

Voces: PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES - PRINCIPIO DE ACCESO A LA JUSTICIA - DERECHO A SER OÍDO - FAMILIA - ABOGADOS - MENORES - ABOGADO DEL NIÑO

Título: La escucha de niñas, niños y adolescentes: de qué se trata el ejercicio de sus derechos respetando su subjetividad

Autor: Cánepa, Sara - Donato, María

Fecha: 30-jun-2022

Cita: MJ-DOC-16656-AR | MJD16656

Producto: MJ

Sumario: I. La escucha. II. ¿Qué requiere la práctica profesional en relación a niñas, niños y adolescentes? III. ¿Qué es la subjetividad? IV. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de legalidad? V. Parámetros de contraste. VI. La Convención sobre los Derechos del Niño. VII. Corpus juris internacional. VIII. El derecho a ser escuchado/a. IX. Contexto donde se realiza la escucha. X. El interés superior del niño. Interrelación entre ambos principios. XI. Función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - la violación de derechos de niñas, niños y adolescentes por los organismos de los Estados. XII. Asistencia jurídica especializada. XIII. Normativa Nacional. XIV. Normativa de la Provincia de Buenos Aires. XV. A modo de cierre.

Por Sara Cánepa (*) y María Donato (**)

«La democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son o pueden ser una ocasión favorable para reforzar la democracia, los niños sirven a la democracia». Alessandro Baratta

I. LA ESCUCHA

La escucha supone una actitud de apertura, en general, no estamos formados para mantener esa apertura en la escucha. En ocasiones mantenemos una supuesta escucha, pero mientras la otra persona habla estamos pensando qué vamos a responder, o simulamos escuchar y agregamos vocablos como si hubiéramos comprendido.

La escucha activa busca comprender qué le sucede a la otra persona e invita a prestar atención a las palabras, a los gestos, el cuerpo, los silencios, es una experiencia individual y social que debemos atender en contextos múltiples y actuar en consecuencia. Cuando escuchamos percibimos con todos nuestros sentidos.

Es una experiencia individual y colectiva según Zenón de Citio, filósofo griego, fundador del estoicismo, expresa «si tenemos dos orejas y una boca, es para oír más y hablar menos».

Cuando la escucha se relaciona con niñas, niños y adolescentes, se requiere de una especial predisposición, dejar de lado el adultocentrismo para poder comprender.

La escucha es un proceso activo. El oír es un proceso pasivo, fisiológico. Oír es fácil, lo difícil es escuchar. Oír, es un acto involuntario, mientras que «escuchar» implica una voluntad, es prestar atención a lo que se oye.

La escucha permite acercarse a las niñas, niños y adolescentes y establecer con ellas y ellos una relación de confianza.

Ser escuchada/o (1) supone un reconocimiento, un interesarse por esa persona donde se construye un espacio de interrelación, en el cual ese ser va a expresar cómo se siente, qué le pasa, cuáles son sus deseos, cuál es su opinión. La escucha es una herramienta transversal para las intervenciones, aloja una necesidad - la de expresarse - esa necesidad produce un efecto subjetivante y como tal se transforma en un derecho que se vincula con la construcción y la ratificación de la identidad y la pertenencia.

Ser escuchado/a puede implicar la reafirmación o el inicio de procesos de reinscripción social, en aquellas personas que fueron siendo dejadas de lado en los complejos laberintos de la exclusión.

La escucha se entrelaza de manera relevante con la inclusión social. Quien no puede ser escuchada/o no es ratificada/o como sujeto que pertenece al «todo» social. Ser escuchado/a es un derecho que cuando no es cumplido, separa, segrega, cosifica a ese ser que reclama -muchas veces de forma diferente- esa condición.

Saber escuchar no es solo una actitud, es también una habilidad de quién ocupa el lugar de receptor/a, cuando una persona se dispone a escuchar se despoja, se dispone a lo inesperado, a lo que no se sabe.

Escuchar a las niñas, niños y adolescentes hace a su desarrollo, a su promoción integral, es una interacción positiva, recíproca y enriquecedora, que surge del relato.

Esta interacción, además, está signada por un conjunto de hechos constituidos por las palabras, el silencio, los gestos, las significaciones.

Escuchar en términos de intervención implica acceder a un proceso de comprensión y explicación que intenta organizar los sentidos, las pautas, los códigos, las implicancias y la perspectiva de quien se está expresando.

Con la escucha se tiene la posibilidad de salir de los lugares pre-establecidos e ingresar en otros donde la interacción no se plantea desde el sometimiento, el proceso de intervención se presenta, como una oportunidad, atendiendo a ese otro como sujeto de derechos y de transformación social, recuperando la noción del relato como constructor de su subjetividad.

Entonces la escucha cuando se trata de niñas, niños y adolescentes nos obliga a atravesar diferentes desafíos. Compartimos algunas frases que, en el ámbito del ejercicio profesional, las niñas, niños y adolescentes expresan:

Una niña le preguntó a un Juez de Familia, ¿Ustedes, por qué hablan tan difícil?, al terminar una audiencia a la que se había presentado por su propio derecho acompañada por su abogada (2). «Esta es la primera vez, le dijo el Juez, que recibo a una niña acompañada por su letrada». (Corría el año 2006, acababa de reglamentarse la ley 26061 y la niña se presentaba en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 Inc. c de la ley, que habla del abogado del niño).

Dos hermanas de 8 y 10 años, tienen problemas con su papá. La niña de 8 años le expresa a su abogada «él no nos escucha, yo quiero que él escuche lo que me pasa y lo que quiero».

Un niño de 7 años, en el marco de un proceso de restitución internacional, está pidiendo que los jueces de la Suprema Corte que lo escuchen y expresa «yo quiero que los jueces me conozcan y que me escuchen» «les quiero explicar lo que me pasa, quiero ver a mi papá pero que él venga a la Argentina».

Una adolescente de 14 años en un caso de restitución internacional ante la Suprema Corte: «les pido que me escuchen porque ustedes tienen en sus manos decidir sobre mi futuro, entonces quiero que sepan lo que me pasa y por qué motivo pido lo que pido».

Nótese, que en las actas de comparecencia a la escucha, se suele utilizar como práctica del poder judicial y el ministerio público, la frase insignia «en el día de la fecha la niña/o XX ejerció su derecho a ser oída/o. Art. 12 CDN», donde no queda ninguna constancia de qué se dijo o ante quién se dijo.

II. ¿QUÉ REQUIERE LA PRÁCTICA PROFESIONAL EN RELACIÓN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES?

La práctica profesional en nuestra relación con niñas, niños y adolescentes requiere:

1.- Aprender a escuchar, que es aprender a ubicar nuestra propia subjetividad para que no se antepongan miradas de prejuicio, de un juicio previo. Generar relación de confianza.

2.- Reconocer a la otra persona en su propia subjetividad. Necesitamos saber de qué se trata la subjetividad. ¿Para qué? Para que nuestra práctica profesional se constituya como práctica subjetivante.

3.- Tenemos el desafío de de-construir las prácticas adultocéntricas. Esto implica una labor profunda pues remite a la deconstrucción de las relaciones de poder entre las personas y los saberes.

Cuando decimos que, en relación a chicas y chicos, la escucha y las decisiones deben darse en el marco de un enfoque de derechos humanos con perspectiva de infancia, estamos refiriendo a apartarnos de mandatos adultocéntricos.

4.- Para todas estas acciones es relevante la incorporación de la interdisciplina en nuestra labor. Debemos descubrir y aplicar los saberes de disciplinas diferentes a las propias a fin de fortalecer los medios que garantizan la efectividad de derechos.

Nuestra labor es propiciar, abrir caminos para que niñas, niños y adolescentes ejerzan los derechos de los que son titulares.

5.- Para que niñas, niños y adolescentes sean protagonistas necesitan vivenciar, necesitan comprender. La vivencia se transmite con actos reales que sean percibidos a través de la psiquis, el cuerpo, los sentidos. La comprensión se logra con expresiones claras ajustadas a situaciones que chicas y chicos puedan representarse. Esto nos trae otro desafío cual es el lenguaje claro. Hay que superar lo críptico del lenguaje que también es un reducto del poder.

III. ¿QUÉ ES LA SUBJETIVIDAD?

La subjetividad es el proceso por el cual el ser humano se constituye como tal a partir de su inserción en el orden simbólico, en las coordenadas del lenguaje, en la cultura. Entonces no hay sujeto sin sociedad, ni sociedad sin sujeto. Hay un proceso de transformación dialéctica, el sujeto se construye como tal en la medida que los portadores de la cultura le imprimen sus marcas a través de la relación de acogida en el mundo o expulsión del mismo.

O el proceso pulsa en el sentido de subjetivación o bien se producen mecanismos desubjetivantes.

Silvia Bleichmar (3) concibe la subjetividad como un conjunto de representaciones y afectos que definen la visión que tenemos acerca del mundo y de nosotros mismos. «La producción de subjetividad no es un concepto psicoanalítico es sociológico. La producción de subjetividad hace al modo en el cual las sociedades determinan las formas con la cual se constituyen sujetos plausibles de integrarse a sistemas que le otorgan un lugar. Es constituyente, es instituyente, al decir de Castoriadis. La producción de subjetividad hace a un conjunto de elementos que van producir un sujeto histórico, potable socialmente (4).

La subjetivación remite a procesos de constitución del sujeto, para la socialización.

La pregunta es entonces: ¿qué tipo de sujeto queremos formar?, ¿para qué tipo de país, en los próximos años? Cuando Silvia Bleichmar hace referencia a la desubjetivación considera que el otro es un medio para mí.

«Si la norma es arbitraria, está definida por la autoridad; en cambio, si la norma es necesaria, está definida por una legislación que pone el centro en el derecho o en la obligación colectivos, 'te obliga a ti tanto como a mí'. Y este es el gran debate escolar de hoy».

IV. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE LEGALIDAD?

Cuando hablamos de legalidad nos posicionamos en un lugar diferente a la lógica del disciplinamiento, más bien implica comprometerse en la apuesta de generar vínculos y con ello construir un entramado afectivo que haga de sostén a las reglas y códigos que se establecen. La legalidad está en estrecha relación con el sujeto ético, aquel que es capaz de tener un registro del otro y ponerse en su lugar, involucra a todos como colectivo y no solo pone la mira en el alumno.

No solamente es función central de la escuela la producción de subjetividad, concepto sociológico referido al modo en que las sociedades determinan las formas en las que se constituyen sujetos plausibles de integrarse a sistemas que les otorgan un lugar.

Nosotras/os estamos obligadas/os a ejercer prácticas subjetivantes que promuevan la construcción de legalidades (5).

V. PARÁMETROS DE CONTRASTE

Tomar la voz de niñas, niños y adolescentes, supone reconocer, que en muchas ocasiones las personas adultas tenemos una limitada comprensión de lo que les afecta, de sus vidas, de sus experiencias.

La CDN reconoce el derecho de la infancia a participar en las decisiones que afectan a su vida y a poder expresar su propio punto de vista.

Aunque han pasado tres décadas de la sanción de la Convención, la efectiva aplicación de la perspectiva de infancia sigue siendo restringida, dado que la participación de las niñas y los niños, está condicionada a su capacidad evolutiva y se relaciona con su edad.

La real aplicación de la perspectiva de infancia supone una participación plena de niñas y niños ejerciendo su desarrollo integral en todos los aspectos que requiera la efectividad de sus derechos. Resulta fundamental garantizarles que puedan expresar sus opiniones en aquellos asuntos que les afectan, por lo que se deben encontrar mecanismos que permitan efectivizar esa garantía y para su cumplimiento la escucha cobra un protagonismo indispensable.

Frente a las actitudes y conductas paternalistas y proteccionistas adultas que tienden a excluir a la infancia de muchos actos participativos, se nos plantea la necesidad de efectuar una valoración positiva del rol social que ha de jugar ésta y, en consecuencia, de escuchar y recoger su visión acerca de su realidad, las/os niñas/os son ciudadanas/os de pleno derecho de la comunidad en la que viven y como tales, deben participar y ser tenidos/as en cuenta -con independencia del criterio edad- como cualquier otro miembro de la sociedad, esto supone correr los del adultocentrismo.

En el siguiente cuadro comparativo (6) observamos en detalle tres columnas: donde en una primera podemos visualizar, lo que ocurría antes de la sanción de la CDN, en el marco de la llamada doctrina de la situación irregular, donde la voz de niñas, niños y adolescentes era silenciada y suplida por la del mundo adulto.

Una segunda columna, ya con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, con una interpretación restringida que supedita la posibilidad de ejercer derechos a la edad.

Y una tercera columna con la interpretación amplia que reconoce a NNA como sujetos plenos de derechos, donde las niñas y los niños tienen una verdadera participación.



VI. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño vino a conmover los principios desde los cuales se concibe a Niñas Niños y Adolescentes.

El extraordinario valor de la Convención lo encontramos en el reconocimiento que se hace de la dignidad de las niñas, niños y adolescentes, como persona, y por lo tanto de sus derechos. Cambia el paradigma para la consideración de la infancia y la adolescencia.

La Convención se apoya en 4 principios rectores, el derecho a ser escuchado, el derecho a la no discriminación; el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.

El marco normativo convencional y legal dispone sobre la efectividad del ejercicio, de niñas, niños y adolescentes, a ser escuchados bajo una modalidad de escucha activa.

VII. CORPUS IURIS INTERNACIONAL

El concepto de corpus juris en materia de niñez importa el reconocimiento sobre la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas para garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

El marco normativo constitucional y convencional de los derechos de niñas, niños y adolescentes, se integra por:

- Los derechos y garantías de la Constitución Nacional, el marco convencional que describe el art. 75 inc.22, las Recomendaciones de los Organismos Internacionales y Regionales y las Opiniones Consultivas y Jurisprudencia de la Corte IDH.
- Las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño en particular la Observación General Nro 12 (2009) sobre El derecho del niño a ser escuchado (artículo 12) y la Observación General Nro 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3 párrafo 1).
- Las recomendaciones periódicas del Comité de Derechos del Niño a la Argentina. La Observación final del año 2018.
- La Jurisprudencia de la Corte IDH.
- La Opinión consultiva OC-17-2002 sobre la Condición jurídica y Derechos Humanos del niño de la Corte IDH.
- El Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH N° 5 sobre Niños y Niñas.
- El Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte CIDH N° 7 sobre Control de Convencionalidad.

VIII. EL DERECHO A SER ESCUCHADO/A

El derecho a ser escuchado/a se encuentra contemplado en el artículo 12 de la CDN que establece:

«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a 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.

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»

La Observación General 12, en el párrafo 20, expresa que estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación, los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones.

Al contrario, deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

Y subraya que el concepto del niño como portador de derechos está «firmemente asentado en la vida diaria del niño» desde las primeras etapas.

Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente.

Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. OG 12. Párrafo 21.

El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. OG 14. Párrafo 53.

IX. CONTEXTO DONDE SE REALIZA LA ESCUCHA

La Observación General 12, en el párrafo 34, expresa que no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños.

Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas (7).

X. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. INTERRELACIÓN ENTRE AMBOS PRINCIPIOS

La Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resalta 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.

La Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño.-Artículo 3 interés superior del niño- expresa que el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Párrafo 1.

La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. (OG 14. Párrafo 5).

El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

Un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

Un derecho: a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

Un principio: porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Una norma: siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de niñas y niños. OG14. Párrafo 6.

XI. FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - LA VIOLACIÓN DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES POR LOS ORGANISMOS DE LOS ESTADOS

Diferentes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ilustran sobre los hechos que dan lugar a la violación de derechos de niñas, niños y adolescentes por los organismos de los Estados.

En el Caso Karen Atala Riffo, y niñas vs. Chile, la CoIDH dictó sentencia el día 24 de febrero de 2012, sobre la custodia parental de las hijas, revisó el fallo de la justicia chilena que en el año 2005 había concedido la custodia al padre, a causa de la orientación sexual de la madre.

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.

Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría el cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica.

En noviembre de 2002 la pareja mujer de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas.

En enero de 2003 el padre de las tres hijas interpuso una demanda de custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica.

En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición.

En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva.

«En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una 'familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social', y no en una 'familia excepcional', refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la 'familia tradicional').» P.145

La CoIDH observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos.

La CoIDH constata que la Corte Suprema de Chile se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres hijas menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición (8).

La CoIDH concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R. por lo que declaró al Estado Chileno internacionalmente responsable por la violación del derecho a ser oídas (9).

XII. ASISTENCIA JURÍDICA ESPECIALIZADA

El derecho a ser escuchado -artículo 12 y la Observación General N° 12 del Comité- que implica expresar libremente su opinión en todo asunto que le concierna en un proceso judicial o administrativo, alude a la defensa material y a la asistencia jurídica especializada. Es un DERECHO, que tiene el correlato el DEBER de tomar en cuenta sus expresiones y deseos.

La Observación General 14 Párrafo 96, expresa que el niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada.

La Observación general N° 12 en los párrafos 35 al 37 al referirse a la escucha,

recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento. Párrafo 36. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona.

En el informe periódico del Comité de los Derechos del Niño en relación a Argentina -Observaciones finales del Comité sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, 2018-; a la luz de la Observación general N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado: alienta al Estado Parte a velar porque las opiniones de niños sean tenidas debidamente en cuenta en la familia, las escuelas, los tribunales y en todos los procesos administrativos y de otra índole que les conciernan, entre otras cosas, mediante la adopción de legislación apropiada, la capacitación de los profesionales, incluido el fortalecimiento del papel de los abogados que representan a los niños para garantizar de manera plena su derecho a ser escuchados en los procedimientos judiciales, y la realización de actividades específicas en las escuelas y de sensibilización general.

En un caso reciente el de «María» y su hijo «Mariano» (10), respecto de Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sometió el 25 de abril de 2022 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) el caso por violaciones cometidas durante el proceso de guarda y adopción del hijo de «María», una madre adolescente de 13 años, ocurrido en el año 2016.

La Comisión observó que Argentina no cumplió con su obligación de adoptar todas las medidas posibles para que «Mariano» permanezca con su familia biológica, la cual había expresado la intención de hacerse cargo de la crianza semanas antes del parto.

En su lugar, las autoridades judiciales entregaron al niño a un matrimonio en carácter de guardadores pre adoptivos, sin ningún tipo de fundamentación.

La madre y la abuela no recibieron asesoramiento para consentir la adopción de manera previa, libre e informada, en especial teniendo en cuenta la situación de «María» de niña gestante víctima de violencia sexual.

Tampoco se les otorgó una representación legal de oficio adecuada para presentar un recurso de manera oportuna, y una vez que tuvieron los medios para hacerlo, el Estado demoró un año en dar respuesta a la solicitud para reestablecer el vínculo entre madre e hijo. Se ordenó un régimen de visitas. Pero, a la fecha «Mariano» continua en custodia de la familia adoptiva.

La Comisión declaró al Estado Argentino responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, vida familiar, protección a la familia, igualdad y protección judicial, consagrados en los artículos 5, 8.1, 17, 11, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con sus artículos 19 (derechos del niño) y 1.1, y por la violación del derecho de «María» a vivir una vida libre de violencia, establecido en el artículo 7 de la Convención Belem do Pará.

En su Informe la Comisión recomendó al Estado:

- 1.- reparar de manera integral a «María» y a su madre
- 2.- garantizar el vínculo de la madre con el niño
- 3.- investigar las actuaciones y responsabilidad del personal judicial o administrativo que intervino en el caso.
- 4.- poner en marcha, la adopción de medidas en políticas públicas y capacitación en materia de embarazo adolescente y de procesos de guarda o custodia de niños y niñas de madres adolescentes.
- 5.- la adopción de medidas de no repetición destinadas a garantizar que toda niña o adolescente tenga asistencia jurídica, multidisciplinar y gratuita antes de consentir la entrega de su hijo o hija.

XIII. NORMATIVA NACIONAL

1.- El corpus juris convencional se complementa con la normativa nacional. La Ley 26.061 (28 de septiembre de 2005) y el Decreto reglamentario Nº 415/06 en el artículo 27 contemplan expresamente la asistencia letrada. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- 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 primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- 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 Reglamento de la Ley 26061 en el artículo 27 expresa: «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 Público. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que, a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley Nº 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades».

En este escenario la defensa técnica de niños, niñas y adolescentes es una realidad normativa.

El artículo 27 de la ley 26.061 debe ser interpretado a la luz del principio de progresividad de derechos y el principio pro persona. En esta línea, su interpretación habrá de ajustarse a la solución derivada de aquellas reglas de la hermenéutica que le concedan a la normativa bajo examen la mayor amplitud, permitiendo la plena vigencia de los derechos humanos, es decir, que le otorguen el más amplio vigor al reconocimiento de los mismos.

En este orden de ideas, vedarle a niñas/os su acceso a la justicia no parece ser el camino indicado si realmente se persigue garantizarles el ejercicio efectivo de todos sus derechos.

2.- El Código Civil y Comercial auspiciosamente promueve la vigencia de la capacidad como principio general, aplicando el Principio pro persona, dispone el imperativo del control de constitucionalidad y convencionalidad (arts. 1 y 2) pero plantea la consideración a la capacidad progresiva describiendo sólo algunas situaciones concretas con respecto al asesoramiento legal y patrocinio jurídico de niñas, niños y adolescentes, a los casos en que exista un conflicto de intereses con sus representantes legales, en franca contradicción con el marco normativo que lo consagra como garantía del debido proceso legal, para todo tipo de proceso judicial o administrativo que involucre directamente a NNA.

De manera tal que, como garantía que integra el debido proceso, no puede quedar limitada a la existencia de intereses contrapuestos con los representantes legales, ni tampoco sujeta a discreción judicial la facultad de definir la conveniencia o inconveniencia de designar patrocinio letrado en la niñez. Y justamente ello es así, debido a que su participación en el proceso con patrocinio letrado propio no proviene de una potestad del juez sino de un mandato establecido en la normativa nacional e internacional.

En este aspecto destacamos la valía de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación porque dan un plexo imperativo en términos de la ley aplicable conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte; expresan que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

XIV. NORMATIVA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por su parte en la Provincia de Buenos Aires se sancionó en el año 2013 la Ley de Abogado del Niño, que fue promulgada en 2014 y lleva el Nº 14.568. La misma dispone en el artículo 1 que, Cumpliendo con lo establecido por el Artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061, se crea en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

Se crea el Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

En este sentido la Ley provincial 14.568, recepta de manera específica y concreta la defensa técnica jurídica, incorporado al sistema

de procedimiento bonaerense la figura del «Abogado del Niño».

En la actualidad en todos los departamentos judiciales de la Provincia ejercen abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes.

XV. A MODO DE CIERRE

Es indispensable comprender que estamos hablando del diseño y la implementación de políticas públicas y el abordaje de las prácticas desde un enfoque de derechos con perspectiva de infancia. Todo ello requiere de: la remoción de obstáculos; la modificación de procedimientos; el cuestionamiento de estructuras de pensamiento; interpela las prácticas profesionales particulares y de quienes integran organismos estatales; requiere una práctica profesional ética de abogadas y abogados en el asesoramiento y patrocinio de niñas, niños y adolescentes. Las abogadas y los abogados de niñas niños y adolescentes tenemos el compromiso de garantizar una práctica subjetivante, hacer efectivo el derecho a ser escuchada/o, respetar la singularidad de cada niña, niño y adolescente reconociéndola/o como sujeto de derecho y de deseo.

(1) Siguiendo a Carballada, Alfredo (2012): La intervención en lo social como proceso. Buenos Aires, Espacio. Carballada, Alfredo (2008): Escuchar las prácticas. Buenos Aires, Espacio.

(2) Granica Adriana. «Miradas sobre el rol del abogado del niño, desde la convención hasta nuestros días». Que se vengán los niños. Disponible en <http://derechosdeinfanciasfederal.blogspot.com/2014/01/abogado-del-nino-por-adriana-granica.html>

(3) Bleichmar, Silvia (2008). Violencia social. Violencia escolar: De la puesta de límites a la construcción de legalidades. Buenos Aires: Noveduc, Pág. 33.

(4) Bleichmar, Silvia (2010). El desmantelamiento de la subjetividad. Estallido del yo. Violencia social. Violencia escolar: De la puesta de límites a la construcción de legalidades. Buenos Aires. Topia editorial. Pág.54.

(5) Ver: Abogado del niño como práctica subjetivante, Dr. Rubén Efron y Sara Cánepa <https://www.saracanepa.com.ar/images/blogmanagement/posts/Abogado%20del%20ni%C3%B1o%20como%20pr%C3%A1ctica%20ubjetivante.pdf>

(6) Siguiendo a: Javier Argos González María Pilar Ezquerro Muñoz Ana Castro Zubizarreta Departamento de Educación, Universidad de Cantabria, España. Año 2008. Escuchando la voz de la infancia en los procesos de cambio e investigación educativos. Aproximación al estudio de las transiciones entre las etapas de educación infantil y educación primaria.

(7) Para mayor profundidad ver: Escuchar a niños, niñas y adolescentes; un proceso que se construye. Dr. Ruben Efron Dra. Susana Disalvo Lic. María de los Angeles Goñi. APDH. documento presentado ante el Comité derechos del niño en el día de debate general sobre la escucha.

(8) «Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (.) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (.), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.» P. 146

(9) «Puntos resolutivos. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R. ->

(10) Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/105.asp>

(*) Abogada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Defensora de Derechos Humanos; con especialidad y práctica profesional en derechos humanos, niñez, adolescencia y familia; desde marzo de 1982 hasta la actualidad. Abogada de niñas, niños y adolescentes, inscripta Registro CALP. Presidenta de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA del Colegio de la Abogacía de La Plata. CALP. Directora Académica y docente del Curso de Formación Teórico-Práctica para la Inscripción de Abogadas/os de NNA en el Registro de Abogadas/os de NNA. Colegio de la Abogacía de La Plata. Docente del Curso de Capacitación Teórico-Práctico de Abogadas y Abogados de niñas, niños y adolescentes en el Colegio de la Abogacía de La Plata, Colegio de Abogados de San Martín, Colegio de Abogados de Morón y del Colegio de Abogados de La Matanza, Directora y Docente Responsable de la Diplomatura Universitaria en Niñez y Adolescencia UNNOBA. Trayectoria completa en sitio www.saracanepa.com.ar

(**) Abogada. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Especialista en Derecho de Familia. UNLP. Presidenta de la Comisión de Género Colegio de la Abogacía de La Plata CALP. Vicepresidenta de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA Colegio de la Abogacía de La Plata CALP. Abogada de Niñas, niños y adolescentes, inscripta Registro CALP. Directora de Posgrados UCALP. Profesora titular del Posgrado en Derecho de Familia. UNLP. Directora Académica del Curso de Formación Teórico-Práctico para la Inscripción de Abogadas/os de NNA en el Registro de Abogadas/os de NNA. CALP. Docente del Curso Anual de Capacitación Teórico-Práctico de Abogadas/os de NNA, en la UNL, en el Colegio de la Abogacía de La Plata y Colegio de

Abogados de: San Martín, Morón, Azul y La Matanza, Directora y Docente Responsable de la Diplomatura Universitaria en Niñez y Adolescencia. UNNOBA. Trayectoria completa en <https://linktr.ee/mariadonato>