

El tiempo de los niños:

Derechos fundamentales del niño a la
luz de los nuevos paradigmas

Miriam S. Assef*
sassef@hotmail.com

Resumen

Evolución de la legislación que refiere a los derechos de los niños, niñas y adolescente desde la sanción e incorporación de la Convención de los derechos del niño, niña y adolescentes (CDN) a la normativa local. Importancia de la escucha del niño para su desarrollo emocional, físico e intelectual. Necesidad de aceptación e implementación de el derecho a ser oído.

objeto - sujeto - interés superior

Abogada - Profesora y coordinadora de la cátedra de Derecho Civil I. Fadecs. UNComahue.

Children´s time: Children´s fundamental rights in the light of the new paradigms

object - subject - best interests

Before the inclusion of the Children´s Rights Convention to Argentinian legislation, minors´ absolute incompetence was granted de facto. Their rights were thus bound to a limited range of timidly permitted acts. Children were not visible within the scope of the Law and whenever their interests were at stake, solutions were worked out in a random fashion, depending on the good will of their representative. Until the age of 14, minors had no power of will. From the age of 14 to the age of 21 the Law granted them some competences, which were always subjected and bound to the general principle of incompetence.

Hasta que fuera incorporada la **Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente** a la legislación argentina los niños eran considerados incapaces de hecho absolutos. Este principio no hacía más que limitar sus derechos a una esfera acotada de actos tímidamente permitidos. Los niños desaparecían en el ámbito del derecho y todo aquel asunto en que sus intereses estaban en juego eran resueltos conforme las bondades de criterio de su representante. Así y hasta los 14 años el menor de edad no tenía voluntad. A partir de los 14 y hasta los 21 la ley le reconocía algunas capacidades pero siempre estaban sujetas y limitadas al principio general de incapacidad.

Convención de los Derechos del niño, niña y adolescente (CDN) y Ley 20061

En 1979 la Convención Internacional de Naciones Unidas comenzó la redacción de la **Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente** (CDN) siendo aprobada el 20 de Noviembre de 1989, ratificada por la ley nacional 23849 y publicada el 22 de octubre de 1990, convirtiéndose así, en el primer instrumento internacional que proclama los derechos humanos a los niños. La CDN es uno de los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución Nacional les otorga conforme el art. 75, inc. 22, C.N. y con supremacía a las normas internas.

En el fallo *Ekmedjian c/ Sofovich*, la Corte de Justicia de la Nación Argentina afirma que los tratados aprobados por nuestro país son directamente operativos en el derecho interno, imperativos para los jueces si refieren a derechos humanos. Ingresan directa y automáticamente al derecho interno y deben interpretarse de buena fe. Entonces, el reconocimiento de los derechos humanos de los niños es indiscutiblemente obligatorio, tanto para los individuos como para el Estado.

La CDN reconoce derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales a los niños y garantiza su ejercicio de parte del Estado y los particulares en tanto a éstos

últimos les impone la obligación de denunciar cuando tome noticia de la violación de las garantías.

En su primera parte garantiza el derecho a la vida, al nombre, a la nacionalidad, a la identidad, a la intimidad, a la unión familiar, a ser oído, a la libertad de expresión y de información, a la libertad de pensamiento, de asociación, a la intimidad, honra y reputación, a vivir en su entorno familiar, a la salud en su más alto nivel, a la protección contra abusos y maltratos, a la seguridad social, a la educación, a un nivel de vida acorde a su desarrollo, al descanso y esparcimiento. Será protegido contra la explotación económica, abuso sexual, torturas, contra consumo de estupefacientes y tráfico de niños. Aclara que en los caso de niños en conflicto con la ley penal, deberán recibir un trato digno, ser informado, asistido y privado de la libertad excepcionalmente y por un corto lapso, evitando la institucionalización en todos los casos. En su segunda parte la CDN crea el Comité Internacional de los Derechos del Niño.

Luego se sancionó su par nacional, la **ley 26061** el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre de 2005. Ambas garantizan al niño un cúmulo de derechos básicos para su desarrollo personal. Estas normas se organizan en dos grandes partes, la de las garantías reconocidas y la creadora de organismos gubernamentales que facilitarán el goce de los derechos.

Introduciéndonos en el análisis de la **ley 26061** diremos que en su primera parte reconoce derechos y garantías, refrendando los ya reconocidos por la CDN pero ampliándolos. Agrega el derecho a adquirir el Documento Nacional de Identidad, a un medio ambiente sano y a no ser privado de la libertad salvo que sea impostergable y en tanto no supere un periodo mayor a los 90 días.

En su artículo 3° define el Interés Superior del Niño como **la máxima satisfacción integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos** en esa norma y agrega: "debiéndose respetar a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c)

El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes”.

Más adelante, la ley, define políticas públicas que consisten en el fortalecimiento de la familia, la descentralización de los organismos de aplicación, gestión asociada de los organismos involucrados y la promoción de redes sociales.

En su artículo 27° establece garantías mínimas en los procesos, que contienen el derecho a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta, a ser asistido por un letrado y a participar activamente en el proceso.

Creando los organismos encargados de garantizar los derechos reconocidos, la Secretaría de la Niñez Adolescencia y Familia, el Consejo Federal, el Defensor del Niño como organismos gubernamentales. En tanto los no gubernamentales son aquellos dirigidos por los particulares y que se involucran con la temática de la niñez.

Finalmente la ley 26061 define medidas de protección integradas por becas, programas de fortalecimiento y apoyo familiar, asistencias médicas, psicológicas y toda otra medida que tienda a la promoción del ejercicio de los derechos del niño. Asimismo considera como medida excepcional la de apartar al niño de su familia.

Tanto la CDN como la Ley Nacional 26061 establecen como principios rectores: el Interés Superior del Niño, la Capacidad Progresiva, el Niño como Sujeto de Derecho,

el Derecho a ser Oído, la Responsabilidad Parental, el Estado como garante, el desuso del término “menor”, el concepto de Familia Ampliada, la figura del Defensor del Niño y su Participación en Juicio, la no institucionalización, la unificación de las materias en un solo cuerpo legal en materia de derechos y garantías.

En consonancia con los nuevos paradigmas se sanciona la ley 26579 que modifica la edad para la adquisición de la plena capacidad fijando los 18 años como el umbral para alcanzar la mayoría de edad. Ésta norma deroga la emancipación dativa, dejando en vigencia solo a la emancipación por matrimonio.

Ley 4109 de la provincia de Río Negro

Por su parte la Provincia de Río Negro sanciona la **ley 4109**, promulgada el 31 de Julio de 2006 y publicada el 17 de Agosto de 2006. Esta norma provincial reproduce una vez más los derechos que ya les hubieran reconocido a los niños las normas internacionales y nacionales.

En su artículo 5° dispone que las garantías de los niños gozarán de prioridad, entendiéndose por tal a la preferencia para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, atención en los servicios públicos, formulación y en la ejecución de las políticas sociales, asignación de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la infancia y la adolescencia.

Luego, en su artículo 7°, aclara que el Estado garantiza la igualdad real de oportunidades, de trato, de goce de los derechos humanos reconocidos en la CN, Tratados Internacionales y Leyes Nacionales.

La 4109 advierte que la falta de recursos materiales en el ámbito familiar no será causa suficiente para apartar a los niños de su familia.

En su Título III dispone pautas básicas de Políticas Públicas destacándose, entre ellas, a las de promoción de potencialidades de los niños, la interdisciplinar en el tratamiento de la problemática, la contención psicológica y la descentralización de la aplicación de programas de

asistencia y protección.

Establece la obligación de denunciar ante la violación o la amenaza de los derechos del niño, tanto de particulares como de los funcionarios que tomen noticia de ello.

La ley rionegrina, en su artículo 10, refiere al Interés Superior diciendo: "A todos los efectos emergentes de la presente Ley, se entiende por interés superior de niñas, niños y adolescentes al principio de interpretación y aplicación de la ley de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que los involucran. Ese principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Para determinar el interés superior de la niña, el niño y el adolescente en una situación concreta se debe apreciar: a) La opinión de la niña, niño y adolescente. b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de la niña, niño y adolescente y sus deberes. c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías de la niña, niño o adolescente. d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías de la niña, niño o adolescente. e) La condición específica de la niña, niño o adolescente como persona en desarrollo."

Por último la ley patagónica crea el Consejo de los Derechos del niño, niña y adolescente de Río Negro integrado por representantes del Poder Ejecutivo, del Legislativo y de Organizaciones no gubernamentales encargado de diseñar políticas públicas de la niñez, controlar su aplicación, elaborar leyes, informar anualmente y asesorar al gobierno. Asimismo establece la creación de organismos de atención y el registro de organismos no gubernamentales.

Algunos paradigmas fundamentales

La CDN fue redactada por la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 1989, adoptada por nuestro país en el 1990 por ley 23849. La ley 26061 se sanciona

en 2005, luego de 15 años de vigencia de la CDN. Con cierta pereza fuimos aceitando la nueva tendencia, transcurrieron 26 años (1979-2005) desde que las inclinaciones mundiales y las miradas sobre el niño se modificaran radicalmente para que el andamiaje jurídico argentino tratara el tema y dictara las normas que organicen su aplicación.

Parecería que ha llegado el **tiempo de los niños**. No podía ser de otro modo, la sociedad cuenta con mayores recursos que nos permiten comprender profundamente la situación del niño en su particularidad. El aporte de las ciencias que estudian a la persona, la psicología, la psiquiatría, medicina y la filosofía fundamentalmente, nos facilitan constantes conocimientos integrales que no pueden ser desoídos en el mundo del derecho.

El Sistema Garantista deja atrás al Sistema del Patronato de la ley 10903, derogándolo expresamente en el artículo 76° de la ley 26061, afianzando los **nuevos paradigmas**. La antigua legislación restringía y limitaba, la nueva legislación reconoce y promueve.

El antiguo sistema solo se ocupaba de los niños considerados "irregulares", aquellos que se encontraban en conflicto con la ley penal o si eran abandonados. De los que no estaban en problemas se ocupaba la familia, quedaban fuera de regulación normativa.

Los niños no eran considerados como sujetos de derechos, eran comprendidos desde sus carencias que los configuraban como objetos de protección y control por parte del Estado y la sociedad, quienes a la vez debían proveerlos de tutela y asistencia. La nueva legislación les reconoce a los niños el goce y ejercicio los mismos derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos que los adultos y algunos derechos especiales en su condición de sujetos en desarrollo y con una sensibilidad mayor.

Ya no se resolverán los problemas fuera del ámbito familiar y el Estado auxiliará a la familia para encontrar soluciones a los inconvenientes que atravesase mediante apoyos psicológicos, económicos y todo aquello que la situación amerite. El Decreto 415/2006, que reglamenta

la ley 26061, en su artículo 7 dice: “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”.

Introducen el concepto de Familia Ampliada entendiéndolo por ésta al medio familiar, social y cultural en el que el niño se desarrolle. Dejamos atrás el concepto de familia nucleada por vínculos sanguíneos o políticos para abarcar a todos los sujetos que forman parte de la vida afectiva y de interés del niño. Las situaciones críticas ya no son analizadas en un contexto intra-familiar sino como consecuencia de factores sociales y culturales de los que todos somos responsables y el Estado debe atender.

El Poder Judicial, muy activo en las épocas del Patronato, hoy se convierte en un Poder de control de legalidad de los actos en los que el niño o sus intereses sean alcanzados. El Juez deja de ser el “buen padre de familia del niño” para convertirse en un técnico que controlará la legalidad de los actos vinculados al niño. Ya no goza de facultades omnímodas, sino que está limitado por las garantías reconocidas y el nuevo principio general de capacidad progresiva. Es el Poder Ejecutivo el que adquiere fundamental importancia en ésta etapa, a través de sus rol preventivo y auxiliando a la familia en crisis.

El niño deja de ser un objeto de derecho, cuya voluntad es totalmente aniquilada, tiene “voz” y “capacidad”, es **sujeto**, puede intervenir directamente en sus asuntos en su condición de sujeto en desarrollo y con una capacidad que irá en progreso en tanto vaya adquiriendo habilidades intelectuales y emocionales.

Nace el Interés Superior del niño, interés que se

convierte en brújula ante la toma de decisiones que refieren a él. No existe frente al interés del niño otro interés o derecho mejor o superior que desplace al de ese niño. El niño, sujeto social por demás sensible, es protegido ante todo otro sujeto o interés que se le oponga. Ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe ser prioridad.

Los progenitores deben ahora cumplir con su "Responsabilidad Parental", la patria potestad como una facultad omnipotente desaparece para contener, ante todo, la obligación de cuidado y sustento. El ejercicio de las facultades paternas deberá desarrollarse en un marco de absoluto respeto por la persona del niño y sus derechos y debe propender a su pleno desarrollo en óptimas condiciones.

El niño es capaz, con capacidad progresiva. Se debe contemplar cada situación particular para determinar su grado de madurez y su comprensión de las distintas contingencias que lo involucren. El niño es protagonista de su propia vida, en la medida que avance en su madurez psicológica, física y emocional gozará de mayor autonomía. Es el concepto de autonomía el que debe primar y no una edad cronológica que fije a priori la capacidad del niño para intervenir activamente. Así el artículo 5° de la CDN hace mención a la "evolución de sus facultades". En tanto el artículo 3°, de la ley 26061 impone la obligación de respetar: "su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales". Los derechos serán ejercidos por los niños de acuerdo a la etapa de evolución y desarrollo en la que se encuentre, siendo éste el parámetro para determinar el grado de autonomía.

La legislación actual compromete al Estado, a la familia y a la sociedad en la generación de las condiciones para que el niño desarrolle su máximo grado de autodeterminación y puedan ejercer por sí, sus derechos.

Derecho a ser oído

Si bien los nuevos albores legislativos reconocen, sin atisbo de duda, el ejercicio de los derechos humanos

y personalísimos a los niños, niñas y adolescentes y todos ellos son de trascendencia incuestionable, existe un derecho fundamental que se destaca entre los otros, **el derecho a ser oído**.

Todos los derechos revisten un valor trascendental pero el derecho del niño a ser oído impone cambios fundamentales en las prácticas procesales, una actitud radicalmente diferente de los actores que entienden en ésta temática y es por ese motivo merece su tratamiento en un acápite individual.

La Convención sobre los Derechos del Niño introduce un nuevo concepto a nuestra legislación, disponiendo en su artículo 12.1 que: *“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;. 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 procedimientos de la ley nacional.” Este derecho se vincula íntimamente con los reconocidos en los artículos 13° y 14° de la misma Convención, los derechos a la libertad de expresión y libertad de pensamiento.*

En armonía con la ley fundamental, el art. 27 de la ley 26.061, establece que “el niño tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y en caso de carecer de recursos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine, a participar activamente en todo el procedimiento, a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”. Los artículos 10° y 18° de la ley 4109 también lo contempla.

Por su parte, La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en reiteradas oportunidades ha

manifestado que la trascendencia de la decisión sobre el destino del niño exige que quien vaya a resolver lo conozca, no importando la edad, sino que *"...sea cual fuere su edad, será indispensable verlo, porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de los certificados, informes y constancias foliadas; para ser protegido el niño necesita la mirada del juez...."*-S.C.B.A., Ac.78446, 27/6/2001. Claro ésta, la S.C.B.A considera que es fundamental que entre el niño y el juez no deban existir los intermediarios.

No cabe duda, lo que debemos oír del niño es su propio juicio. Juicio, porque emitirá opinión sobre lo bueno y lo malo, lo conveniente e inconveniente y propio porque será peculiar, será su "modo particular" de entender las tramas que lo involucran.

Es imperativo que el juez deba tomar contacto directo con el niño, debe conocer sus particularidades, su entorno, su personalidad, su mirada de la situación, lo que necesita y desea.

La persona requiere, para el desarrollo de una formación equilibrada de su personalidad, la posibilidad de expresar sus ideas y sentimientos, la oportunidad de ser respetado desde su individualidad. La libertad de expresión es una exteriorización de la libertad de pensamiento, que emerge sólo cuando puede exteriorizarse. El desarrollo emocional e intelectual exige, más aún en los primeros años, la posibilidad de manifestarse.

Hasta aquí en los tribunales, las decisiones sobre el niño se tomaban conforme la mirada de los mayores sobre lo providencial para él. En otros tiempos se sostenía la idea de que el niño no sabía lo que le era provechoso, atributo que sólo se le reconocía a los adultos. Sin embargo la apreciación del representante o del juez no podía ser la misma que la del niño, pues los pareceres y sentires son siempre personales. Se decidía sobre su vida sin siquiera escucharlo.

La posibilidad de expresión y la escucha conforman el respeto hacia la persona, colaborando con el desarrollo pleno de la personalidad. Es claro que en el niño el desarrollo intelectual y emocional va en pleno crecimiento y

en forma progresiva y varios son los elementos que aportan a esa evolución. Oírlos, permitirá cooperar con ese proceso y aportará una mirada integral de las cuestiones que pueden afectarlo, induciendo a una solución más acertada y sobre bases fácticas genuinas.

Algunos pensadores, al hablar de la formación de la personalidad ponen énfasis en las experiencias de la primera infancia, otros en la herencia, y otros atribuyen el papel fundamental al medio ambiente. Como podrá apreciarse estos múltiples factores son absolutamente individuales, cada persona recibirá influencias subjetivas y conforme a su personalidad, ellas le influirán de un modo distinto a otro individuo.

"La psiquiatra y psicoanalista francesa Françoise Dolto (1908-1988) ya había abordado el tema con profunda conciencia y había llevado a cabo una cura psicoanalítica, escuchaba a verdaderos sujetos, considerando que los niños de un año entienden, a su manera, perfectamente las cosas. Así, los abstraía de su estatuto social de infans, etimológicamente el que no tiene derecho a la palabra.

Consideraba que "para el adulto, es un escándalo que el ser humano durante la infancia sea su igual". Françoise Dolto, consideraba que lo peor para un ser humano es lo que permanece sin sentido: lo que no pasa al lenguaje. Creó una versión viva y accesible del psicoanálisis, intentando proporcionar a los padres la posibilidad de elaborar su propio procedimiento a través del respeto, la escucha y la confianza concedidos al niño. -Jean-Claude Liaude Psicoanalista y psicólogo"-

Luego, estos especialistas aseguraban que el niño al no contar con el espacio de la expresión, manifestaba en síntomas la palabra truncada. Consecuentemente la falta de palabra derivaba en la afección a otros derechos personalísimos, el de la integridad física, espiritual y al pleno desarrollo de sus capacidades naturales. La escucha permite entender la interferencia de las situaciones de la vida de cada niño, en su individualidad, en sus emociones

y en sus ideas.

En armonía con esos conceptos el filósofo Eduardo Galeano opina que: *“las problemáticas de los niños son responsabilidad de los adultos. Esto no se debe, en absoluto, a la carencia de voz de los niños (infancia) sino a la dificultad que poseen ciertos adultos para detectar, atender y dar respuesta a lo que los niños dicen incesantemente en sus diversas modalidades de expresión”*.

Estas aristas se aprecian, más aún, en el Derecho de Familia, materia en que el niño se ve afectado por la calidad del vínculo de los progenitores, las disputas aguerriadas de los padres separados, la determinación de alimentos, régimen de visitas y tenencia. Estos desacuerdos inciden en forma directa sobre el niño y a veces lo convierten nuevamente, en **objeto** de intereses mezquinos de sus propios padres. Ante la inestabilidad emocional de los representantes legales, es imperioso que el niño sea abarcado en forma individual, apartado de la realidad de sus progenitores y contemplado en su propia realidad.

El método de escucha varía de acuerdo a la edad del niño, pero siempre es posible escucharlo con la ayuda de las ciencias auxiliares. No dudamos que un niño se expresa no sólo en la palabra sino también a través de dibujos, juego, síntomas y reacciones. La ciencia del derecho no se basta a sí misma en esta materia, requiere indefectiblemente la asistencia de otras sapiencias.

Es sabido que aunque los hombres del derecho percibíamos las bondades de éste cambio radical, nos resultó muy dificultoso llevarlas a la práctica.

No es posible un abordaje eficaz de la problemática si no se ponen énfasis en la práctica los nuevos modelos con actitud decidida y sin rodeos. Se hace imprescindible mirar la realidad con nuevos ojos y profunda convicción de necesidades de cambios. La sociedad ha cambiado vertiginosamente en los últimos tiempos, las circunstancias son radicalmente distintas a las de las épocas del sistema patronal. El derecho sólo es útil en tanto aporte a convivencias armoniosas, pero siempre en base a realidades. De otra forma, se convierte en letra inanimada que en nada colabora con el desarrollo social.