

XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

El derecho de participación-opinión de niños, niñas y adolescentes. En el ordenamiento jurídico argentino.

María Romina Cristini.

Cita:

María Romina Cristini (2009). *El derecho de participación-opinión de niños, niñas y adolescentes. En el ordenamiento jurídico argentino. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-062/1858>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

El derecho de participación-opinión de niños, niñas y adolescentes

En el ordenamiento jurídico argentino

María Romina Cristini

Universidad Nacional de Córdoba:

-Maestranda de la Maestría en Administración Pública con mención en Análisis y Gestión de Políticas Públicas -IIFAP- UNC.

-Becaria de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNC. Presentación del proyecto de tesis de maestría: "El derecho de participación – opinión en las políticas públicas para infancia". Aprobado con financiamiento. Año 2008.

-Miembro del equipo de investigación del proyecto "Infancia y Derecho: nuevo contexto" dependiente del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC, aprobado con subsidio por la SeCyT, en ejecución.

rominacristini@gmail.com

EL ENFOQUE DE DERECHOS

El enfoque de derechos, en el ámbito de las políticas públicas, toma al derecho Internacional sobre Derechos Humanos como marco teórico y conceptual. Así, las Convenciones Internacionales ratificadas por los estados se constituyen en la guía que se debe seguir en los procesos de diagnóstico, definición, diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas.

El discurso sobre derechos humanos en América Latina surgió como estrategia de lucha en contra el autoritarismo de los estados en las décadas del 70 y 80, de esta manera para frenar los abusos de poder se construyó a partir de obligaciones negativas de los estados (obligaciones de no hacer). En los últimos años y especialmente con la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales se fueron incorporando obligaciones positivas a los estados.

En este sentido, *“En los últimos años, el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el derecho internacional sobre los derechos humanos ha fijado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado, sino también un cúmulo de obligaciones positivas. Esto significa que ha definido con mayor precisión no solo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer para lograr la plena materialización de los derechos civiles y políticos y también económicos, sociales y culturales”*. (Abramovich: 2008;7)

El paradigma de derechos implica, entonces, la responsabilidad de los estados en el cumplimiento de los compromisos asumidos en las convenciones internacionales de derechos humanos y los individuos son concebidos desde esta perspectiva como ciudadanos sujetos de derechos.

Esta titularidad de derechos de los individuos de una comunidad los dota de poder para reclamar al estado el cumplimiento de sus obligaciones a los fines de que aquéllos derechos de los que son titulares se efectivicen.

“Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento”. (Abramovich: 2008;3)

Dos principios iluminan este enfoque de derechos: el de interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, y culturales y el de no regresividad, que implica que los estados no pueden adoptar medidas que empeoren el goce de derechos vigentes, debiendo, por el contrario adoptar medidas que generen un incremento progresivo y gradual en el mismo.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989 fue ratificada por el Congreso Argentino en septiembre de 1990, promulgada como ley nacional 23.849 en octubre de ese mismo año y elevada a rango constitucional a partir de su incorporación al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994.

Esta Convención es un instrumento normativo que contiene un catálogo de derechos que se constituyen como guía de acción para la puesta en marcha de políticas públicas de niñez.

En este sentido el art. 4 de la CIDN establece: *Los estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a*

los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Vemos, entonces, como el estado Argentino es responsable de la efectivización de los derechos de los cuáles los niños, niñas y adolescentes (NNA) son titulares. El ejercicio de esta responsabilidad se traduce en el cumplimiento de obligaciones positivas y/o negativas, exigibles por los ciudadanos. El enfoque de derechos y las estrategias de desarrollo han transitado por carriles separados, sin embargo, *“Muchos de los conceptos habituales en el lenguaje del desarrollo, como la reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno y la responsabilidad y rendición de cuentas (accountability), se refieren a los mismos temas que en el campo de los derechos son descritos como el alcance de los derechos a la salud, a la alimentación, a la educación, a la libertad de expresión, a la participación política, a la igualdad y a la no discriminación y al acceso a la justicia, entre otros”.* (Abramovich: 2008;5)

Es interesante entonces, la propuesta que plantea este autor de buscar puntos de contacto entre ambos, a partir de la utilización de las Convenciones de Derechos Humanos como marco conceptual que guíe e ilumine las estrategias de desarrollo.

“También lo mira como una guía amplia acerca de: la forma de llevar a cabo el proceso de cooperación y asistencia; la participación social en ese proceso; las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores; la manera de evaluar la asistencia, y los mecanismos de rendición de cuentas y responsabilidad que deberían establecerse a nivel local e internacional”. (Abramovich: 2008;2)

A partir de ello, la articulación entre las dos perspectivas (enfoque de derechos y estrategias de desarrollo) permite el diseño de políticas públicas de desarrollo basadas en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los estados a nivel internacional, incrementando de manera gradual y progresiva el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Desde el enfoque de derechos la pobreza no está vinculada sólo a factores económicos sino que incorpora elementos sociales, culturales y políticos. Y se traduce en la carencia de libertades básicas. En este sentido las políticas de desarrollo destinadas a reducir la pobreza deben dirigirse a ampliar los contenidos concretos de ciudadanía, a partir de la viabilización del efectivo ejercicio de los derechos de los individuos.

En el ámbito de las políticas públicas destinadas a la infancia, asumiendo el criterio de interdependencia de los derechos, considero que la participación de los NNA constituye un aspecto fundamental, que debe incluirse como guía para el diseño, formulación, implementación y evaluación de políticas de desarrollo ya que colabora en la construcción de ciudadanos con capacidades para hacer efectivos los procesos de exigibilidad en el cumplimiento, por parte del estado, de las obligaciones asumidas.

Para que la participación- opinión de los NNA se efectivice es necesario contar con las herramientas jurídicas que viabilicen su ejercicio y validen su contenido a través del reconocimiento de su capacidad jurídica. Esto permitirá limitar la mediación de los adultos en su práctica concreta,

evitando que el derecho quede sujeto a la voluntariedad e ideología del adulto que actúa como mediador en su ejercicio.

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN-OPINION

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NÑA) conforman un amplísimo abanico de facultades sustantivas y procesales que atraviesan la mayoría –sino todos- los aspectos de la vida de las personas desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años¹.

Los mismos se encuentran reconocidos en diferentes documentos legislativos tanto internacionales² como nacionales³.

Uno de los derechos que goza del reconocimiento mencionado es el derecho de opinión y participación, así vemos que la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) en su art. 12 prevé: *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.*

En el mismo sentido la Ley Nacional 26.061 en su art. 24 establece: *DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:*

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernen y en aquellos que tengan interés;*
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y su desarrollo.*

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelvan las niñas, niños y adolescentes; entre ellos el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

El art. 3 del mismo cuerpo legal dice: *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.*

Debiéndose respetar:

- b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;*

En concordancia con ello el art. 23 de la Ley 26.061 prevé: *DERECHO DE LIBRE ASOCIACIÓN. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito y de conformidad a la legislación vigente. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a:*

- a. Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos;*
- b. Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niñas, niños y adolescentes o ambos, de conformidad con la ley.*

¹ Art. 2, parr 2 de la Ley 23.849 “...la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

² Ley 23.849 Convención Internacional de los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Nac. Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia (Directrices de RIAD).

³ Ley 26.061 de Protección Integral De las Niñas, Niños y adolescentes.

Si, *“La ciudadanía ha implicado pertenencia a la comunidad... Y la pertenencia ha implicado invariablemente diversos grados de participación en la comunidad”*, (HELD:1997;52) el alcance del derecho de participación-opinión queda subordinado al espacio de despliegue de la ciudadanía.

Ahora bien, para una comprensión acabada de la ciudadanía es importante conocer el significado de los derechos que ella abarca.

En este sentido, podemos adoptar la clásica concepción tripartita de ciudadanía (derechos civiles, políticos y sociales) de Marshall o ingresar a un debate postmarshalliano sobre ciudadanía donde se abarquen y se de cuenta de temas planteados por las nuevas luchas sociales (medioambiente, feminismo, infancia, etc.) y en el cual la ciudadanía comprenda no sólo la titularidad de los derechos sino también su efectivo ejercicio.

Dentro de este marco podemos comprender al derecho de participación-opinión de los NÑA de una manera bifásica, por un lado, la facultad de expresarse a través del discurso y de acciones y por el otro, el deber de los adultos de escucharlo⁴ e incluir sus opiniones en las decisiones, sin esta fase el derecho pierde sus consecuencias y por lo tanto se desvanece desapareciendo todo su sentido.

EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Ahora bien, el reconocimiento legal-formal del derecho de participación-opinión de los NÑA, en las normas específicas que regulan los derechos de la infancia, no implica necesariamente que se hayan puesto en funcionamiento en Argentina las instituciones jurídico-políticas adecuadas para hacer viable su ejercicio y transformarlo en derecho sustantivo.

Así vemos que, si bien hay una adecuación de la normativa específica a la concepción de los NÑA como sujetos de derechos (lógica del paradigma de la Protección Integral) se encuentran en vigencia, en nuestro país, instituciones jurídicas que reflejan un apego a la cultura de la protección y que como tal, lejos de construir NÑA sujetos de derechos, los objetiviza construyéndolos como objetos de disposición.

Para comprender lo que acabamos de señalar es fundamental analizar el régimen de capacidad de los “menores” regulado en el Código Civil Argentino (C.C.A)⁵.

Este cuerpo normativo reconoce como personas de existencia visible a aquellos sujetos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, considerando como tales a los no declarados expresamente por la norma como incapaces⁶. Y declara como incapaces absolutos a los menores impúberes⁷ (menores de 14 años⁸), asimismo establece que los menores adultos (de 14 a 20 años inclusive⁹) sólo

⁴ Dice Bustello “Una cuestión central es tomar el artículo 12 de la CIDN como principio general de la construcción de la subjetividad del niño teniendo en cuenta todas la dimensiones de su experiencia vital, intelectual y emotiva, y no sólo sus opiniones”. “El recreo de la infancia”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007.

⁵ Libro I. Título II y Título IX del Código Civil Argentino. (C.C.A.)

⁶ Art. 52 del C.C.A

⁷ Art. 54 del C.C.A

⁸ Art. 127 del C.C.A

tendrán capacidad para otorgar aquellos actos autorizados por las leyes¹⁰. Sin embargo los menores pueden adquirir derechos y contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios (padres o tutores)¹¹.

En este sentido, los únicos actos civiles para los cual los menores de edad no requieren del consentimiento y/o autorización de sus representantes o dispensa judicial son: celebrar contratos de trabajo desde los 16 años de edad¹² y disponer y administrar libremente los bienes obtenidos de su trabajo; el usufructo de los bienes heredados por indignidad o desheredación de sus padres y los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando así estuviere dispuesto por el donante o testador¹³; para estar en juicio cuando sea demandado criminalmente, para reconocer hijos y para testar, siempre que sea menor adulto¹⁴.

Entendiendo al derecho como “... *una práctica social específica que expresa **históricamente**, los conflictos y tensiones de los grupos sociales y de los individuos que actúan en una formación social determinada*”. (Cárcova: 1991;213), es importante atender al momento en que esa práctica social es construida.

Las normas del Código Civil Argentino referidas al régimen de capacidad de los “menores” adquirieron vigencia¹⁵ en momentos en que los NNA eran concebidos como objetos de disposición de los adultos. El término “menor” utilizado por el C.C.A y la incapacidad de la que lo inviste reflejan claramente un apego al paradigma de la Situación Irregular, hegemónico en la concepción de infancia y que iluminó toda la normativa e instituciones vinculadas a esta categoría social desde su surgimiento¹⁶ y hasta el dictado de la CIDN¹⁷.

Desde esta concepción se ve al NNA como objeto de derechos y protección. La expresión “menor” utilizada para designar a esta categoría social denota la idea de incompletitud, en términos de García Méndez son entendidos como “los no aún”. Esta definición negativa de la infancia, por lo que no es, lo que no tiene o lo que no puede en relación con un adulto como “sujeto completo”, es el fundamento de la lógica de la protección que tiene como consecuencia la intervención discrecional y arbitraria en la vida de los NNA.

Siguiendo a Cárcova *“El derecho es una práctica de los hombres, que se expresa a través de un discurso que es más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos... Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significaciones a los hechos y las palabras.”* (Cárcova: 1991;215)

⁹ Art. 126 del C.C.A

¹⁰ Art. 55 del C.C.A.

¹¹ Arts. 56 y 57 del C.C.A

¹² Ley Nacional N° 23.690 del 25/06/2008 elevó la edad mínima para celebrar contratos de trabajo de 14 a 16 años de edad.

¹³ Art. 287 del C.C.A

¹⁴ Art. 286 del C.C.A

¹⁵ El C.C.A fue sancionado en el año 1871 y sus modificatorias, en el tema de interés, leyes 17711 y 23264 fueron sancionadas en los años 1968 y 1985 respectivamente.

¹⁶ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO “La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de compasión—represión a la infancia-adolescencia como sujetos de derechos”, en El derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina, Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.

¹⁷ La CIDN fue aprobada en Argentina por Ley N° 23.849 del año 1990.

Siendo esto así, el ordenamiento jurídico argentino presenta contradicciones ideológicas fundamentales, promoviendo representaciones opuestas acerca de la subjetividad de los NNA.

Por un lado, los interpela como sujetos de derechos (Constitución Nacional, CIDN, Ley 26.061) y por el otro, los incapacita convirtiéndolos en objetos de disposición (C.C.A).

Así, mientras se los convoca a participar y opinar sobre todos los asuntos de su interés, para legitimar esa participación requieren que la misma sea ejercida a través de un adulto por la incapacidad civil que los envuelve.

Vemos entonces como en el derecho argentino sobreviven instituciones que obstaculizan el efectivo ejercicio del derecho de participación de los NNA.

Siguiendo las ideas de Entelman¹⁸ es importante destacar como las ficciones y mitos jurídicos construidos alrededor de la infancia reproducen las relaciones de poder entre NNA y adultos. El ejercicio de los derechos de los que los chicos son titulares en Argentina, como resultado de las luchas realizadas por quienes los conciben como sujetos de derechos con capacidades y facultades, se ve obstaculizado por figuras que revelan el poder de la función conservadora del derecho en manos de los grupos dominantes.

La ficción jurídica de la incapacidad civil de los “menores”, implica en sus contenidos la idea de incompletitud subjetiva, de ineptitud para la acción y por lo tanto de dependencia de un otro completo y apto.

Así el adulto como sujeto capaz tiene el derecho y el deber de decidir sobre todos los aspectos de la vida de los “menores” y esto lo hará desde sus propias representaciones adultas que son las únicas válidas por ser él el único “sujeto” en la relación.

NOTAS FINALES

A partir de los obstáculos que el régimen jurídico civil impone al ejercicio de los derechos de los cuales los NNA son titulares, su ciudadanía se ve limitada, por encontrarse acotados sus espacios de práctica concreta.

La subjetividad jurídica requiere de las herramientas para el despliegue efectivo de los derechos, mientras el Estado no colabore en la construcción de los mecanismos que posibiliten la viabilización de la participación de los NNA como sujetos autónomos no estará cumpliendo con las responsabilidades asumidas internacionalmente.

Para ello no es suficiente con el dictado de normas específicas en el ámbito de la infancia, sino que, como quedó demostrado en el análisis de este trabajo, es necesario una revisión y deconstrucción de todas las instituciones que afectan los diferentes aspectos de la vida de los NNA.

¹⁸ ENTELMAN, RICARDO “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, en Materiales para una Teoría Crítica del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991

El enfoque de derechos no es una propuesta de cambios formales, es además y sobre todo una propuesta de cambio sustancial en relación a las representaciones acerca de las subjetividades sociales. Por ello las modificaciones deben ser sistémicas e integradoras.

BIBLIOGRAFÍA

-**ABRAMOVICH, VICTOR.** *“Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”*. Presentación ante la comisión de asuntos jurídicos y políticos (CAJP) de la OEA en su sesión del 23 de julio de 2008, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

-**BURGOS SILVA, GERMAN.** *“Estado de Derecho y Desarrollo Humano: más allá del derecho y el desarrollo económico. Hacia un marco de capacidades institucionales básica.”* en Revista Instituciones y Desarrollo, N° 8 y 9, Instituto Internacional de Gobernabilidad. Barcelona, España, 2001.

-**BUSTELO, EDUARDO S.,** *“El recreo de la infancia”*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007.

-**CÁRCOVA, CARLOS MARÍA** *“Acercas de las funciones del derecho”*, en Materiales para una Teoría Crítica del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

-**ENTELMAN, RICARDO** *“Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”*, en Materiales para una Teoría Crítica del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

-**GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO** “*La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de compasión—represión a la infancia-adolescencia como sujetos de derechos*”, en *El derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina*, Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.

-**GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO** “*Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales*”, en *El derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina*, Forum Pacis, Ibagué, Tolima, Colombia 1997.

-**HELD, DAVID** “*Ciudadanía y Autonomía*”, *Revista La Política* N° 3, Paidós, Buenos Aires, 1997.

-**LAJE, MARÍA INES; REARTES, JULIA**, compiladoras, “*Libro de ponencias II Jornadas de Investigación sobre Infancia Adolescencia, la convención de los Derechos del Niño y las prácticas sociales*”. Letras de Córdoba, Córdoba, 2000.

-**MARSHALL, THOMAS H.** “*Ciudadanía y clase social*”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid, 1997.

-**ZAFFARONI, RAÚL.** “*Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*”, De Palma, Buenos Aires, 1984.

DOCUMENTOS

-“**Barómetro de la deuda social de la infancia**”, Universidad Católica Argentina y Fundación ARCOR, 2007

-**BRIZUELA, MARIANA; CRISTINI, ROMINA** “*Jóvenes judicializados: espacio público y estrategias de inserción*”, Proyecto de extensión, Secretaría de Extensión Universitaria UNC, 2006.

-**BRIZUELA, MARIANA; CRISTINI, ROMINA** “*Familias Judicializadas e Instituciones: Construcción del espacio público y estrategias para actuaciones políticas y sociales*”, Proyecto de extensión, Secretaría de Extensión Universitaria UNC, 2007.

-**CRISTINI, R; DEPETRIS, L; ROSATO, C,** “*Las medidas tutelares preventivas y la Convención Internacional de los derechos del Niño*”, Proyecto de investigación, Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, 2006.

LEGISLACION

Internacional

-Ley 23.849 Convención Internacional de los Derechos del Niño.

-Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing)

-Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

-Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia (Directrices de RIAD).

Nacional

-Constitución Nacional Argentina.

-Código Civil Argentino.

-Ley 17.711.

-Ley 23.264.

-Ley 26.390.

-Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes.