Convención sobre los Derechos del Niño.

Cartilla 2 (Ámbito Nacional) -Ley Nacional; Código de Fondo; Jurisprudencia Nacional; Legislación Provincial.

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-. No promovemos la idea de que un niño vaya a juicio como si no necesitara orientación del adulto. 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 material puro de DDHH dispuesto a combatir el adultocentrismo y la corrupción estructural. El AN es primero que todo un militante por derechos humanos especializado en niñez.

Decimos entonces que “No la escucha que es independiente y obligada, sino que la edad y 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- está como garantía de sus derechos humanos por sobre la capacidad de ejercer un derecho; que no puede ser restringida, mientras que la “capacidad  de ejercicio” de un derecho la puede limitar una ley local por la edad, realidad psicofísica, o por interpretación de la propia ley”[[2]](#footnote-2).

También decimos 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 cedan sino que se ennoblezcan 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[[3]](#footnote-3).

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 entrecomillados 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 Riffo 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”.

Ahora bien, con los antecedentes que preceden (Ver también Cartilla 1), vamos a desarrollar el ámbito nacional en este cartilla, y decimos que existe en su orden una la ley especial (arts. 24 y 27 L 26061) y el código de fondo (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 a esa normativa de la Nación Argentina.

A la par, entendemos como fuente del Derecho la Jurisprudencia continental e internacional, y la propia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, los correspondientes Tribunales Superiores Provinciales y órganos inferiores que, sobre el abogado del niño en particular nos parece se permiten a veces observar, con un enfoque “dualista”[[4]](#footnote-4) aquellas causas sometidas a su jurisdicción siendo que el país se declaró de filosofía “monista”[[5]](#footnote-5). Es que, en el planteamiento de leyes y o reformas legislativas como hoy se pretende, y del resultado de sentencias, conferencias, y protocolos regresivos, por lo común al caso siempre fundados en la “incapacidad” de toda niña o niño como regla superior, finalmente se impone enojosamente una facultad de Estado tendiente a disminuir estos 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 Estado, ni el universo de los operadores niñez deben sujetarse a premisas de Estado y/o a una verticalidad dependiente.

En el marco normativo nacional el artículo 24 de la ley nacional (L 26061) 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 “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”; y 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”. Esa norma (Art. 27 Ley 26.061) entonces es también concreta al hablar de 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?

Debemos pensar que con el término de la “representación” se alude desde el enfoque de los derechos humanos y eso no equivale a mandato e inclusive reemplazo como consideramos en el nivel doméstico. 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, y que debieran comprenderlo y pronunciarlo así desde el comienzo[[6]](#footnote-6). Y es esencial en la capacitación de personas defensoras de derechos humanos abogados del niño, ya que en mucho casos quieren asimilarse al asesor o defensor de menores del viejo sistema local civil.

¿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 lo relaciona con la capacidad de un niño de contratar abogado, esto en razón de la Jurisprudencia de la Corte Nacional del año 2010. Y claramente en sus premisas el CCyC se ubica en un criterio intermedio (en Argentina antes de 2015 teníamos un criterio de “capacidad restringida”) de la concepción sobre “capacidad progresiva”, que por otra cosa es de criterio de capacidad “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 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 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 derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, pero 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 más adelante en 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 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 “el debate” que nos retrasa en el desarrollo de asistencia especializada para la niñez, en nuestras investigaciones y experiencias en jurisdicción, sostenemos estos 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” y 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-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-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 ligada a su derecho a intervenir*, aplicada a un acto concreto, lo que necesariamente implica la comprensión 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 Finnis[[7]](#footnote-7), 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.

“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”[[8]](#footnote-8).

1. Experto 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. Romano Carlos Antonio (2016) “Abogado del Niño - Orientaciones Prácticas”. Editorial Lajouane. Bs As Argentina. [↑](#footnote-ref-2)
3. Romano, Carlos Antonio (2019). “Derecho Internacional de la Niñez”. Editorial Lajouane. Bs As Argentina. [↑](#footnote-ref-3)
4. El dualismo dice que la ley internacional y la local son dos comportamientos separados y estancos. [↑](#footnote-ref-4)
5. El monismo expresa: un único ordenamiento que considera que las normas internacionales forman parte del ordenamiento estatal [↑](#footnote-ref-5)
6. Cuando 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. [↑](#footnote-ref-6)
7. Finnis, 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. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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 [↑](#footnote-ref-8)