



**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

**TRABAJO FINAL DE GRADO**

**ABOGACÍA**

**ABOGADO DEL NIÑO:**

**SUPUESTOS Y CONDICIONES PARA LA ACTUACION DEL ABOGADO DEL  
NIÑO, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO.**

**SARA ESTHER NIEVA**

**2017**



## RESUMEN

El presente trabajo pretende clarificar aspectos de suma importancia referidos al Abogado del Niño, donde el objetivo primordial será el de llegar a una conclusión sobre su rol y los supuestos para su procedencia.

Para ello se tomarán datos brindados por diversas fuentes: El primero es la celebración de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en donde surge implícitamente el derecho de los niños a “poder contar con asistencia letrada”.

El segundo es la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, en donde se contempla efectivamente el derecho a una asistencia técnica para las personas menores de edad.

Por último, la información que surge del actual Código Civil y Comercial de la Nación, en donde la figura también fue considerada.

La finalidad mediante este análisis intentará aclarar cuestiones relacionadas con la figura, como ser los motivos que llevaron a que se denegara su utilización, y si eso fue subsanado por el Código actual, de haber sido así, determinar cuáles son los requisitos y/o supuestos para su funcionamiento. Además se procurará delimitar la función del Abogado del Niño para remarcar las diferencias que existen con otras figuras afines.

**Palabras claves:** Interés Superior del Niño – Derecho a ser oído -  
Derecho a la asistencia letrada – Debido proceso legal.



## **ABSTRACT**

The present work intends to clarify fundamental aspects that refer to the Child's lawyer, in which the prior aim is to reach to a conclusion about his or her role and the assumptions for its origin.

Dates, provided by many sources, will be taken: Firstly, is the Child's Right international convention celebration, where the child's rights emerged implicitly, so as "to be able to count with lawyer assistance".

Secondly, the N° 26.061 Law, of integral protection of the Child's right, in which the right to a technical assistance for people under age, is effectively considered.

Finally, the information that arises from the actual Civil and Commercial Code, the figure, was also considered.

The purpose by means of this analysis will intend to clarify matters related to that figure, for instance, the motives that entail to deny its use, and whether this was correct or not by the actual Code, if so, to determine which are the requirements and / or the assumptions for its operation. Besides, it will make sure to delimitate Child Lawyer's role in order to highlight the differences that exist with others related figures.

**Key words:** Superior Interest of the Child - Right to be heard - Right to legal assistance - Due process of law.



## INDICE

INTRODUCCION .....	Pág.7
--------------------	-------

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES DEL ABOGADO DEL NIÑO EN EL CAMPO LEGISLATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.

1.1. Palabras Preliminares .....	Pág.13
1.2. Antecedentes Legislativos .....	Pág.13
1.3. Antecedentes Doctrinarios.....	Pág.18
1.4. Antecedentes Jurisprudenciales .....	Pág.22
1.5. Conclusiones Parciales .....	Pág.26

### CAPITULO II

#### ASPECTOS GENERALES EN LA DEFENSA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

2.1. Palabras Preliminares .....	Pág.31
2.2. Breve análisis de las herramientas disponibles para la protección de los intereses de niños, niñas y adolescentes.....	Pág.31
2.2.1. Representante Legal .....	Pág.31
2.2.2. Ministerio Público .....	Pág.34
2.2.3. Tutores Públicos .....	Pág.36
2.2.4. Tutela.....	Pág.36
2.2.5. Tutor ad Litem.....	Pág.37
2.3. Concepto del Abogado del Niño .....	Pág.38
2.4. Características del Abogado del Niño .....	Pág.39
2.5. Naturaleza Jurídica .....	Pág.40
2.6. Principios fundamentales sobre los que se asienta .....	Pág.41
2.7. Conclusiones Parciales .....	Pág.44

### CAPITULO III

#### NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

3.1. Palabras Preliminares .....	Pág.49
3.2. Convención Internacional de los Derechos del Niño .....	Pág.49
3.3. Constitución Nacional .....	Pág.53
3.4. Artículos antes de la reforma del Código Civil de la Nación.....	Pág.55
3.5. Artículos en el actual Código Civil y Comercial de la Nación .....	Pág.56
3.6. Ley N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes .....	Pág.59
3.7. Conclusiones Parciales.....	Pág.62

### CAPITULO IV

#### ASPECTOS PARTICULARES. SUPUESTOS DE PRODECENCIA

4.1. Palabras Preliminares .....	Pág.65
4.2. Supuestos de procedencia en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.....	Pág.65
4.3. Supuestos de procedencia según el Código Civil y Comercial de la Nación. Pag.67	
4.3.1. Contar con la edad y grado de madurez suficiente .....	Pág.68

4.3.2. Conflicto de intereses con sus representantes.....	Pág.70
4.3.3. Persona menor de edad y adolescente .....	Pág.71
4.3.4. Presunción del hijo adolescente con autonomía suficiente para intervenir en un proceso conjuntamente con sus progenitores o individualmente .....	Pág.73
4.3.5. Oposición al juicio de uno o ambos progenitores.....	Pág.74
4.3.6. Juicio contra los progenitores .....	Pág.74
4.3.7. Hijo adolescente en juicio.....	Pág.75
4.4. Conclusiones Parciales .....	Pág.75

## **CAPITULO V**

### **FACULTADES DEL JUEZ**

5.1. PalabrasPreliminares .....	Pág.79
5.2. Facultad automática o discrecional.....	Pág.79
5.3. Declaración de Nulidad del acto celebrado .....	Pág.85
5.4. Conclusiones Parciales .....	Pág.88

<b>CONCLUSIONES</b> .....	Pág.91
---------------------------	--------

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	Pág.97
---------------------------	--------



## Introducción

En el presente trabajo se analizará la figura del Abogado del Niño como opción alternativa que se les otorga a las personas menores de edad. La investigación se centrará en la siguiente pregunta: ¿En qué supuestos y/o bajo qué condiciones puede utilizarse la figura del Abogado del Niño? Para ello se analizarán herramientas normativas tanto nacionales como internacionales.

El Abogado del Niño es el que actúa llevando adelante el asesoramiento y la defensa técnica de las personas menores de edad, cuando éstas se encuentren en situaciones irregulares o procesos ya iniciados y en donde sus intereses se vean afectados.

Esta figura surge a raíz de múltiples falencias que se suscitaron a lo largo del tiempo, debido a la necesidad de proteger a niños y adolescentes frente a la notable visibilización de su desprotección.

La finalidad que se busca con la actuación de este letrado especial, es llegar a efectivizar de una manera cierta y certera los derechos e intereses de los niños/as y adolescentes, mediante su participación en un proceso determinado (junto al Abogado del Niño) para que su accionar sea oportuno y eficaz, acorde a sus intereses y deseos (y no se limiten solamente a oírlos).

La regulación normativa del Abogado del Niño a nivel nacional se encuentra consagrada en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ya que contempla la existencia de esta figura, al igual que el Código Civil y Comercial de la Nación en numerosos artículos como el 677, el 678 y el 679.

A través de la Ley 26.061, es que se hace operativo lo acordado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, introduciendo la figura del Abogado del Niño dentro del régimen legal nacional. Dicha Ley consagró diversos derechos para los niños, niñas y adolescentes, como el derecho a ser oído, a que su opinión sea primordialmente tenida en cuenta y a ser asistido por un letrado durante todo el proceso, entre otros.

La importancia que tienen aquellos derechos es central ya que forman parte de las garantías mínimas que tienen las personas menores de edad para los procesos en los cuales se vean afectados de manera directa.

A su vez, cabe recalcar que todos ellos se encuentran íntimamente relacionados, comportándose como una unidad, por ello para que el cumplimiento de alguno de esos derechos sea efectivo, deberán inevitablemente respetarse todos los demás, ya que uno involucrará la aplicación del otro.

En la actualidad esta figura genera cuestionamientos, porque aunque se verifique el cumplimiento de los requisitos para su procedencia, es posible que se llegue a desvirtuar el objetivo del mismo; como sucede cuando uno de los padres le exige a su hijo que actúe según él se lo indique, debido al poder que cree que tiene sobre la persona de su hijo, o simplemente por el solo hecho de pagarle el Abogado. O caso contrario, donde personas menores de edad toman ventajas ante diversas situaciones y circunstancias conflictivas, ocasionando de esta manera que se tornen más litigiosas las relaciones familiares.

En el desarrollo de este trabajo el tipo de análisis que se empleará será el descriptivo, centrado específicamente en los supuestos de procedencia que involucran al Abogado del Niño, evaluando para ello los diversos aportes desde lo doctrinario, jurisprudencial y legislativo. Lo que permitirá identificar las características, analizar los supuestos de su funcionamiento, requisitos para su utilización y las dificultades interpretativas que presenta su regulación.

La primera parte contendrá los Capítulos I y II. En el Capítulo I se destacará cuáles fueron los antecedentes que sirvieron como base para que la incorporación a nivel local de esta figura fuera posible. En el Capítulo II, se enumerarán los sistemas de protección de las personas menores de edad, comenzando con las figuras que están inmersas dentro de la normativa interna y que son utilizadas desde hace mucho tiempo, para poder comprender por qué surgieron, su finalidad y si tienen que ver en algo con la función de la nueva figura objeto de estudio. Luego se abordarán los conceptos sobre el Abogado del Niño, sus características, su naturaleza jurídica y los principios fundamentales sobre los que se asienta.

La segunda parte contendrá los Capítulos III y IV. El capítulo III, estará totalmente abarcado por la parte normativa, desde el inicio a nivel internacional, hasta su incursión a nivel local, para comprender sus antecedentes, el fundamento que le dio origen a su regulación y su aplicación. En el Capítulo IV se realizará un análisis particular, describiendo los supuestos para su procedencia, ello para llegar a comprender la finalidad de cada uno de ellos, el bien jurídico que intentan proteger y el interés que tutelan.

Finalmente, la última parte contendrá el Capítulo V, donde se analizarán las facultades del juez, y las posibles anulaciones por la no incorporación de esta figura en los respectivos procesos.

Para terminar el desarrollo del Trabajo Final de Grado en la última parte se presentarán las Conclusiones Finales a las que se arribaron, que comprenderá consideraciones personales en cuanto a la procedencia del Abogado del Niño, sumando además las aclaraciones a aquellas interrogantes que surjan en torno a este tema.



# **CAPITULO I**

## **ANTECEDENTES DEL ABOGADO DEL NIÑO EN EL CAMPO LEGISLATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL**



## **1. 1. PALABRAS PRELIMINARES**

Conocer los antecedentes de la figura del Abogado del Niño es fundamental, ya que permitirá comprender el largo camino que se recorrió para que esta figura pueda ser aplicada a nivel local.

No sólo se trató de incorporar al Abogado del Niño en la normativa interna, sino que antes de ello fue necesario que se cambiara profundamente la concepción que se tenía sobre la niñez y su protección.

Y gracias a parámetros establecidos a nivel internacional sobre derechos y garantías para los niños, se traza el punto de partida para que la figura bajo estudio pudiera ser receptada normativamente por nuestro país. Debió dejarse de lado para ello un paradigma obsoleto, alejado de la realidad, como fue el de la Situación Irregular, y sustituirlo por el actual paradigma de la Protección Integral de la Niñez.

El Capítulo I, estará dedicado a describir y analizar la inserción del Abogado del Niño en el campo legislativo. Además se introducirán debates a nivel doctrinario y jurisprudencial surgidos con relación a este tema.

### **1.2. Antecedentes legislativos**

Sus orígenes se remontan a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en donde se estableció que los Estados partes garantizaran el derecho a las personas menores de edad a ser escuchadas y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, como así también se les abrió la posibilidad para que los niños pudieran contar con una asistencia técnica. Argentina ratifica esta Convención a través de la Ley Nacional N° 23.849, y además incorpora ese tratado en las condiciones de su vigencia a la Constitución Nacional, a través del artículo 75 inc. 22.

Específicamente es el artículo 12 de la Convención el que trata sobre la opinión del niño, sosteniendo que aquél tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en todos los asuntos que le afectan. El mismo dice:

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 lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez. 2. Con tal fin, se dará en particular la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, 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.

Según lo expuesto, se garantiza a los niños, de una manera amplia el derecho a ser oído, como así también implícitamente se entiende que tienen el derecho a una asistencia técnica. Lo que se limita es el alcance que le dará el juez a lo que el niño manifieste, basándose para ello, en su edad y madurez. Es decir, que no se establece condición alguna para escuchar al niño, por lo que cada vez que éste solicite que se lo escuche, el juez no podrá negarse a ello. Además el niño podrá hacerlo a través de un representante u órgano apropiado, como podría ser el Abogado del Niño, sin condiciones establecidas para que su otorgamiento sea posible.

Desde la normativa internacional los derechos que se promueven se encuentran dotados de un sentido amplio para su puesta en funcionamiento, sin exigirse condiciones y/o requisitos que representen obstáculos para los niños cuando intenten hacer uso y goce de ellos.

Queda claro que los derechos del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, representan aquel cambio que ya se mencionó sobre la concepción de la niñez, además de que representan la columna vertebral sobre la que se asienta el derecho a la asistencia letrada para las personas menores de edad, por ello la importancia de traer a consideración la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Posteriormente, con la sanción a nivel local de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes se logran introducir los derechos que se impartieron desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño a la normativa interna.



Es así que el artículo 24 de esta ley garantiza el derecho a opinar y a ser oído. El mismo dice que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: “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.”

Ese artículo (al igual que el artículo 12 de la Convención) establece el derecho de los niños a ser oído, sin limitación alguna. Solo indican que su opinión deberá ser tenida en cuenta conforme a la madurez y desarrollo de aquellos.

El derecho al patrocinio de un letrado está explícitamente garantizado en el artículo 27 de la comentada ley. Además a partir de ella se otorgan las garantías mínimas para los procedimientos judiciales o administrativos con las que cuentan los niños, niñas y adolescentes, así queda expresado de la siguiente manera:

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; (subrayado me pertenece)
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Como se hizo mención en la Introducción (pág. 6), todos esos derechos consagrados tanto por la Convención como por la Ley N° 26.061, pasaron a

formar parte de las garantías mínimas que se les otorga a la personas menores de edad.

El derecho a ser oído y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, podrán ser materialmente posibles, solo si se le permite al niño actuar con la debida asistencia técnica de un letrado patrocinante. Consecuentemente garantizado aquello, implicará a su vez que el interés superior del niño fue respetado (que incluye, entre muchas otras cosas, oír al niño).

De esta manera, la persona menor de edad puede intervenir activamente en un procedimiento determinado, a través de la actuación que desarrollara su abogado, el que se encargará de introducir lo solicitado por su patrocinado, de acuerdo a los tiempos y formas procesales.

Desde el campo normativo, junto a la Convención y la Ley N° 26.061, existían algunas normas de fondo que pertenecían al Código Civil de Vélez Sarsfield, que iban a contramano de lo que se pretendía en cuanto a la ampliación de los derechos del niño.

Ello llevo a que fuera prácticamente inaplicable el derecho a una asistencia técnica para los niños, niñas y adolescentes, por la presencia de normas que mantenían la regla de la incapacidad de las personas menores, regla que fue respetada por diversos jueces, a la hora de decidir sobre la procedencia de la figura del Abogado del Niño.

Los artículos que colisionaron (de alguna manera) con el derecho a la asistencia letrada, fueron:

El artículo 54, en donde dice que tienen incapacidad absoluta las personas por nacer y los menores impúberes (entre otros). Los menores impúberes son aquellos que no han alcanzado la edad de 14 años, por lo tanto no tienen la capacidad para ejercer actos, siendo ella necesaria para actuar en un proceso. Consecuentemente, ello imposibilita que el/la niño/a pueda actuar junto a la asistencia de un Abogado del Niño.

Y el artículo 921 en donde dice que “los actos serán refutados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes o actos ilícitos por menores de diez años. Lo cual refuerza el artículo anterior.

Es necesario recalcar que el derecho a ser oído fue admitido ampliamente con el tiempo, no así el derecho a la asistencia técnica, ya que generaba (y genera actualmente) grandes debates, como consecuencia de aquellas normas del Código Civil, (citadas en párrafos anteriores), que fueron utilizadas reiteradamente para denegar aquel derecho.

En el año 2015, tras la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a contar con la asistencia de un letrado patrocinante está perfectamente garantizado.

Los artículos que lo contemplan son numerosos, sobre todo en los procesos de familia. Algunos de ellos son:

El artículo 677, dice que se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.

El artículo 678, establece que si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada.

Y el artículo 679, donde dice que el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

Gracias a la inserción de la figura en el Código Civil y Comercial de la Nación, el derecho a una asistencia letrada para las personas menores de edad paso a ser parte integrante de las normas de fondo.

Llevando a que pueda suponerse que fueron superadas aquellas trabas contenidas en el anterior Código, referidas a la incapacidad. Sin embargo el debate se abre en torno a algunos requisitos que deben cumplimentarse para que la figura bajo estudio pueda actuar. Los mismos se encuentran contemplados a través de diversos artículos a lo largo del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo algunos de ellos:

- Alcanzar la edad y grado de madurez suficiente,
- Existencia de conflicto de intereses, entre otros supuestos.

Pero ello será motivo de análisis en el Capítulo III, correspondiente a los Supuestos de Procedencia.

### **1.3. Antecedentes Doctrinarios**

En este apartado se analizarán algunas reflexiones que surgieron con respecto a derechos y principios que se impartieron desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Centrándose para ello en las interpretaciones que se le dieron al derecho a ser oído para relacionarlo o asimilarlo con el derecho a una asistencia técnica.

Así, resultará útil traer a consideración el debate que se centró en torno a las interpretaciones que podían darse sobre el derecho del niño a ser escuchado, en donde se desprenden dos posturas en cuanto al alcance de ese derecho, una restrictiva y otra amplia.

Y si se siguiera la línea de pensamiento que sostiene que el derecho del niño a ser oído solo es posible de hacerlo efectivo a través de la actuación del Abogado del Niño, puede llevar a suponer que ambas posturas servirían para interpretar el alcance del derecho a una asistencia técnica.

“Desde una perspectiva restrictiva, se entiende que el derecho a expresar la opinión estaría condicionado a que el niño se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio.” (Mizrahi, M., 2006, Pág. 75) Por ende, ello también implicaría que para poder acceder a una asistencia técnica, la presencia de aquella condición sería lo exigible.

De manera contraria, si se interpreta desde una perspectiva amplia, se desprende de un análisis integral del instrumento internacional que no hay edad del niño en la cual no exista la obligación de los adultos de escucharlos, considerarlos y aprender de ellos. (Baratta, A., s/f, Pág. 53).

Llevando a suponer que la posibilidad de proporcionarles a las personas menores de edad una asistencia técnica, representa una obligación de los adultos.

Esta última postura se encuentra reforzada por el razonamiento que Morello de Ramirez, M., S., y Morillo A., (s/f), mantienen, ya que consideran que la Convención garantiza el derecho de los niños a ser oídos, y

que la única manera de que aquello sea útil y eficaz, será solamente a través de la defensa técnica, por ello la obligación de los demás a otorgarles a los niños un letrado para que los represente.

Esta última postura también adquiere mayor adhesión debido a que de nada valdría escuchar a los niños, si no se introduce lo que se desea efectivamente en el proceso, tal y cual lo exigen las normas procesales. Pero más allá de las interpretaciones que se pudieran dar en cuanto a la procedencia de aquellos derechos (derecho a ser oído y a una asistencia técnica), el valor de la Convención fue mucho más trascendental, ya que ella representó:

Un instrumento destinado a la no discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, en toda acepción y sin limitaciones, y responde a la necesidad de contar con instrumentos idóneos y específicos para proteger sus derechos. Sin embargo la confirmación del status del niño/a como sujeto trasciende el ámbito jurídico. Constituye un punto de partida de todo esfuerzo de reflexión y concientización relativos a los niños y su lugar en la sociedad, su relación con nosotros los adultos. (Laje, M., I., y Vaca, Narvaja, T., 2011, Pág. 20).

Por ello, es que apartir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño se dota de capacidad para poder actuar, a las personas menores de edad, convirtiéndolas en sujetos con derecho a participar como partes en los procesos en los que se encuentren involucrados. Esta es la manera más idónea para poder garantizar aquel precepto con jerarquía constitucional, que es el derecho al debido proceso legal.

La discusión sobre la interpretación del alcance de aquellos derechos concluye luego de que se sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, porque los derechos de los niños a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (artículo 24) y a ser asistido por un letrado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incluya (artículo 27), se encuentran ampliamente garantizados.

Es así que el derecho de los niños a ser escuchados no encuentra ningún tipo de restricción en esta ley, por lo que cuando la persona menor de edad le solicite al juez que lo escuche, aquel no podrá rehusarse, encontrándose habilitado solamente, como ya se sostuvo anteriormente a solo poder determinar el alcance que le asignara a lo manifestado por el niño.

Al respecto, uno de los incisos del artículo 27 establece que sus opiniones sean tomadas primordialmente en cuenta. Además, el artículo 24 de la citada ley dispone que las opiniones de los niños deban ser tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. “Como consecuencia lógica, a mayor comprensión del niño, mayor peso tendrá su opinión, sin perjuicio de la obligación de los magistrados de siempre considerarla, tenerla en cuenta y evaluarla”. (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia., s/f, Pág. 2)

En cuanto a la defensa técnica que está garantizada en el artículo 27, no existendudas en cuanto a su alcance, ya que no establece ningún tipo de requisito o condición para que las personas menores de edad puedan contar con el patrocinio de un letrado. Estableciéndolo como una de las garantías mínimas que tienen los niños en los procedimientos judiciales.

Compartiendo la interpretación que se realizó en torno al derecho del niño a ser escuchado, que lleva consigo de manera indirecta la obligación de permitir el derecho a la asistencia técnica para perfeccionar el primero, resulta útil traer a consideración la postura de Robledo, D., que sostiene:

Al permitirle a la persona menor de edad actuar con un Abogado se le garantiza el derecho a ser oído, a su vez el debido proceso, a través del derecho de defensa en juicio que se materializa en la acción y excepción durante todo el proceso, y donde el artículo 18 de la Constitución Nacional dice que es inviolable (2013, Pág. 264).

En cuanto a lo que surge del análisis de la Ley N° 26.061, cabe recordar, como se mencionó previamente, que la misma debió convivir con normas del anterior Código, basadas en la regla de la incapacidad de actuar de las personas menores de edad, problema que también debió sortear la Convención. En donde el derecho a ser oído no es lo que se discutía realmente, siendo el meollo del problema el tema de la asistencia técnica. Ello se evidenciara a través de

diversos fallos, en donde Tribunales denegaron esa posibilidad, basándose en aquella regla.

Estose clarificará al analizar los argumentos que sostuvieron algunos jueces a través de la aplicación de los artículos 54, 55, 921 del Código Civil de Vélez Sarsfield, en donde solo se les permitía actuar con un Abogado del Niño, a aquellas personas que fueran mayores de 14 años (incapaces relativos), fallos que serán traídos a consideración en el apartado correspondiente a Jurisprudencia.

Finalmente en el año 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el Abogado del Niño encuentra acogida a través de diversas normas inmersas en ese cuerpo normativo, y la regla de la incapacidad de ejercicio de las personas menores de edad no representa un concepto tan restrictivo ya que pasa a ampliarse, más allá de que se presenten algunos supuestos para poder solicitar la ayuda de un letrado.

El artículo 26 contempla la posibilidad de que las personas menores de edad, con edad y grado de madurez suficiente, en situaciones de conflictos de intereses con sus representantes legales, puedan intervenir con asistencia letrada, esto también se encuentra mencionado en los artículos 677, 678 y 679.

Se introduce el concepto de edad y grado de madurez suficiente y lo coloca como un requisito para poder solicitar la asistencia del mismo, como así también la existencia de conflicto de intereses, por lo que las reglas son esas; no ampliando el margen para que los magistrados puedan admitir la actuación de un defensor. Además se introdujeron situaciones particulares en donde el patrocinio de un letrado es aceptable, ellos son:

- Presunción del hijo adolescente que cuenta con autonomía suficiente para intervenir en un proceso conjuntamente con sus progenitores o individualmente,
- Oposición al juicio de uno o ambos progenitores,
- Juicio contra los progenitores,
- Hijo adolescente en juicio.

Los requisitos de procedencia parecen ser pocos, así pues el conflicto de intereses con los progenitores es uno de los que aparentan ser de los más lógicos, ya que de no existir dicho conflicto los padres tranquilamente podrían representarlos, sin necesidad de un Abogado especial. El otro es la edad y grado de madurez suficiente, que supone que deberán intervenir otros profesionales que estén más preparados en la materia para determinar la existencia de ese requisito, el que también resulta totalmente lógico, ya que primero resulta necesario verificar que la persona menor de edad comprenda lo que sucede y cuáles son sus derechos e intereses, caso contrario difícilmente podría defender algo que no entiende.

A pesar del avance que se logra al introducir el Abogado del Niño en el Código Civil y Comercial de la Nación, este derecho sigue encontrando diversos obstáculos en su camino a la hora de intentar ponerlo en funcionamiento. Ello, debido a las condiciones enumeradas anteriormente, que probablemente serán utilizadas para acotar el margen de personas menores de edad que puedan ejercer ese derecho, si es que se sigue con la lógica que mantuvieron algunos jueces cuando interpretaban las normas del anterior Código restringiendo aquella posibilidad, por ser las mismas normas de fondo.

Laura Musa enseñó que el actual Código Civil sigue sosteniendo que en los menores la regla general es la incapacidad. Sin embargo, lo establecido por la ley 26.061 o Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes ha provocado algunas modificaciones que no son menores. “El Código Civil en el capítulo de la capacidad, a mi entender, fue derogado por la Convención (sobre los Derechos del Niño) y por la ley 26.061, que es la que traduce al derecho interno la Convención”, precisó Musa. Es decir, según la expositora y en base a estas dos normativas, ahora el niño por regla general es capaz. (“El abogado del niño como garantía del debido proceso legal”, 2016, Pág. 1)

Más allá de ello, la Convención al tener jerarquía constitucional, debe llevar a que las normas que sostienen la incapacidad de ejercicio de las personas menores de edad se consideren derogadas por la misma.



#### 1.4. Antecedentes Jurisprudenciales

Los datos jurisprudenciales van direccionados en su mayoría a la denegación del derecho a la asistencia de un letrado para las personas menores de edad, representando el eje o base de la decisión la regla de la incapacidad de los niños, además de la existencia de otras figuras que cumplían aparentemente con aquella función. Esos son fallos previos a la reforma del Código Civil.

Un ejemplo es la resolución de la Sala K de la Cámara Nacional Civil, que sostuvo que para contratar, designar, dar instrucciones y revocar a un abogado se requería del discernimiento del patrocinado, es decir, que se requería que el niño fuera mayor de catorce años, y se fundamentaba en que los que no tenían esa edad carecían de capacidad de obrar, y por ello debían ser representados por el Asesor de Menores<sup>1</sup>.

Por ello, según esta interpretación falaz, la ley 26.061 debe ser interpretada en conjunción con lo dispuesto por el Código Civil en relación a la incapacidad de los menores. Esto llevaría a concluir que la caracterización jurídica que le corresponde al menor por su corta edad constituiría un obstáculo para la designación de un Abogado. (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia para el Sur, s/f, Pág. 3)

Así también, esta misma Sala sostuvo que la representación legal del menor sumada a la intervención del Asesor de Menores llevaba a que fuera innecesaria la designación del letrado, porque consideraban que los intereses y derechos del niño se encontraban protegidos y garantizados por esas figuras. (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia para el Sur, s/f.)

Otra decisión similar se dio a través de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones, Sala C, donde se había denegado la actuación de una niña de diez años junto a un letrado patrocinante, basándose en la misma interpretación del caso anterior, ya que se consideró que los derechos de los niños se encontraban “debidamente tutelados” por la representación legal y la representación promiscua<sup>2</sup>. (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia., s/f.

<sup>1</sup>Sala K, 28 de septiembre de 2006, “RMA s protección especial”

<sup>2</sup>Sala C, 14 de agosto de 2007, “MG c P sobre tenencia.”

Por ello, como se vino sosteniendo en el desarrollo del presente trabajo, una de las consecuencias que se dieron a raíz de los lineamientos emergidos del Código Civil de Vélez Sarsfield, consistió en que la figura del Abogado del Niño no fuera fácilmente aceptada.

Aquel derecho se volvió ilusorio, lo que conllevó además a que se vulnerara la Ley N°26.061, que había acogido los principios que se impartían desde de la normativa internacional y que ya poseían jerarquía constitucional.

Otros ejemplos de jurisprudencia que resultan importantes traer a consideración son los siguientes, en donde en algunos casos se admitió el acceso a un Abogado del Niño y en otros no, dependiendo de la capacidad procesal y la representación. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechaza la actuación de un letrado para una persona menor de edad, en el marco de un juicio de tenencia. La Corte entendió que:

Las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En ese sentido, las disposiciones del Código Civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte.<sup>3</sup>

Este razonamiento ya se vino analizando, consistiendo básicamente en que los jueces se basaban en normas de fondo, lo que para ellos debía prevalecer, obviando reiteradamente los derechos y garantías impartidas desde la normativa internacional con jerarquía constitucional, marcándose una contradicción muy grave. “De ello se desprende que el máximo Tribunal rechaza la designación del Abogado de la niña, desconociendo el principio de autonomía progresiva consagrado por la normativa convencional con jerarquía constitucional y adopta una interpretación restrictiva de las normas”. (Leonardi, C., s/f, Pág. 8 y 9).

<sup>3</sup>CSJN, 2012, Caso de “M., G. c/P., C. A. s/ tenencia de hijos.

Y por mucho tiempo denegar el acceso a esta figura fue lo que más prevaleció a lo largo de diferentes Tribunales, cualquiera fuere el grado del que proviniera, en donde lo que valía era la legislación de fondo sobre el tema, y que evidentemente encontraba una traba concreta y explícita a la hora de analizar su procedencia.

En otro caso, la base de la decisión de la Corte esta nuevamente centrada en la regla de la incapacidad:

La Corte Suprema rechazó la presentación de dos niños de ocho y nueve años con patrocinio letrado, en virtud de su “incapacidad absoluta de hecho”. Sin embargo, la Corte entendió que los niños no habían sido oídos en el proceso y atendiendo al interés superior del niño, solicita “al juez que les designe un abogado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos”. De este modo, la Corte confunde el derecho a ser oído, el cual debe hacerse efectivo en todo procedimiento judicial o administrativo, con el derecho a la asistencia letrada, el cual deberá atender al principio de la autonomía progresiva<sup>4</sup>. (Leonardi, C., s/f, Pág. 9 y 10)

Sin embargo, ante los numerosos casos en los cuales no se permitió que las personas menores de edad pudieran contar con un abogado, existen algunos precedentes adversos a esa idea, es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en un caso sobre el Abogado del Niño.

El derecho de los/as niños/as a la asistencia letrada fue reconocido por la Corte Suprema en el caso “G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, resuelto el 26 de octubre de 2010. La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló que el juez de la causa debía designar un letrado especializado en la materia a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las niñas implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos.<sup>5</sup> (Leonardi, C., s/f, Pág. 8)

<sup>4</sup>CSJN, s/f, “P., G.M. y P., C.L. s/protección”

<sup>5</sup>CSJN, 26 de octubre de 2010, caso “G., M. S. c/J. V., L. s/ divorcio vincular”.

Este es uno de aquellos precedentes que permite mantener el razonamiento que se vino analizando y sosteniendo, por la que se considera que la única manera concreta en que el derecho a ser oídologre efectivizarse será solamente a través de la asistencia material de un letrado, sabiendo que aquél será el encargado de introducir los intereses de las personas menores de edad en el proceso.

Solari, Néstor E. dice que:

La incorporación del Abogado del Niño no debe entenderse como un cuestionamiento o ataque hacia la institución familiar, sino explicitar la posibilidad de que los intereses del niño pueden no ser idénticos a los de su representante legal, y aquí reside la importancia de la figura del Abogado del Niño. Un ejemplo de esto último es el abuso infantil congeniado dentro del núcleo familiar. Se trata de colocar al niño como sujeto de derecho, y cuyos derechos y garantías estén debidamente asegurados. Otro ejemplo, es lo ocurrido a instancias de un divorcio entre cónyuges, en donde los mismos persiguen sus propios intereses, pudiendo descuidar los de los niños y niñas que se encuentran bajo su amparo. (“El abogado del niño como garantía del debido proceso legal.”,2016, Pág. 1)

Así que más allá de los diferentes debates que se dieron en torno al tema bajo estudio, lo que si queda claro es que el Abogado del niño, deberá exponerle a las personas menores de edad, de acuerdo a su edad e intelecto como trabajara y cuáles son sus derechos y garantías, ya que ello les permitirá defenderse efectivamente según sus intereses.

Por eso es importante recalcar que esta figura solo corresponderá utilizarla en aquellos casos en donde los intereses de las personas menores de edad estén en juego, y en donde no haya alguien que los proteja. Entonces surge como una protección especial, debido a la fragilidad que tienen los niños, niñas y adolescentes.

## **1.5. CONCLUSIONES PARCIALES**

La larga trayectoria que se recorrió a través de normas y preceptos internacionales y nacionales, para que sea posible introducir la figura del

Abogado del Niño en la normativa local, involucró que se debiera luchar con diversos obstáculos, para que ello fuera posible.

Convivir con un paradigma tan antiguo, como fue el de la Situación Irregular, llevó a que se vulneraran principios y derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Con ideas tan arraigadas tanto en las normas como en los propios jueces llevo a que fueraprácticamente imposibleterminar con aquella situación, inclusive a pesar de contar con principios que se impartían desde organismos internacionales, y en donde a pesar de que nuestro país ratificara la Convención de los Derechos de los Niños, resulto casi inútil que esas ideas fueran receptadas a nivel local.

A partir de la Convención, se marca un cambio de rumbo a la hora de proteger a los niños, ya que la misma acarrió el nacimiento del paradigma de la Protección Integral de la Niñez, lo que significó un cambio de mentalidad en general, en cuanto a la concepción de los niños y lo que implica su protección. No podía seguir pensándose que eran “menores”, objetos sobre los que solo los padres debían decidir.

Este hecho es trascendental, porque llevo a que los niños cobraran fuerza a la hora de protegerse cuando sus derechos y/o intereses se encontraran en juego. Es así que niños y adolescentes se convirtieron en “sujetos”, capaces de actuar.

Gracias a este acontecimiento se consagraron derechos con gran significado para los niños, como: a ser oído y que su opinión sea primordialmente tenida en cuenta. Sin embargo, con el avance del tiempo pudo verificarse que esos derechos por sí solos no resultaban tan efectivos. Por ello, gracias a otro derecho que surgió con este cambio, como fue el de poder contar con asistencia técnica, y que se traducía en el Abogado del Niño, es que aquellos derechos encontraron el camino para que pudieran ser cumplidos de manera efectiva.



## **CAPITULO II**

### **ASPECTOS GENERALES EN LA DEFENSA DE LOS NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES**





## **2.1. PALABRAS PRELIMINARES**

Las personas menores de edad son aquellas que no han alcanzado la edad de 18 años. Ese límite numérico marca la línea en la cual los sujetos tienen la capacidad para actuar por sí o por un representante. Se fundamenta en la idea de que aquellos que no alcanzaron los 18 años, no comprenden, no tienen el discernimiento, ni la madurez suficiente como para poder responder por sus actos.

Para cubrir aquello, la normativa interna ha contemplado diversas figuras encargadas de actuar, substituyendo a la persona menor de edad, con el fin de proteger los intereses, derechos y bienes de sus representados. Analizar cada una de aquellas figuras servirá para marcar las diferencias que existen con el Abogado del Niño, ya que se podrá observar a lo largo del presente trabajo que existieron numerosos casos en donde la actuación del letrado no se permitió, basándose para ello, en que la presencia de alguna de las figuras inmersas en la normas locales, suplían perfectamente a la actuación del letrado.

A su vez, definir claramente que es el Abogado del Niño, permitirá determinar la naturaleza jurídica del mismo, (y que en principio parece ser la de un Abogado – Cliente), como los principios sobre los que se asienta, anticipándose algunos, como son la consideración en primer lugar, del niño como sujeto de derecho, así como la obligación de velar por el interés superior del niño, y el principio de no discriminación entre otros. Todo ello permitirá marcar claramente el cambio sustancial que se tuvo sobre la consideración de la niñez y su protección.

## **2.2. Breve análisis de las herramientas disponibles para la protección de los intereses de niños, niñas y adolescentes.**

### **2.2.1. Representante legal**

El Código Civil y Comercial de la Nación dice que los representantes legales de las personas menores de edad y adolescentes (adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años.), son sus padres (art. 26). Aclarando que los menores de edad son aquellas personas que no han alcanzado la edad de 18 años (Art. 25).

Por medio de la representación la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus padres, debido a que su capacidad no es total. Por lo que esta figura interviene entre otras cuestiones, para protegerlos cuando el niño/a o adolescente no puede actuar por las limitaciones legales que se le imponen. Esto está establecido en los artículos 100 y 101 del mismo Código. Ellos dicen, que la regla general es que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí (artículo 100), y dice que son representantes de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres (artículo 101, inciso b.).

Aquella regla general sobre la incapacidad, a pesar de la reforma, aparentemente continua rigiendo, por ello la representación legal es necesaria y obligatoria, entonces los niños que no han cumplido los 18 años ejercen sus derechos a través de sus padres (salvo emancipación).

Otro artículo que refuerza esta idea es el artículo 23 del Código que sostiene que toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas. Esos límites están dados en el artículo 24, que dice que son personas incapaces de ejercicio, entre otras, la que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.

Entonces el artículo 24 admite la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad en los casos en que se haya alcanzado la edad y grado de madurez suficiente, permitiendo que aquellos puedan actuar en determinadas situaciones cuando el juez los autorice. Introduciéndose de esta manera, el principio de la capacidad progresiva, que venía dejándose de lado.

La Convención de los Derechos del Niño establece que el ejercicio de los derechos de los niños es progresivo en relación a la evolución de sus facultades y, corresponde a los padres y a las personas encargadas legalmente del niño impartirle “dirección y orientación apropiadas” para que el niño ejerza los derechos reconocidos en el artículo 5 de la CDN. (Leonardi, C., s/f, Pág. 104)

Entonces se reemplaza ese límite numérico, extrínseco a la persona y objetivo que existía con el Código de Vélez Sarsfield, que suponía alcanzar la

edad de 14 años (donde jueces autorizaron la actuación de un letrado, porque se los consideraba incapaces relativos), por un requisito intrínseco a la persona y subjetivo. Este último, en algunos casos ampliara ese margen numérico que existía y en otros no, ya que la maduración en los niños no es algo que se presente de manera lineal o simétrica.

Ello a su vez podría limitar la actuación del Abogado del Niño, ya que se desprende del análisis de estos artículos que las personas menores de edad carecen de capacidad para poder realizar ciertos actos, colocando como responsables de representarlos a los progenitores.

Existen dos antecedentes jurisprudenciales en donde se denegó este derecho, por considerar que con la representación legal de los progenitores bastaba para proteger los derechos e intereses de los niños. Ambos fueron citados en el Capítulo I (Antecedentes Jurisprudenciales). En este caso se resaltaré la interpretación que realizaron los Tribunales, sosteniendo que el Abogado del Niño era reemplazado por la presencia de otras figuras.

En el primero se sostuvo que la representación legal del menor sumada a la intervención del asesor de menores tornaba improcedente la designación de Abogado de confianza, pues los intereses y derechos del niño se encontraban ampliamente protegidos y garantizados.<sup>6</sup> (Derechos Humanos, Políticas Públicas., s/f, Pág. 3).

Igual conclusión se tuvo, cuando se negó la presentación con patrocinio letrado a una niña de diez años argumentando que los niños se encontraban debidamente tutelados por el sistema vigente, a través de la representación legal de los padres y la representación promiscua.<sup>7</sup> (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia., s/f.)

Las decisiones fueron tomadas utilizando como base el anterior Código Civil, como ya se mencionó anteriormente. Estos fallos van en contra de lo que fue impartido desde el paradigma de Protección Integral de la Niñez, en donde los niños pasaron a ser considerados sujetos de derecho.

<sup>6</sup> Sala K, el 28 de septiembre de 2006, "RMA s protección especial".

<sup>7</sup> Sala C, el 14 de agosto de 2007 "MG c P sobre tenencia".

Aparentemente ello fue subsanado por el Código actual, ya que introdujo conceptos como la edad y grado de madurez suficiente, posibilitando que exista una capacidad progresiva, ampliando de esa manera el margen de edad de los niños que no necesitan ser representados para velar por sus derechos e intereses. “Hay que resaltar que sería deseable por ejemplo que en el artículo 24 del proyecto se establezca que las personas menores de edad son capaces progresivamente para ejercer sus derechos, de este modo se los definiría por su capacidad.” (Musa, L., s/f, Pág. 1).

En el mismo sentido, el concepto de autonomía es el que debe primar y no una edad cronológica que fije a priori la capacidad/incapacidad para decidir sobre los actos en los que podrá involucrarse el niño, niña o adolescente.

### **2.2.2. Ministerio Público**

Según la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24946 dice que él tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Entre sus funciones están las de promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

El Ministerio Público también se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, que dice que actúa respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de los que requieran de un apoyo.”(Artículo 103). Esta actuación en el ámbito judicial puede ser complementaria o principal. Es complementaria cuando actúa junto a los representantes legales cuando se encuentran involucrados los intereses de los menores. Y es principal cuando actúa en lugar de los representantes legales y cuando los derechos de los niños están comprometidos.

Es decir que el Ministerio Público está destinado a acudir a la ayuda, junto a los representantes legales o, de manera autónoma si los padres no actúan. En el primer caso, sucede cuando entran en juego los intereses de las personas

menores de edad, y en el segundo cuando sus derechos están comprometidos. Por lo que sustituyen de esta manera a aquellos que tienen el deber de protegerlos, no teniendo tanto en cuenta lo que quieren las personas menores de edad, más allá del deber de oírlos, sino que se deben garantizar que se cumpla con la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

El Defensor de que Menores integra el Ministerio Público tiene la obligación de informar al juez cuando los intereses o derechos de las personas menores de edad estén en juego, debiendo emitir un dictamen de la situación en la que se encuentran. Puede actuar de manera conjunta con los representantes legales o de manera autónoma, y lo que vigila es que se cumplan las leyes sobre la protección de los niños/niñas y adolescentes.

Ambas figuras no tienen nada que ver con la tarea que debe realizar un abogado, ya que este último se encarga de introducir los deseos e intereses de su defendido en el proceso. Tanto el Ministerio Público como el Defensor tienen por función asegurar que se cumpla con las leyes de protección de los niños y la legalidad, por ende no son los encargados de asesorar e introducir las pretensiones de las personas menores de edad en determinados procesos.

Por otra parte, para introducir lo que se consideraba desde la jurisprudencia vale traer a consideración los fallos anteriormente mencionados, en donde los Tribunales determinaron que la actuación de un Abogado del Niño resultaba improcedente, ya que razonaban que la tutela de los derechos del niño estaba perfectamente garantizada por la actuación del Ministerio, el Defensor y hasta el Representante Legal. Argumentos de ese tipo podrían seguir mal utilizándose.

Sin embargo en otro caso se marcó la diferencia entre el Abogado del Niño y el Defensor de Menores. En él se sostuvo que el Abogado del Niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su propia voluntad; mientras que el Asesor de Incapaces es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales el derecho de fondo le asigna al niño para defensa de sus derechos.<sup>8</sup>

<sup>8</sup>*Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 3ª, 19/4/2012*

Bigliardi, K., A., (2015) marca una diferencia sustancial entre el Abogado del Niño y el Defensor de Menores, ella sostiene que el Abogado del Niño resulta de gran utilidad para la materialización de los derechos de la persona menor de edad, ya que no debe estar supeditado ni a edades rígidas, ni a la existencia de conflicto con sus progenitores, ya que para esos supuestos existe el Asesor de Incapaces.

### **2.2.3. Tutores Públicos**

Según el artículo 59 de Ley 24.946 del Ministerio Público, los tutores públicos tendrán las funciones relacionadas a la Responsabilidad Parental y deberán cuidar de las personas de los menores asignados a su cargo, procurando que sean instruidos para que puedan - en su momento - acceder a una profesión, arte, oficio o actividad útil.

Aquí su función se basa en el cuidado, la instrucción y la representación legal de las personas menores de edad. Es la función que ejercen los padres de los niños/as y adolescentes, como consecuencia de tener la responsabilidad parental a su cargo.

Aquí la diferencia con el Abogado del Niño es muy evidente ya que el tutor se encarga del cuidado que deben (en un principio) realizar los padres de la persona menor de edad. Representa un deber, que debe darse hasta que el niño/a alcance la mayoría de edad, Nada tiene que ver con la defensa técnica que podría ejercer un Abogado. Además puede llegarse a la misma conclusión, en donde los Tribunales podrían denegar la actuación de un letrado, por parecerles que los derechos de los niños se encuentran perfectamente garantizados por estas figuras, tornándose incensaría el otorgamiento de un abogado.

### **2.2.4. Tutela**

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 104 define a la Tutela y dice que está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. Definiendo a la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que

corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. (Artículo 638 primer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación).

Aquí también se tiene la función del cuidado de la persona menor de edad, e incluye todo lo que debe hacer el que tiene la responsabilidad parental, considerando al sujeto menor de edad como un incapaz. Sin embargo, hay un intento por hacer parte al niño, acordando que es obligatorio escuchar al mismo cuando se trate de sus intereses. Así que lejos se está de confundirlo con el letrado patrocinante, ya que este último tiene la función de llevar adelante la defensa técnica del niño en un proceso.

#### **2.2.5. Tutor ad Litem**

Ad Litem significa “para el juicio” en Latín. Según el sitio web “MFY Legal Services Incorporated” (2.010) este tipo de tutor es designado por un juez, cuando considera que la parte a la cual le designa esta incapacitada para actuar de manera adecuada en un juicio. Generalmente es un abogado pero puede ser cualquier persona mayor de edad, ya que la función de este es la de “ayudar” a la persona que está en juicio. Su función termina cuando el juicio concluye.

Resulta indispensable distinguir la figura del Abogado del Niño con la del tutor ad litem. Al respecto, el tutor ad-litem representa el interés superior del niño según la mirada adulta, y el abogado de confianza representa el interés particular de su patrocinado, según la mirada del propio niño (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia., s/f, Pág. 11).

De una manera manifiesta y notable surgen diferencias sustanciales entre el Abogado del Niño y las demás figuras desarrolladas. Lo más evidente es la existencia de ciertos resabios del antiguo paradigma del Patronato, debido a que la función de aquellas figuras, están vinculadas inexorablemente a la idea de la incapacidad de ejercicio de las personas menores de edad. Sin embargo resulta útil traer a consideración lo que Romano, M., resalta, ya que sostiene que:

Con el Abogado del Niño se prevé la actuación del menor en el proceso por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función, obviamente, no implica sustituir la voluntad del patrocinado, sino, los derechos del niño como modo de preservar el interés superior del niño y expresión de la autonomía progresiva que se le reconoce. (2009, Pág. 7)

Los jueces deben evaluar e identificar concretamente que funciones tienen estas figuras. Logrado ello, no habrá margen de error al querer comparar al Abogado del Niño con cualquiera de aquellas figuras en cuanto a su función.

Tal como sostuvo un Tribunal que dijo que en donde se prevé que la actuación del menor en el proceso será por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función no implica sustituir la voluntad del patrocinado, sino proporcionarle asistencia y orientación jurídica dentro del régimen del ejercicio profesional de abogados implica una carga procesal prevista por el CPCCN.<sup>9</sup>

### **2.3. Concepto del Abogado del Niño**

El Abogado del Niño es el letrado patrocinante (especialista en niñez preferentemente) de los niños, niñas y adolescentes, cuya función es defenderlos cuando sus intereses puedan ser afectados o sus derechos vulnerados en cualquier proceso administrativo o judicial que los involucre.

A la luz de las nuevas ideas sobre infancia y adolescencia, surgidas a partir de la normativa internacional (Derechos humanos, Derechos del Niño), se puede efectivizar el derecho a oírlos y a tener su opinión en cuenta, ya que ello podrá concretarse a través de la actuación de un letrado, porque los deseos de las personas menores de edad podrán introducirse en un proceso de manera efectiva y concreta cuando se respeten los tiempos y las formas procesales.

Para Acosta, K., A., E., lo que debe remarcarse en torno a la actuación de un letrado para los niños/as, es que ellos son titulares del derecho de defensa, en todo proceso que los afecte, “por tajantes disposiciones de la Constitución Nacional”, garantizándose de esa manera el debido proceso legal, “que se proyecta sobre la intervención personal en dichos procedimientos”. (2008)

<sup>9</sup>*Camara Nacional Civil., Sala I, 2009, caso “L., R. v. M. Q., M. G.”*



## 2.4. Características del Abogado del Niño

Una clara enunciación de los caracteres del Abogado del Niño son los que enumero la Dra. Xamena, C. (2012, s/p), sosteniendo que los mismos son:

- Podrá tratarse de Defensor Público o Privado: Podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con ONGs, colegio de abogados o universidades.
- Participación oportuna: La participación se debe realizar desde el inicio del proceso, como una garantía de participación del niño.
- Autónomo: No puede confundirse con otros profesionales del derecho que intervienen en el proceso, tales como el Tutor ad Litem o el Defensor del niño.
- Necesario: Ante su ausencia o falta de intervención, se puede sancionar con la nulidad de lo actuado en el proceso.
- Imparcial: No debe inclinarse a favorecer las pretensiones de los sujetos procesales, sino únicamente debe tratar de actuar de la forma más cercana a los pedidos del niño.
- Especializado en materia de niñez y adolescencia: La formación del abogado del niño debe revestir un alto conocimiento en derecho de familia, en derecho de la niñez y en derechos humanos de los niños.
- Defensa técnica: Asume en el proceso judicial o administrativo la defensa de los intereses particulares del niño en un conflicto concreto, prestando para ello el conocimiento técnico jurídico especializado..
- Gratuidad: Los honorarios por la actuación del abogado del niño pueden ser afrontados por el Estado, quien tiene el deber de garantizar el ejercicio de los derechos del niño, pero no obsta a que los padres puedan asumir el pago de sus honorarios.

Los caracteres que enuncia esta especialista están en sintonía con la normativa internacional, por lo que se torna necesario tomarlos como irrevocables e irrenunciables, para poder garantizar lo que realmente se pretende con la inserción de esta figura a la normativa nacional, y que se traduce efectivamente en otorgarle asistencia técnica a una persona menor de edad, cuestión que deberá ser obligatoria cuando los intereses y/o derechos estén en

juego, a su vez deberá ser especialista en niñez, deberá estar en todo el proceso, se debe garantizar la gratuidad, y hasta se deberá decretar la nulidad si el mismo no participa oportunamente.

## **2.5. Naturaleza jurídica**

La naturaleza jurídica del Abogado del Niño, es la misma que se origina entre un abogadocomún y su representado, ya que se trata de una relación corriente de Abogado – Cliente. Según el Dr. Barbero, A. D. (2014, Pág. 1), parafraseando a Zarza, A. G:

Corresponde al Abogado, la defensa de la parte en el proceso, para lo cual debe oír, investigar y solicitar los datos necesarios para redactar sus escritos y componer sus informes de ataque o defensa. Desempeña, por tanto, una labor principalmente intelectual, pero ésta viene acompañada de una de carácter material o físico, por la realización de traslados y viajes, consultas a registros, asistencia a diligencias y vistas, etc.

Las relaciones entabladas entre el Abogado y su cliente se circunscriben en el arrendamiento de servicios. La normativa que define al mismo dice que hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. (Artículo 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación, 1º párrafo). A su vez en la primera parte del artículo 1252 del mismo cuerpo normativo sostiene que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independientemente de su eficacia.

En el artículo 1256, inciso a. se postula que el prestador de servicios está obligado a: ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada; b. informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida.

Las obligaciones del que contrata serán: a. pagar la retribución;b. proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio. (Artículo 1257 del Código Civil y Comercial de la Nación)

Concluyendo con el artículo 744, que dice que “La prestación de servicio puede consistir: a. en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso...”

En la mayoría de los casos son los jueces los encargados de designar un Abogado del Niño para las personas menores de edad. Y aunque esto suceda el Abogado se obliga respecto de la persona menor de edad o adolescente a realizar con independencia, una actividad o trabajo mediante remuneración.

La persona menor de edad le plantea un problema a su letrado patrocinante y le pide que intente solucionarlo. A su vez, el Abogado se compromete a realizar todo lo que esté en sus manos para solucionarlo, pero no asegura que el mismo se logre. Por lo que es una obligación de medios y no de resultado como sucedería con una prestación de obra.

Lo que debe remarcar como una característica propia de esta relación es que el encargado de pagar la actuación del letrado deberá garantizarlo el Estado cuando la persona menor de edad no esté en condiciones de solventarlo, caso contrario serían los padres los encargados del pago del mismo.

Otra de sus características es que se trata de un contrato consensual (se perfecciona con el consentimiento), bilateral, recíproco y oneroso. Así que, más allá de que una de las partes en esta relación de Abogado – Cliente, sea una persona menor de edad, la naturaleza de la misma no deja de ser la de un contrato de arrendamiento de servicio, más allá de las características particulares que se desprenden por las condiciones de una de las partes y de quien sea el encargado de retribuir aquel servicio (persona menor de edad, Estado o padres).

## **2.6. Principios fundamentales sobre los que se asienta**

La figura del Abogado del Niño según Lescano, M., J.:

Encuentra su fundamento en los principios en los que se asienta la Convención sobre los Derechos del Niño y el Tratado de Derechos Humanos, que a partir de 1994 alcanzó la máxima jerarquía normativa en nuestro país, a través de su recepción constitucional, en virtud de lo previsto en el de art. 75 inciso 22.(2013, Pág. 2)

Propuestos en “Promoción y Protección de Derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aries”(S/f, Pág. 14-22), auspiciado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, Instituto de Estudios Judiciales y UNICEF, los principios son:

❖ El principio de no discriminación:

La prohibición de discriminación es inherente a la definición de “derechos humanos”. Si se concibe a éstos como los derechos que tienen todos los seres humanos por el solo hecho de ser tales, la discriminación en su aplicación resultaría contradictoria con el concepto mismo de derechos humanos. No debe entenderse como imposibilidad de diferenciar. Los seres humanos tienen necesidades diferentes, culturas diversas, o etapas de la vida en las que requieren distintos cuidados, y la igualdad o la prohibición de discriminación no debe confundirse con la uniformidad o con la asimilación. En muchos casos la diferenciación es necesaria para que el derecho pueda ser realizado plenamente por la persona.

❖ El principio del interés superior del niño

El concepto de interés superior del niño queha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus últimos pronunciamientos dijo:“Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopciónde medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior delniño, que sefunda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en lanecesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”<sup>10</sup>. La evaluación que debe hacerse sobre cuál es el interés superior del niño en cada caso, debería incluir la valoración ante todo del desarrollo de la autonomía personalde manera tal que la decisión adoptada esté fundamentada en dicho interés.

Para que el interés superior del niño sea tenido en cuenta a la hora de su aplicación, deberán respetarse los siguientes parámetros:

- La consideración del niño como sujeto de derecho

Intenta reafirmar la concepción del niño como sujeto de derecho y abandonar la antigua concepción que consideraba a los niños como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces. Como resulta lógico en un sistema de protección integral, la ley define al niño como sujeto de derecho y por lo tanto, inevitablemente, consagra ciertas responsabilidades para el ejercicio de esos derechos y supera la noción del niño definida por su incapacidad jurídica.

- La opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico.

De ninguna manera la condición de sujetos de derecho de los niños estaría completa si no se considerara su opinión en la adopción de una medida en la que se está, en definitiva, plasmando su supuesto interés superior.

- La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y sus deberes.

La pauta nos habla aquí de deberes y no de responsabilidades. Podría pensarse que la norma hace referencia a los deberes genéricos de todas las personas de respeto a los derechos de terceros o al deber de omitir la realización de actividades prohibidas (por ejemplo, evitar la comisión de delitos penales o civiles), pero si así fuera, la pauta es de una evidencia que resulta innecesaria y confusa.

- La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y las exigencias de una sociedad justa y democrática.

En otras palabras, según esta ley, el sentido de la norma es que el interés superior del niño debe ceder cuando así lo requieran las exigencias de una sociedad justa y democrática.

<sup>10</sup>Corte IDH, "Caso Bulacio vs. Argentina". Sentencia de 18/09/2003.

## ❖ El principio pro homine

Debido a que los derechos se encuentran consagrados en una multiplicidad de normas (constituciones nacionales y provinciales, tratados internacionales, leyes, etc.), los principales pactos de derechos humanos contienen reglas que obligan a los Estados a acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Ante el análisis de los principios enumerados, se reconoce al derecho en general un gran avance sobre los derechos de la niñez. Esto lleva consigo una naturaleza solidaria, igualitaria e inclusiva, como sucede con los conceptos del interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, entre otros; en donde es el Estado el que debe intervenir para que estos se incorporen de una manera correcta y eficaz y no desvirtuar su finalidad.

Por lo tanto, a pesar de encontrarse con numerosas críticas por el uso de la figura del Abogado del Niño, lo que se pretende es realmente trascendental para la sociedad, su desempeño en el cuidado de los más vulnerables garantizará, sin dudas una sociedad más justa, de esta manera, el rol del letrado cobra una importancia central en defensa de los derechos y garantías impartidos desde las normativas vigentes.

## **2.7. CONCLUSIONES PARCIALES**

Las figuras inmersas en la normativa interna que están encargadas de representar a las personas menores de edad, mantienen una gran diferencia con lo que respecta a la función que tiene el Abogado del Niño. Así pues, los representantes legales, y los tutores son los encargados del cuidado general que necesitan los niños/as y adolescentes, como otorgarles las herramientas necesarias para que aquellos puedan hacerse de una carrera u oficio, a su vez también podrán representarlos en procesos judiciales como extrajudiciales, cuando sus intereses estén en juego, pero no ejerciendo una defensa técnica, sino

(de alguna manera)decidiendo, según su visión sobre cuál es el interés a proteger o defender de la persona menor de edad.

El Estado también participa de esto, a través del Ministerio Público o del Defensor de Menores, quienes actuarán en situaciones donde niños o incapaces estén involucrados, cuidando que se respeten la legalidad y el interés público y en donde se exigirá que se cumplan las normas.

Las funciones descritas sobre aquellas figuras, comparten una naturaleza proteccionista, ello debido a que las mismas surgieron cuando estaba vigente el paradigma del Patronato de Menores. Mediante el mismo se mantenía la clara noción de que los niños eran incapaces de ejercicio, por ello las personas adultas tomaban las decisiones de manera unilateral, exigiendo fundamentalmente que se cumplieran con las normas vigentes.

Con el cambio de paradigma, surgido después de la celebración de la Convención de los Derechos del Niño, las personas menores de edad vienen a ocupar un rol activo en aquellas situaciones en donde estén involucradas.

A partir de aquel suceso se ampliaron los derechos y garantías para los niños/as y adolescentes, lo que obligó a que tiempo después se dictara una ley a nivel local, e incluso se introdujeran cambios con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Así derechos como a; “ser oído”, “que su opinión sea debidamente tenida en cuenta”, “a la asistencia letrada”, entre otros, cobran relevancia y pasan a formar parte del cotidiano nacional. El Abogado del Niño es un ejemplo de este cambio, ya que viene a efectivizar muchos de aquellos derechos y garantías mencionados por la normativa internacional.





**CAPITULO III**

**NORMATIVA  
NACIONAL E INTERNACIONAL**



### **3.1. PALABRAS PRELIMINARES**

A partir del surgimiento del paradigma de la Protección Integral de la Niñez y gracias a las convenciones internacionales sobre derechos humanos y derechos del niño, es que se comienza a desarrollar un largo camino para que estas ideas impacten de manera efectiva en las normativas locales.

El primer obstáculo a enfrentar fue el antiguo paradigma del Patronato de Menores, por medio del cual se dictaron leyes y normas, en donde lo que se hizo fue tratar al niño como un sujeto incapaz que debía ser “defendido” o “protegido” por las diversas figuras creadas por el Estado. Ello llevó a que se vulneraran principios fundamentales que venían siendo pregonados desde la normativa externa, inclusive después de que el país ratificara las convenciones que impartían aquellas nuevas ideas sobre la niñez y su protección.

Es así que la Convención marcó el primer antecedente de la figura bajo estudio (así como a muchas otras garantías). Y cuando a nivel local se sanciona una ley, como fue la N° 26.061, aquellas falencias que se mantuvieron aparentemente parecía que serían dejadas a un lado. El tiempo sin embargo demostró lo contrario, ya que con la presencia de normas de fondo, contradictorias a esa ley, y por ende a la Convención, conllevó a que se continuara haciendo uso de las viejas ideas del paradigma anterior.

Actualmente con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se introdujeron algunas de aquellas garantías establecidas a nivel internacional, por lo que se vino a poner un poco de armonía entre aquellas normas locales e internacionales que no encontraban coincidencia.

### **3.2. Convención Internacional de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes**

La Convención Internacional de Derechos del Niño fue aprobada como Tratado Internacional de Derechos Humanos el 20 de noviembre de 1989. Los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la misma. Fue elaborada durante 10 años con los diferentes aportes de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones. (Legendre, M., 2.006, Pág. 36)

Luego fue aprobada e incorporada a nuestra normativa interna a partir de la Ley N°23849, sancionada el 27 de Septiembre de 1.990 y promulgada el 6 de Octubre del mismo año. Posteriormente pasó a tener jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 con carácter obligatorio para los Estados firmantes. Como también es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.

La misma ya fue mencionada en el Capítulo I, en donde se puso de manifiesto que una de sus notas más distintivas para resaltar, es que a partir de la misma surgieron los cimientos para el actual paradigma de la Protección Integral de la Niñez. Por lo que el impacto de la misma caló muy hondo en las raíces de las concepciones que se mantuvieron por años.

Ello también lo manifiestan las especialistas Imhoff, D.; Marasca, R.; Marasca, M. y Rodríguez, R., que dan una opinión muy interesante sobre ese acontecimiento:

El Paradigma de la Protección Integral de la Infancia que surge a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y es promulgado por organismos internacionales tales como las Naciones Unidas y Unicef cambió de concepción del niño/a, quien deja de ser visto como objeto de derechos para comenzar a ser entendido como sujeto de una amplia gama de derechos y libertades, sosteniendo la igualdad social de todos los/as niños/as. Así, este modelo declara como uno de sus objetivos primordiales el interés superior del niño/a, lo cual implica que éste debe ser considerado en todo lo que concierne a la toma de decisiones e implementación de acciones, enfocadas a preservar y promover su desarrollo físico, psicológico, educativo, cultural, moral, espiritual y social sin discriminación de ningún tipo. (2012, pág. 16)

Por ello es tan importante traer a consideración la mención de la celebración de la Convención, dado el impacto que generó en el sistema normativo, dejando atrás de esta manera el antiguo sistema del Patronato de Menores, (por lo menos esa fue la intención).

Cuando se trabajaba basándose en la anterior línea de pensamiento, que sostenía que los niños eran incapaces, se legitimaba la disposición estatal absoluta sobre los niños vulnerables, y el juez actuaba como un buen padre de

familia, de manera asistencial como sucede con la entrega de subsidios. Por ello la protección de los derechos y garantías reconocidos internacionalmente no se cumplían verdaderamente. (Murga, M. E. y Lic. Anzola, M. G., 2011, Pág. 13)

Los hechos demuestran que la postura que sostenía que la persona menor de edad era un sujeto incapaz fue mantenida igualmente, ello fue resaltado cuando se analizaron los fallos, en donde el eje de la decisión judicial se centró en la regla de la incapacidad, además de las figuras que estaban contempladas para suplir aquella incapacidad, que estaban encargadas de protegerlos según su mirada adulta.

Al intentar superar la concepción de la Situación Irregular de la Niñez, es necesario entender que, tal como lo sostiene Puebla, D.:

Al niño ya no se lo define por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo, sino que al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, concluyendo que la infancia y adolescencia pasan a ser formas de ser persona, con igual valor que cualquier otra etapa de la vida. (Murga, M. E. y la Lic. Anzola, M. G., 2011, Pág. 40)

El niño, pasa a ser protagonista en la sociedad, apto para poder defender sus derechos e intereses cuando aquellos que deben hacerlo no lo cumplen. Por ello, el niño, ya sujeto, pasa a adquirir múltiples derechos, lo que le permitirá de una u otra manera “actuar”, además de recibir.

Aunque la nueva concepción sobre la niñez y su protección está siendo aceptada, la discusión se centra en determinar hasta dónde llegan esos derechos, porque a pesar de estar ampliamente garantizados por normas nacionales e internacionales, ello continua topándose nuevamente con algunas cuestiones que tienen que ver con la capacidad o incapacidad de las personas menores de edad.

Ello ya fue motivo de análisis cuando se introdujeron las posturas relacionadas al alcance del derecho a ser oído que tienen los niños y que fueron consideradas en el Capítulo I, (Postura restrictiva y amplia).

Es importante traer a consideración los siguientes artículos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ya que los mismos están íntimamente relacionados con el tema del Abogado del Niño):

- El artículo 12 establece que: los Estados partes deben garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño, y se dará al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

- A su vez el artículo 3 agrega que todas las medidas concernientes a los niños que se tomen deberán basarse en el interés superior del niño. Este último está compuesto, entre muchas otras cuestiones por escuchar al niño.

- Por último el artículo 4 garantiza que los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas y legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. Y como Argentina ha ratificado la misma, debe cumplir, por lo que debe adecuar la normativa local para que sea posible la aplicación de los preceptos que se desprenden de esta Convención. Cuestión que hizo, a través de la Ley N°26.061, y diversos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Entonces como se viene sosteniendo a lo largo del desarrollo de este trabajo el derecho del niño a ser oído (analizado en el Capítulo I - Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales), es irrenunciable. A su vez, el alcance de lo manifestado por él, dependerá de su madurez, por lo que el juez jamás podrá negarse a oírlo y solo podrá decidir sobre el alcance de sus dichos. Y por último para que se verifique la correcta concreción del derecho a ser oído, será necesaria la tarea que solo puede llevarla a cabo el Abogado del Niño. Por lo que si se analizan los orígenes de esta figura, podemos decir que el mismo vino siendo considerado por la normativa internacional (aunque de una manera implícita) desde hace muchísimo tiempo.

En efecto, la CDN reclama para el niño y el joven su verdadero protagonismo social y jurídico con el fin de reconocerlo como parte esencial y activa de la comunidad y no como mero receptor de acciones tutelares o asistenciales por parte del Estado. (Murga, M., E., Anzola, M., G., 2011, Pág. 14)

### **3.3. Constitución Nacional**

En cuanto a lo que puede extraerse de la Constitución Nacional en torno a la figura del Abogado del Niño, es trascendental debido a las garantías que podrán efectivizarse. Ya que este letrado es un tipo de abogado con ciertas particularidades, dado que él actúa en defensa de los niños, niñas y adolescentes, y su interés.

Ante todo abre la posibilidad a los niños de poder ejercer el derecho y la garantía constitucional del acceso a la justicia, el derecho a la defensa y la oportunidad a ser oído en un proceso judicial, lo que garantiza el debido proceso legal que se encuentra en la Constitución Nacional.

Ello lo contempla el artículo 18 de la Constitución Nacional, que dice:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrito de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.(Subrayado personal)

Además, a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se le otorgó jerarquía constitucional a través del artículo 75, inciso 22. Desde ese momento diversos conceptos e ideas que se encuentran desarrolladas a lo largo de la normativa interna que poseen una jerarquía inferior, debieron adaptarse a la Convención.

Por lo que desde la Constitución, se garantiza que se respete el debido proceso legal. Y cuando se trate de procesos en donde estén en juego intereses y/o derechos de niños, niñas y adolescentes, el mismo solo será posible de respetarlo, a través de la asistencia técnica que puede darle un letrado.

Si no se respetara el debido proceso legal, como podría darse si no se le permite a una persona menor de edad, actuar junto a un letrado que lo patrocine, ese proceso que se lleve a cabo podría decretarse nulo, por violación de una garantía constitucional.

Ahora bien, si el derecho a ser oído forma parte del derecho de defensa, y si el derecho de defensa en juicio hace los presupuestos de la garantía del debido proceso, y si la violación al debido proceso provoca la nulidad absoluta de las actuaciones procesales llevadas a cabo, entonces se puede afirmar que el derecho del niño a ser oído es un derecho irrenunciable constituyente del debido proceso, que en caso de no respetárselo conlleva a la nulidad del proceso. (Terragnim, M., A., s/f, s/p)

Por ello puede sostenerse que el Abogado del Niño representa una garantía para los niños y adolescentes, por lo menos desde la Carta Magna, consecuentemente no admitir el otorgamiento del mismo basándose para ello en las normas de fondo (como lo vinieron haciendo) resultaría violatoria de derechos fundamentales.

Para Rosa A. Ávila Paz de Robledo, el Debido Proceso Legal, es “el instrumento de tutela de la dignidad humana”, y la tutela de la dignidad de las niñas, niños y adolescentes en el proceso judicial encuentra su punto de apoyo en la Constitución Nacional. (Robledo, D., 2013).

Otro artículo de la Constitución Nacional que refuerza aquellos derechos consagrados por la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y la Ley N° 26.061 es el artículo 16, donde se consagra el principio de la igualdad. Este dice que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, y que todos sus habitantes son iguales ante la ley, la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que aquel artículo (principio de igualdad) junto al artículo 2 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (prohibición de la discriminación a los niños) se integran al debido proceso legal.



Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –-competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.<sup>11</sup> (Robledo, D., 2013, Pág. 263 - 264).

### **3.4. Artículos antes de la reforma del Código Civil de la Nación**

El Código Civil de la Nación, antes de la reforma no consideraba el derecho de los niños a una asistencia técnica. Incluso después de la sanción de la Ley 26.061, artículo 27, que en su inciso c), ya lo garantizaba, sin distinción de edad, aquel derecho no era concedido en la mayoría de los casos, como consecuencia de la regla de la incapacidad inmersa en el Código, concepto que permanecía inalterable para jueces, que se valieron reiteradamente de aquél para rechazarlo.

Entonces los niños que no alcanzaban la edad de 18 años, eran considerados incapaces absolutos (menor de 14 años) o relativos (mayor de 14 años). Por ello a través de algunos fallos se les otorgo el patrocinio de un Abogado a los niños de más de 14 años (incapaces relativos, ya que podían realizar determinados actos cuando el juez los autorizara) y se les negó de pleno derecho a aquellos que no superaran aquella edad. Por lo que acceder a un letrado, tenía un límite numérico librado a la decisión judicial. Por lo tanto no configuraba un derecho para todos los niños por igual.

Esta postura restrictiva basada en un sistema cronológico de la capacidad, sostiene que el niño menor de 14 años carece de capacidad de hecho para realizar actos jurídicos, por ello no puede participar como parte en un proceso, ni siquiera con un Abogado.

<sup>11</sup> Corte IDH, OC 17/12 del 28-08-2002, punto resolutivo 10.

Esto surge del artículo 54 y 921 del Código Civil de la Nación de Vélez Sarsfield:

Artículo 54: Tienen incapacidad absoluta las personas por nacer; los menores impúberes; etc. Los menores impúberes son aquellos que no han alcanzado la edad de 14 años, los mismos son “protegidos” suprimiendo su incapacidad. Serán representados por el Ministerio Público, a parte de sus representantes necesarios.

A su vez, lo anterior esta reforzado por el artículo 921 que dice que los actos serán refutados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicado por menores impúberes o actos ilícitos por menores de diez años.

### **3.5. Artículos en el actual Código Civil y Comercial de la Nación**

Después de analizar ut supra aquellos artículos referidos a la capacidad de las personas menores de edad y las consecuencias que ello acarrearía, como la imposibilidad de que las mismas, (que no contaran con la edad establecida -14 años-), pudieran contar con la asistencia de un letrado, a pesar de contar con una Ley que lo garantizaba ampliamente, como es la Ley 26.061 además de la Convención de los Derechos del Niño, continuare con el impacto que generó el actual Código en el año 2.015.

Si bien el Código sigue manteniendo el término de incapacidad de ejercicio, al mismo tiempo introdujo el concepto de la capacidad y autonomía progresiva. A la vez, nos encontramos a partir de esta normativa ante un sujeto menor de edad que es capaz, es decir una persona que puede hacer todo lo que pueda hacer, con restricciones provenientes de su natural inmadurez. (Córdoba, M., M., 2015, s/p.)

Podría sostenerse que fue superado el tema de la incapacidad, a partir de la Ley 26.994, con la que el Congreso Nacional sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual reconoce en el artículo 26, como en muchos otros, el derecho de los niños a la asistencia letrada. El mismo establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, pero la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Además dice

que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

Estableciendo como uno de los requisitos para poder hacer uso de este derecho el de alcanzar la edad y grado de madurez suficiente, sin ponerle un numero al mismo como límite. El que determine este requisito, no sería el juez, porque no es el sujeto más apto para determinar cuestiones de esta índole, por no contar con la formación suficiente.

Se sostiene que la designación del abogado puede hacerla el mismo niño, pero siempre que cuente con “la edad y grado de madurez suficiente”. El otro de los requisitos que se exige, y que por lo tanto restringe el derecho a la asistencia técnica es que se admitirá solo en aquellos casos en que exista conflicto de intereses con sus representantes legales. Que no es algo que cause inconvenientes, ya que la verificación del mismo, es sencilla como puede ser a través de una audiencia de ambas partes.

Aunque represente la mayoría de los casos, la existencia del conflicto de intereses con sus representantes legales o progenitores es un requisito que va en contramano de lo que se estableció desde las normas internacionales, en donde ese derecho no encuentra exigencia alguna, ya que como se vino sosteniendo en el desarrollo de este trabajo al otorgársele esa posibilidad a las personas menores de edad se garantizara el derecho a ser oído de los mismos.

Como dice Leonardi, C. (2014), que aunque en la práctica esos serán los casos más frecuentes (es decir conflicto de intereses entre padres e hijos), considera que no se estaría siendo respetuoso de los derechos de los niños cuando se establecen ese tipo de límites que no tienen sustento constitucional.

Así también lo considera García Méndez, ya que sostiene que con aquellas normas del Código Civil y Comercial de la Nación, se limita la existencia del Abogado del Niño solo para los casos en que se presente el conflicto de intereses con los progenitores o representantes legales, lo que lleva a una contradicción entre las normas nacionales e internacionales. (Leonardi, C., 2014)

Además de ello, el derecho de defensa se encontraría vulnerado, por lo que también sería contradictorio con la normativa nacional (artículo 18 de la Constitución Nacional, y Ley N° 26.061) e internacional (artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño), ya que el mismo se encuentra amparado por ambas.

Aquí la cuestión que resolverá la problemática por la presencia de normas contradictorias se basará en responder cuales de esas normas son las que prevalecerán a la hora de analizar la aplicación del derecho a la asistencia letrada para las personas menores de edad. Y eso lo responde claramente Mónica Pinto que es citada por Leonardi, C.:

Debido a la existencia de normas internacionales que involucran Derechos Humanos, y normas locales que impiden el reconocimiento de aquellos, todo lo que tenga que ver con Derechos Humanos deberá acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. (2014, Pág. 5)

Entonces acudir a la norma más amplia o, a la interpretación más extensiva cuando se intente reconocer derechos protegidos, involucra que las normas que establecen el derecho del niño a ser oído, que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, y poder contar con el apoyo de un representante u órgano apropiado están por encima de las normas referentes a la incapacidad de las personas menores de edad, así como condiciones relativas a la existencia del conflicto de intereses, entre otras, ya que los primeros involucran derechos humanos, por ello deberán prevalecer.

Además que, al exigirse ciertas circunstancias para que se acceda al patrocinio, involucraría que se estén vulnerando lo que desde el derecho internacional se pregona, y si se llegara a la situación de tener que tomar una decisión para otorgar el Abogado del Niño, habrá que guiarse en primer lugar de los principios que las normas internacionales impulsan, llevando a que los supuestos establecidos por el Código, que sean contrarios a ellos deban ser dejados de lado.

Otros artículos que resultan necesarios indicarlos son los referidos a la capacidad, para comprender los cambios, (o no) que se dieron en torno a este tema. Así, el artículo 23 del Código Civil y Comercial de la Nación trata sobre la capacidad de ejercicio y dice que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en ese Código y en una sentencia judicial, y el artículo 24 dice que son incapaces de ejercicio la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente (entre otras).

Luego el artículo 25 dice que menor de edades la persona que no ha cumplido dieciocho años, y que adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años. Por otro lado, el artículo 26 dice que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, lo que da a entender que las personas menores de 18 años no pueden ejercer por sí, y como consecuencia menos aún podrían actuar junto a una asistencia letrada.

Puede interpretarse que la regla en el nuevo Código continúa siendo la de la incapacidad de la personas menores de edad, pero también se interpreta de manera implícita que existen algunas excepciones a ella, que se mencionaron anteriormente, como ser: alcanzar la edad y grado de madurez suficiente, conflicto de intereses, entre otros casos que son más particulares, como el hijo adolescente en juicio.

Aunque con la sanción del nuevo Código, se interprete que se hizo caso a lineamientos que se impartieron desde herramientas internacionales, no es menos cierto que hay cuestiones que no quedaron del todo claras ni bien definidas.

### **3.6. Ley N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes**

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N°26.061 consagra la figura del Abogado del Niño en el artículo 27, inciso c). El mismo dice: Artículo 27:

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.

A su vez el decreto reglamentario 415/07, de esta Ley dice que: “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”.

Esta Ley viene a cambiar el rumbo de la normativa nacional sobre este tema ya que no dispone límite alguno para acceder al Abogado del Niño, y el niño podrá ser asistido por un letrado especializado en niñez cuando lo solicite, y si no cuenta con los recursos económicos para hacerlo le transfiere la responsabilidad al Estado.

Otros artículos que tienen relevancia al representar pilares fundamentales a la hora de decidir sobre el otorgamiento de este beneficio (siendo el juez el que tome la decisión) son: El artículo 24, que trata sobre el derecho a opinar y a ser oído y dice que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: 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.

Y el artículo 3 que dice que 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: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada 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; etc.

Entre el derecho a opinar, a ser oído, el interés superior del niño, y su condición de sujeto de derecho, entre otros, existe una conexión que no se puede dejar de lado, ya que al contar con una asistencia letrada, se exteriorizaría la opinión de la persona menor de edad, haciendo que sea verdaderamente eficaz este derecho, a través de las tareas llevadas a cabo por el Abogado, respetando los tiempos procesales y las formalidades necesarias para que el mismo proceso continúe normalmente. Introduciéndose en el proceso lo que el niño considere. A su vez, al hacer posible el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta se estará satisfaciendo el interés superior del mismo.

Por ello, como ya se mencionó anteriormente, esta ley viene a garantizar lo que se dispuso desde la Convención Internacional de Los Derechos Del Niño, como ser, el derecho de aquellos a ser oídos y a la posibilidad de poder contar con una asistencia técnica.

El derecho a ser oído se desarrolló en apartados anteriores, por lo que no se profundizará aquí, aunque cabe recalcar solamente, que el mismo es un derecho irrenunciable y de carácter obligatorio para el juez, ya que el mismo no podrá rehusarse a hacerlo. Pudiendo solamente determinar el alcance lo que diga el niño.

Al mismo tiempo, se sostuvo que a partir de esta Ley se garantiza ampliamente el derecho a la asistencia técnica para las personas menores de edad. No estableciéndose ningún tipo de requisito para que el mismo sea otorgado. Lo que coloca a esta Ley como una receptora fiel de lo que se dispuso desde normas internacionales.

Llegando a la misma conclusión, en donde cada uno de los derechos, comentados en el desarrollo de este escrito involucra o implican la aplicación del otro. Ya que la única manera de que se efectivice lo que el niño dice, es a través de la tarea que realizara un abogado.

A su vez se destacó que a pesar de que esta ley evidenciaba trabas a la hora de que se intentaran efectivizar los derechos que se impartieron, en la práctica se demostró que no pudo ser aplicada tan sencillamente, debido a normas de fondo que iban en contra de estos derechos, como las que consideraban la incapacidad de las personas menores de edad, y la presencia de otras figuras, como ser el Defensor de Menores, el Tutor ad Litem, hasta el mismo Representante Legal de los niños, figuras que se mantenía, cubrían perfectamente la función de protección y representación de los niños, niñas y adolescentes.

### **3.7. CONCLUSIONES PARCIALES**

Las conclusiones que pueden extraerse al analizar la normativa internacional como nacional son contradictorias a la hora de intentar relacionarlas, dado que mientras desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se ampliaban los derechos y garantías de las personas menores de edad, (a la vez que se originaba el cambio de paradigma sobre la protección de la niñez), a nivel local se iba a contramano, ya que a través de las normas preexistentes en el Código Civil de Vélez Sarsfield negaron desde diversos Tribunales el derecho de los niños a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, lo que provocó que no se respetaran y materializaran aquellos derechos, que podría haber llegado a ser posible si se les permitía a los niños actuar junto a un letrado patrocinante.

Posteriormente, al dictarse la ley N° 26.061 de Protección Integral, se receptan ampliamente los principios propuestos por la Convención. A través de la misma la figura del Abogado del Niño ya está totalmente garantizada, sin condición alguna, para que los niños pudieran contar con el patrocinio de aquel. A pesar de ello, al tener que convivir con el Código de Vélez Sarsfield, llevónuevamente a que Tribunales optarán por seguir utilizando los mismos



argumentos que se venían manteniendo, basados fundamentalmente en la regla de la incapacidad de las personas menores de edad.

Ahora con la presencia de normas de fondo que nacen del actual Código Civil y Comercial de la Nación, que receptan (aparentemente) lo que se dispuso desde la Convención Internacional, se puede vislumbrar que la discusión sobre el otorgamiento de la figura del Abogado del Niño será dejada a un lado. Sin embargo, al ahondar en el análisis de este cuerpo normativo podemos interpretar que la incapacidad continúa rigiendo, pero ya como una cuestión que se determinara en torno a la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes.



# **CAPITULO IV**

## **ASPECTOS PARTICULARES SUPUESTOS DE PROCEDENCIA**



#### **4.1. PALABRAS PRELIMINARES**

En este capítulo se desarrollarán y analizarán los supuestos de procedencia que se establecen para que la persona menor de edad pueda acceder a la asistencia técnica de un letrado, para determinar si este derecho está totalmente garantizado o si resulta ser más una excepción dada para determinados casos.

#### **4.2. Supuestos de procedencia en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.**

En primer lugar, a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños/as y adolescentes, es que esta figura nace, y al poseer la misma jerarquía constitucional lleva a que se pueda aseverar que el Abogado del Niño estuvo vigente desde hace mucho tiempo a nivel local. En ella no se colocan restricciones a la hora de que las personas menores de edad cuenten con el patrocinio de un letrado que los represente, ya que es un derecho amplio y que no cuenta con ningún tipo de requisito.

Por ello, no se analizarán supuestos de procedencia en este caso, ya que el solo pedido de la persona menor de edad de un letrado, que le sirva como asistencia técnica bastara para que se le otorgue.

Lo mismo sucede con la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños/as y adolescentes, en donde el Abogado del Niño toma protagonismo a nivel local. En ella la figura está contemplada de una manera directa, a su vez que termina por reforzar lo establecido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

A través de esta Ley el derecho de los niños/as y adolescentes a ser asistidos por un letrado patrocinante está perfectamente garantizado sin exigirse ningún tipo de requisito. De esa manera se establecieron así las garantías mínimas con las que cuentan las personas menores de edad, y que no pueden ser denegadas, (como la posibilidad de contar con asistencia técnica). Abriendo el campo de actuación para todo niño que solicite su servicio, de la misma manera se le garantiza a quienes no cuenten con los medios económicos suficientes, a

que el Estado se haga cargo del mismo y se lo designe de oficio. Por ello es que el Abogado del Niño pasó a ser un derecho universal, tal como lo pretendía la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Por la Ley N° 26.061 se reconoce el derecho a la defensa técnica como una garantía del debido proceso y, por ende, obliga al Estado a designarle a todo niño, niña y adolescente, afectado por cualquier proceso administrativo o judicial, un abogado, independientemente de su edad. Cabe agregar que el art. 27, en ninguna de sus disposiciones, limita la procedencia del abogado de confianza a la existencia de intereses contrapuestos con sus padres. Muy por el contrario, hace mención a este derecho en todo proceso —sin ningún tipo de distinción— que incluya al niño/adolescente. (Bigliardi, K., A., 2015, Pág. 3)

Como se aclaró anteriormente, esta Ley estuvo vigente junto a otras normas del anterior Código Civil de la Nación, llevando a que su aplicación se tornara imposible, por la regla de la incapacidad, y de la que se valieron jueces en diversos fallos para rechazar el otorgamiento del patrocinio a las personas menores de edad, por considerárselas incapaces de ejercicio, no dejando ningún margen de discusión.

Sirve a este apartado un fallo tratado anteriormente. Se trata de un caso en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechaza la admisibilidad de la figura del Abogado del Niño.

Las disposiciones del Código Civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos, como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante.<sup>12</sup> (Leonardi, C., 2012, Pág. 101)

Esta posición se reiteró en el siguiente caso:

Las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, determinando que son incapaces absolutos de hecho, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia, razón por la cual, los niños —en el caso, 8 y 9 años— no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como sería

la designación o remoción de un letrado patrocinante, acto que sería nulo, de nulidad absoluta.<sup>13</sup> (Bigliardi, K., A., 2015, Pág. 1 y 2)

Más allá de esto, hubo un fallo en donde el derecho de los niños a la asistencia letrada fue reconocido por la Corte Suprema.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló que el juez de la causa debía designar un letrado especializado en la materia. En efecto, la Corte sostuvo que: "...a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine"<sup>14</sup>. (Leonardi, C., 2012, Pág. 101 y 102)

Las interpretaciones resultan antagónicas unas con otras, llevando a generar un verdadero debate sobre el acceso a este derecho. Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aquella imposibilidad parece estar superada, ya que el Abogado del Niño surge como un derecho para los niños/as y adolescentes, pero ante determinadas situaciones (todas ellas enumeradas a lo largo de ese cuerpo normativo), haciéndose notar sobre todo en el Derecho de Familia.

Se intenta dejar de lado la regla de la incapacidad de las personas menores de edad al agregar nuevos conceptos sobre la madurez y la autonomía progresiva. No obstante, vuelven a surgir algunas notas en donde pareciera ser que las personas menores de edad son incapaces de ejercicio, poniéndose en duda si con la sola inserción de esta figura en el cuerpo normativo se salvaron aquellas dificultades para poder aplicarla. Esto será analizado en el apartado siguiente.

#### **4.3. Supuestos de procedencia según el Código Civil y Comercial de la Nación:**

<sup>12</sup>CSJN, 26 de junio de 2012, caso "M., G. c/P., C. A.,"

<sup>13</sup>CSJN, 27/11/2012, autos "P., G. M. y P., C. L. s/protección de persona".

<sup>14</sup>CSJN, 26/10/2010, caso "G., M. S. c/J. V., L. s/divorcio vincular".

¿Cuándo el niño debe estar representado o asistido por un letrado? No es obligatoria la participación de un Abogado del Niño en todos y cada uno de los casos que involucren a niños. Esta participación se torna necesaria en los casos de conflicto del niño con sus padres o tutores, en el caso de oposición de intereses, en el caso en que haya conflicto de intereses entre los dos (o más) progenitores o bien su inactividad pueda causar perjuicio a los intereses del niño o bien el niño o adolescente lo solicite expresamente. (Córdoba, M., M., 2015, Pág. 8)

Al realizar un análisis sobre la figura del Abogado del Niño en el Código Civil y Comercial de la Nación, podemos toparnos con varios artículos en donde surgen algunos conceptos que posiblemente representen las condiciones para poder acceder al mismo.

Según algunos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación, para que sea procedente la asistencia letrada para una persona menor de edad es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Contar con la edad y grado de madurez suficiente
- Conflicto de intereses con sus representantes

#### **4.3.1. Contar con la edad y grado de madurez suficiente**

El requisito de la edad y grado de madurez suficiente fue un concepto introducido con la intención de ampliar el margen de niños/as y adolescentes que puedan actuar junto a una asistencia letrada, en miras de acoger aquellos principios proclamados por la normativa internacional. Ello se desprende del artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación en su segundo párrafo, que trata sobre el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. Este dice:

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.

No es que esté establecido de una manera explícita, pero perfectamente puede interpretarse de esa manera, ya que al otorgarles la posibilidad, a las



personas menores de edad que alcancen el requisito de edad y grado de madurez suficiente, de que puedan ejercer por si (sin la necesidad de que lo hagan sus representantes legales) los actos que no podían ejercer, perfectamente podría tratarse de poder actuar junto a un abogado.

Es evidente que la verificación de la presencia de este requisito no debiera estar librada a la decisión unipersonal del juez, ya que llegar a comprender el significado y alcance del mismo y lograr verificarlo es ajeno al derecho, siendo quizás más apto y prudente que esta tarea la realice un equipo interdisciplinario especializado en niñez y adolescencia. Esto sería, seguramente lo mejor que pudiera suceder en lo inmediato.

“Por ello, cuando el niño se presente con un Abogado o se le designe uno, deberá darse intervención al Cuerpo Técnico para que los peritos psicólogos se expidan sobre si cuenta con madurez suficiente para presentarse con patrocinio letrado”. (Bigliardi, K., A., 2015, s/p.)

No se trata de realizar un simple análisis arbitrario de la comprensión y maduración de la persona menor de edad, sino de algo mucho más complejo y especializado. Pues a partir de la corroboración (o no) del mismo se estará dotando de la capacidad que por ley no tiene la persona menor de edad, acarreado con ello las posibles consecuencias jurídicas que puedan impactar en su vida como en la de su entorno en general, además de la responsabilidad que tendrán los magistrados a la hora de cumplir con un papel con el que todavía no están familiarizados.

Poner como una condición, que se alcance un determinado grado de madurez y edad y que sea suficiente, para así poder ejercer actos que sean permitidos por el ordenamiento, (como podría ser la posibilidad de contar con un Abogado), va en contraposición con los objetivos que se marcaron a través de la Convención de los Derechos de los Niños, en donde se marcó que se debe garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos sin distinción de edad.

Otro artículo que contempla el concepto de edad y grado de madurez suficiente es el 24 del Código Civil y Comercial de la Nación. El mismo dice:

“Son incapaces de ejercicio: a. la persona por nacer; b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.”

Del mismo se infiere que las personas menores de edad que no alcanzaron la edad y grado de madurez suficiente, son consideradas como personas incapaces de ejercer, por lo tanto no pueden actuar con la asistencia de un letrado patrocinante en un proceso.

#### **4.3.2. Conflicto de intereses con sus representantes**

En cuanto a este requisito, no es tan complejo entenderlo y verificarlo, ya que basta una simple audiencia para corroborarlo. Sin embargo al acogerlo, se estarían vulnerando los derechos reconocidos para las personas menores de edad consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, con supremacía constitucional, (a ser oído y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta), y que se los perfeccionaría con la participación activa del niño en el proceso, a través de un letrado patrocinante.

Ello debido a que la Convención garantiza estos derechos sin condición alguna, solamente que se encuentren en juego los derechos o intereses de los niños, entonces cada vez que un niño o adolescente solicite la asistencia letrada, el Estado deberá garantizarlo, como se vino sosteniendo.

En la segunda parte del artículo 26, después de mencionar el concepto de la edad y grado de madurez suficiente, hace una clara enunciación de la asistencia técnica para las personas menores de edad, el mismo dice: “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.”

Podemos decir que la designación del Abogado del Niño procedería en caso de evidente conflicto entre sus progenitores, los cuales en razón de ello, se encuentran imposibilitados de llevar adelante la voz del niño desprendida de sus propios posicionamientos. Los que sostienen este enfoque no hacen ninguna referencia a la edad del niño/adolescente, es decir, que en el caso de que se dé la situación de conflicto, procedería a cualquier edad la designación del abogado del niño. (Bigliardi, K., A., 2015, Pág. 3)

Éste es un requisito que está establecido de manera clara. Que se exija la existencia de un conflicto de intereses entre padres e hijos, para que estos últimos puedan acceder a un abogado, resultaría lógico, ya que si los progenitores no comparten los deseos de sus hijos, alguien más deberá introducir los mismos (ya sean deseos o intereses) en el proceso, para que el debido proceso legal esté garantizado, caso contrario el mismo podría ser anulado. Pero si este requisito no está presente, excluye la posibilidad de que las personas menores de edad hagan uso de esta posibilidad. Por ello nuevamente se puede inferir que aun con la inserción de la figura del Abogado del Niño en el Código Civil y Comercial de la Nación, aún se está lejos de la intención que se tuvo cuando se celebró la Convención Internacional de los Derechos de los Niños.

#### **4.3.3. Persona menor de edad y adolescente**

El Código Civil y Comercial de la Nación define a la persona menor de edad y al adolescente, dotando a este último de ciertos derechos de ejercicio. Así el artículo 25 dice: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”, y el artículo 26 dice: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.”

En este sentido se entiende que las personas menores de edad, ósea menores de 18 años, no pueden ejercer sus derechos directamente, sino que deberán hacerlo a través de sus representantes legales, que son sus progenitores, de lo que se infiere que si no superan esa edad no pueden actuar con un abogado, reiterando de esta manera la regla de la incapacidad de las personas menores de edad, tal cual lo hacía el antiguo Código, y de la cual los Tribunales se valieron para hacer a un lado la posibilidad de que los niños/niñas y adolescentes cuenten con un letrado patrocinante.

Sin embargo más adelante, se intenta abrir una posibilidad para que algunas personas menores de edad puedan ejercer algunos derechos (como podría ser acceder a un abogado), se introduce el concepto que ya se mencionó anteriormente y que es alcanzar la edad y grado de madurez suficiente para poder acceder posiblemente a este derecho. Así también continua con el tema del conflicto de intereses con sus padres, como otro requisito.

Lo que si se consagra es el derecho de las personas menores de edad a ser oídas y a participar en las decisiones sobre su persona, esto está establecido en el tercer párrafo del artículo 26 de Código Civil y Comercial de la Nación, el mismo dice: “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.”

Esto está tomado de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, pero con solo oírlos no se estaría haciendo partícipe a las personas menores de edad, ya que su opinión puede ser dejada de lado, al igual que sostiene que se la debe dejar participar en las decisiones sobre su persona, sin que se plantee el alcance de esa participación. Sin dudas, la única manera de garantizar los derechos, deseos y/o intereses de los niños/as y adolescentes es haciendo que sea posible poder materializarlos en aquellos procesos, y esto se lograría solamente con la intervención de un letrado patrocinante que introduzca las pretensiones de sus representados en los tiempos y modos procesales, adecuados para que su actuar esté garantizado.

Este problema parece estar salvado para los adolescentes (entre 13 y 16 años), ya que se les otorga la posibilidad de decidir por sí solos, pero con respecto algunos tratamientos, esto está establecido en el artículo 26, cuarto párrafo, el que dice:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Esta es una ventaja que se les otorga a los adolescentes (entre 13 y 16 años), para poder decidir por sí, en los tratamientos sobre su persona, lo que no quiere decir que se les esté dando la posibilidad de que puedan acceder a un Abogado que intervenga en caso de que se vuelva necesaria la intervención de un juzgado, pero podría ser posible.

Por último, el quinto párrafo, trata sobre el menor que tiene más de 16 años, otorgándole la condición de un adulto, cuando se trate de decisiones sobre el cuidado sobre su propio cuerpo, y dice que a partir de los dieciséis años el

adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Esto habilita a la persona menor de edad, (al poder ser considerada como un adulto en las situaciones que tengan que ver con el cuidado de su propio cuerpo, y ante la existencia de conflicto con sus progenitores), a poder pedir el auxilio de un letrado que lo patrocine en caso de que la cuestión llegue a judicializarse, o inclusive ante instancias previas a ello.

#### **4.3.4. Presunción del hijo adolescente con autonomía suficiente para intervenir en un proceso conjuntamente con sus progenitores o individualmente**

Más adelante al avanzar sobre este cuerpo legal, el artículo 677, párrafo segundo también le da una ventaja clara al hijo adolescente, el mismo dice: “Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.”

Esto quiere decir que el hijo adolescente (es decir mayor de 13 años) puede perfectamente contar con la asistencia técnica de un Abogado cuando sea necesario. De aquí se puede concluir que el Código brinda la posibilidad de que los adolescentes puedan contar con el patrocinio de un letrado cuando estos lo soliciten, sin dejar más dudas sobre la capacidad de actuar de las personas menores de edad, mayores de 13 años. Por lo que el límite numérico de la capacidad de ejercicio se mantiene, tal cual lo hacía el Código anterior, pero hasta los 13 años.

Desde el Código Civil y Comercial de la Nación, se marca una diferencia entre el niño y el adolescente, ya que este último goza de una presunción a favor para presentarse en juicio por sí solo con patrocinio letrado (art. 677). En cambio para el niño (menor de 13 años), será necesario evaluarse si tiene madurez suficiente para poder acceder a aquel. (Bigliardi, K., A., 2015, s/p.)

De esta manera las personas menores de edad, que no han alcanzado la edad de trece años, no pueden a priori contar con el servicio de un Abogado, salvo que se interprete que los conceptos de edad y grado de madurez suficiente

y del conflicto de intereses con sus progenitores se utilicen en estos casos, para determinar si el hijo no adolescente podrá acceder al patrocinio de un letrado.

#### **4.3.5. Oposición al juicio de uno o ambos progenitores**

Otra vez, la posibilidad que se le otorga al hijo adolescente vuelve a contemplarse en otro artículo, como sucede con el 678 de Código Civil y Comercial de la Nación, que dice que si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

El mismo plantea la opción cuando los progenitores se opongan a que su hijo inicie una acción civil contra un tercero, donde el juez será el encargado de autorizarlo a intervenir, con asistencia letrada, lo que de alguna manera plantea un límite en cuanto a la condición de que haya conflicto con sus progenitores para poder contar con la asistencia de un abogado.

Esto ya está contemplado en otros artículos, lo que parece ser es la intención que se tuvo a la hora de desarrollar estas normas, en donde las personas menores de edad que pueden contar con la asistencia de un letrado son solo los hijos adolescentes (mayores de 13 años), poniendo un límite numérico, a la vez que se introduce la oposición de los progenitores para iniciar juicio, para que el juez pueda autorizarlo a contar con los servicios del abogado.

A medida que se avanza sobre estas normas, es evidente notar que son variadas las condiciones que se contemplan para que las personas menores de edad tengan la posibilidad de participar en un proceso con un letrado. Lo que nos aleja cada vez más, de aquellos objetivos que se asumieron cuando se creó la figura del Abogado del Niño.

#### **4.3.6. Juicio contra los progenitores**

El artículo 679 del Código Civil y Comercial de la Nación, abre paso para que los hijos menores de edad puedan realizar un juicio contra sus progenitores cuando se trate de sus propios intereses, inclusive sin una autorización judicial. Este dice: “El hijo menor de edad puede reclamar a sus

progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.”

Este abre el campo del límite que se viene sosteniendo en donde solo al hijo adolescente se le otorga la posibilidad de hacer uso de esta herramienta (Abogado del Niño), ya que establece que los hijos menores de edad (no dice adolescente), es decir aquellos menores de 18 años, accederán al patrocinio profesional, pero cuando se trate solamente de sus propios intereses, lo que es lógico y racional, ya que eso está establecido como objetivo desde la normativa internacional, y la finalidad de esta figura fue esa, la de proteger los intereses y derechos de los niños/as y adolescente.

Sin embargo, más adelante menciona el concepto que ya se analizó anteriormente, y que es la edad y grado de madurez suficiente, concepto que al parecer se introdujo, para disminuir el campo de personas menores de edad que podrán acceder a este derecho. El mismo es un concepto complejo de definir y verificar, por lo que sin dudas, llevará a que pueda mal utilizarse con el único objetivo de denegar aquella posibilidad (como sucedió cuando jueces interpretaban las normas para restringir aquel derecho).

#### **4.3.7.Hijo adolescente en juicio**

Por último, el artículo 680 del Código Civil y Comercial de la Nación, comenta sobre el hijo adolescente, pero esta vez no para que este accione, sino para que responda cuando se lo acuse criminalmente o para reconocer hijos. Este dice: “Hijo adolescente en juicio. El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos.”

Lo que implica indirectamente que podrá utilizar los servicios de un letrado para que lo patrocine, garantizando el derecho a defensa y el debido proceso legal.

#### **4.4.CONCLUSIONES PARCIALES**

Al analizar los supuestos de procedencia para poder contar con el patrocinio de un abogado para las personas menores de edad, notamos que en los

orígenes de aquella figura, la presencia de los mismos eran inexistentes, ya que se pretendía, desde normas internacionales que este derecho como tantos otros fueran amplios, consagrando de esta manera principios como el de la igualdad y no discriminación.

Ello acompañado evidentemente de la nueva concepción sobre los niños, en donde pasaron a ser considerados sujetos de derecho, con capacidad para actuar, implicó que se les otorgaran derechos, como a ser oído, a que su opinión sea tomada en cuenta, a participar activamente en los procesos en los que se encuentren involucrados, y a contar con asistencia letrada.

Con el Código Civil y Comercial de la Nación, esta figura aparece, pero con algunas limitaciones, que vienen a representar los supuestos de procedencia por los que las personas menores de edad pueden acceder al mismo, como ser la edad y grado de madurez suficiente y el conflicto de intereses con sus progenitores, además de otorgarle la presunción al hijo adolescente (mayor de 13 años), de cierta capacidad para ejercer algunos actos.

Esto demuestra nuevamente que aunque se haya incluido al Abogado del Niño en el Código Civil y Comercial de la Nación, los jueces podrían seguir interpretando sus normas como requisitos o condiciones para reducir el número de personas menores de edad que puedan acceder al mismo. Alejándose nuevamente de los preceptos internacionales, que pregonaban que aquellos derechos fueran ampliamente reconocidos.



**CAPITULO V:**

**LAS FACULTADES DEL JUEZ**



## **5.1. PALABRAS PRELIMINARES**

El rol que debe ejercer el juez en torno al otorgamiento del Abogado del Niño es otra de las cuestiones que merecen un análisis. Debido a lo que viene sucediendo en cuanto a lo que involucra la aceptación de la figura del letrado en sí, más precisamente en aquello que tiene que ver con la aceptación por parte de los Tribunales para que el mismo entre en funcionamiento, recalcando de antemano que las normas existentes no se encuentran en armonía en cuanto a ello.

En este Capítulo, se intentará determinar si la facultad que tiene el juez a la hora de otorgar la figura bajo estudio será automática o discrecional. Comprendiendo desde un principio que dependerá, en gran medida, hacia cuál doctrina se inclinen, cuál será la prelación de normas que se aplicará, así como bajo qué paradigma se colocarán.

### **5.2. Facultad automática o discrecional.**

Ya se sostuvo que el derecho de los niños/as y adolescentes a ser oído y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta están garantizados desde la normativa internacional y nacional. A su vez, si se sigue la línea que plantea que esos derechos se efectivizaran solo y concretamente con la intervención de un abogado que asesore y acompañe al niño (ya que introducirá los intereses y deseos en el proceso que lo involucran), puede concluirse que el acto por el cual el juez otorgare una asistencia técnica para que patrocine a las personas menores de edad será una facultad automática y no discrecional. Ya que la asistencia profesional para niños, niñas y adolescentes representa un derecho no negociable, y si ellos solicitan participar en un proceso junto a un abogado, este deberá ser otorgado sin mediar oposición por parte del juez.

Sin embargo, al profundizar el análisis con respecto a este tema se puede advertir que en los hechos concretos esto no sucede tal y cual se lo plantea, ya que muchos Tribunales negaron este derecho, haciendo uso de una facultad discrecional, por cuestiones relativas a las reglas de la incapacidad de las personas menores de edad, en donde bajo ningún concepto se les otorgaba esta figura, o limitaban esa participación solo para aquellas personas que superaran

los 14 años, en donde su incapacidad era considerada relativa, dándoseles la posibilidad de poder actuar con el patrocinio de un letrado, pero solo con autorización judicial.

Sumado a ello, los Tribunales llegaron a sostener que no era necesaria la participación de un Abogado del Niño, al considerar que la protección y representación de los niños se encontraban perfectamente garantizadas a través de los Defensores o los Representantes Legales, sosteniendo que se tornaba innecesaria dicha actuación. (También facultad discrecional)

Aquellos fallos ya fueron comentados anteriormente, pero en este caso el foco se pondrá con respecto a la facultad del juez, anticipándose que en la mayoría de los casos se trató de una facultad discrecional, ya que ellos decidían según diversos datos. Los casos que plantearon que era innecesaria la actuación del Abogado del Niño fueron:

En uno se sostuvo que la representación legal del menor sumada a la intervención del asesor de menores tornaba improcedente la designación de un Abogado, pues los intereses y derechos del niño se encontraban ampliamente protegidos<sup>15</sup> (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia., s/f.). En otro se negó la presentación con patrocinio a una niña de diez años argumentando que se encontraban debidamente tutelados por la representación legal de los padres y la representación promiscua.<sup>16</sup> (Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia., s/f.)

También se rechazó su admisibilidad, sosteniendo que las disposiciones sobre la capacidad de los menores no habían sido derogadas por la Ley N° 26.061. En consecuencia, los menores son incapaces absolutos y no pueden realizar la designación y remoción de un letrado patrocinante<sup>17</sup>. En este último caso la Corte optó por ponderar la prelación de normas. Ya que contaban con un amplio margen de discrecionalidad sobre la cuestión bajo análisis, debido a que existían normas que se contraponían.

<sup>15</sup>Sala K, 28 de septiembre de 2006, caso "RMA s protección especial".

<sup>16</sup>Sala C, 14 de agosto de 2007, caso "MG c P sobre tenencia".

<sup>17</sup>CSJN, 26 de junio de 2012, caso "M., G.vc/ P., C. A."

Con los mismos fundamentos, pero con una conclusión contraria la Corte podría haber resuelto ese caso, ya que el juez podría haber permitido la inclusión de una asistencia técnica para las personas menores de edad para garantizar el debido proceso legal, con sustento constitucional, y que establece que: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.” (Artículo 18 de la Constitución Nacional).

Desde esa perspectiva de discrecionalidad fue más común que se denegara aquel derecho, violando claramente los mandatos internacionales. Permitiendo que los Jueces determinaran libremente cómo decidir sobre el tema.

En efecto, deja al discrecional criterio judicial (o sea de quien va a decidir) la conveniencia o inconveniencia de designar abogado del niño en un caso determinado para los menores impúberes, rozando en ese aspecto el superado esquema tutelar, en franca y resistente retirada. Concluyendo que no creo que ésta sea la postura correcta, dado que confunde la imposibilidad de elegir por derecho propio un abogado, con el derecho de estar asistido con una adecuada defensa técnica, como garantía mínima. (Bigliardi, K., A., 2015, Pág. 2)

Sin embargo, por lo que venimos analizando desde la normativa internacional podemos afirmar que la actuación de los niño/as y adolescentes, es necesaria y obligatoria, siguiendo a Robledo, Diego (2013, Pág. 263), que parafrasea a Ávila, Paz, R., sostiene que el Debido Proceso Legal es: “el instrumento de tutela de la dignidad humana”.

A su vez, se garantiza con ello el derecho de defensa, el que viene indirectamente acompañado al debido proceso, que se materializa en la acción y expedición durante todo el proceso, que como dice el artículo 18 de la Constitución Nacional es inviolable. (Robledo, D., 2013, Pág. 264)

Las garantías que tienen las personas menores de edad como ser oídas y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta vienen dadas, como ya se analizó por la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el artículo 12 que dice:

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.

El inciso 1., otorga la posibilidad al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, es decir cuando comprenda la situación que le rodea y pueda tomar una decisión coherente según sus intereses y deseos, de que se lo escuche y se lo tenga en cuenta, a su vez el inciso 2., admite la posibilidad de hacerlo a través de un representante u órgano apropiado, lo que puede interpretarse como una posibilidad de que pueda ser a través del Abogado del Niño.

Además como consecuencia del artículo 12 de la Convención, es que se hace obligatorio para el Estado garantizar el cumplimiento de ese derecho, ya que el mismo establece que:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Y como Argentina ratificó dicha Convención, tiene la obligación de seguir los lineamientos establecidos por la misma. Ello lo hizo a través del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Así que más allá de que jueces consideraran que la actuación del Abogado del Niño y el otorgamiento de esta figura para que patrocine a las personas menores de edad, no fuera algo pertinente, valiéndose de ello el poder ostentar de una facultad discrecional (sometida a su libre decisión), cabe aclarar, que la actividad del juez deberá ser automática, por lo que si se le solicita al juez la posibilidad de acceder al Abogado del Niño, éste sí o sí deberá otorgárselo.

Por último, hay dos citas que realiza el autor Robledo, D., que son interesantes ya que resumen la importancia de que los niños, niñas y adolescentes puedan intervenir en un proceso como partes con la asistencia

letrado correspondiente. Una de las citas corresponde a Gozaini, O., A., que dice que “del enclave surge que el sistema permite el “derecho a ser partes”, y a contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores en su caso puedan asignarle”. (2013, Pág. 267)

La otra cita que remarca la importancia de ello, y es la que el mismo autor Robledo D., trae de Fenoll, Nieva, J., que sostiene que:

El niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro”. (2013, Pág. 267)

Cabe recordar que lo que impulsa la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, fue traducida a nivel nacional con la sanción de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en donde la representación de un letrado profesional para las personas menores de edad está contemplada de una manera directa en el artículo 27, inciso c) en donde se consagran las Garantías Mínimas de Procedimiento, que dice que los niños tienen derecho 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; a participar activamente en todo el procedimiento; recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Por ello, con el dictado de la Ley 26.061, la posibilidad de actuar junto a un letrado para las personas menores de edad, pasa a ser un derecho, y si quedan dudas en caso de contradicción de normas con alguna normativa nacional que involucre este derecho, (como sucedió finalmente con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en Agosto del año 2.015), la Convención Internacional de los Derechos del Niño estableció un artículo fundamental a la hora de interpretar que normas prevalecerán.

Este es el artículo 41 que trata sobre el respeto a las normas vigentes y sostiene que en el caso de que una norma establecida por una ley nacional u otro

instrumento internacional vigente en dicho Estado sea más favorable que la disposición análoga de esta Convención, se aplicará dicha norma más favorable.

Por otra parte, cuando se analizan en el Código Civil y Comercial de la Nación aquellos artículos referidos al patrocinio de un letrado para las personas menores de edad, podría inferirse de una primera lectura que la tarea que tiene el juez para decidir sobre el otorgamiento de esta herramienta es una tarea discrecional. Ello se desprende de variados artículos en donde enuncia los supuestos que deben cumplirse para que los niños, niñas y adolescentes puedan contar con el patrocinio de un abogado, como por ejemplo que los niños alcancen la edad y grado de madurez suficiente, cuestión que será determinada según la interpretación judicial, apoyada por especialistas en el tema; como la existencia de conflicto de intereses con los progenitores que también será el juez el que interprete dicha situación.

A su vez, la incapacidad para ejercer de las personas menores de edad sigue latente a través del concepto de edad y grado de madurez suficiente, ya que si no se ha alcanzado aquello, serán considerados incapaces y ejercerán sus derechos a través de sus progenitores. Además, a través de diversos artículos que consideran que el adolescente puede actuar junto a un patrocinio bajo determinadas circunstancias, despierta la idea de que el derecho de los niños para contar con esta herramienta depende de un requisito numérico, y que es la edad, siendo en este caso alcanzar la edad de 13 años.

Por la existencia de la prelación de normas, a pesar de encontrarse con algunas limitaciones a través del Código Civil y Comercial de la Nación, los lineamientos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño (que amplían claramente sus derechos), obliga a que el accionar del juez, a la hora de otorgar un letrado que patrocine a las personas menores de edad, sea automática, no dejándole margen para debatir lo que él considera pertinente y si la participación de una persona menor de edad a través de un abogado corresponda.

Cabe recalcar nuevamente que el derecho a ser escuchado se concreta con el derecho a una defensa técnica. El primero ha sido garantizado por la Convención sobre los Derechos del Niño que dice:



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.(Artículo 12, inc. 1 )

Por su parte, la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece el derecho del niño a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte. Además, el derecho a ser oído, se encuentra amparado por distintas normas internacionales con jerarquía constitucional.

En relación al derecho a la defensa técnica, el artículo 12 inciso 2 de la Convención establece la posibilidad de actuación a través de un representante u órgano apropiado. En efecto, dispone que:

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.

### **5.3. Declaración de Nulidad del acto celebrado.**

La declaración de nulidad tendría lugar cuando el proceso se haya llevado adelante vulnerando las garantías mínimas de procedimiento establecidas en el artículo 27 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño.

Entre ellas están el derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente (inciso a.); que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte (inciso b.); 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 económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine (inciso c.); participar activamente en todo el procedimiento (inciso d.); y recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (inciso e.).

Por ello si llegan a vulnerarse alguna de esas garantías, el proceso deberá ser decretado nulo de oficio. Definitivamente llevar adelante un proceso en donde se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, y negarles la posibilidad de actuar con un patrocinio letrado, conlleva a que el mismo sea declarado nulo por vulneración de un derecho que está garantizado por la Constitución, y normas internacionales.

Sucede que la defensa técnica perfecciona las demás garantías que están enunciadas, como el derecho a ser oído y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta. Esto lo sostiene Fundación Sur Argentina:

El sentido de la defensa técnica reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído “si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz”. En otras palabras, el a veces tan banalizado como adulterado derecho a ser oído se debe convertir en el patrocinio técnico de un abogado que traduzca los interés del niño en actos procesales. Por ello resulta esencial insistir en la obligatoriedad del patrocinio letrado pues, si bien (en general) los Tribunales no discuten el derecho del niño a ser oído, se observan muchas resistencias jurisprudenciales a lo segundo.(Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia., s/f, Pág. 3)

Al respetar estas garantías se cumple el debido proceso legal, el cual se vería afectado si se dejan a un lado los derechos contemplados en el artículo 27 de la Ley 26.061. Esto lo destacó Robledo, D., cuando cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva:

Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural (competente, independiente e imparcial), doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo, las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos<sup>18</sup>. (2013, Pág. 265)

Al vulnerar el debido proceso legal, se afectaría el interés superior del niño, el que debe ser tenido en cuenta cuando se trate de situaciones que lo

afecten directamente. El mismo está contemplado en el artículo 3 de la Ley 26.061 que dice que 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, entre ellos su condición de sujeto de derecho; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; etc.

A su vez permitirle a las personas menores de edad intervenir activamente en un proceso involucra que el niño deberá revestir la calidad de parte y, como tal, con derecho a plantear en el escrito constitutivo del proceso una fórmula diferente a la de sus progenitores, ofrecer pruebas y llevar a cabo todos los demás actos que se estime pertinentes. (Mizhahi, 2008, Pág. 80)

De modo similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó la importancia de la participación del niño en los procesos atendiendo a sus condiciones específicas. Así, dijo que:

Debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior. En definitiva 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 del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso<sup>19</sup>. (Leonardi, C., 2012, Pág. 107)

Hay una aclaración muy relevante al final de dicha enumeración, ya que aclara que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Entonces respetar su condición de sujeto de derecho, como el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta, estarán por encima de los conceptos de edad y grado de madurez y el de capacidad de discernimiento.

<sup>18</sup>Corte IDH, OC 17/12 del 28-08-2002, punto resolutivo 10.

<sup>19</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva N° 17, Párrafos 101-102

#### 5.4. CONCLUSIONES PARCIALES

Este último capítulo sirvió para comprender que el derecho del niño al patrocinio de un letrado no será tarea sencilla de cumplir. Ya que más allá de que a nivel internacional no se presentan complicaciones en cuanto a la interpretación de las normas, no sucede lo mismo a nivel local, como ya se vino descubriendo.

Determinar cómo será la actividad del juez no escapa de aquellas discusiones, en donde dependiendo desde donde se parta, se concluye que su actividad podría ser automática o discrecional.

Es así que al intentar hacer coincidir la facultad del juez con aquella línea de pensamiento que se vino impulsando desde las normas internacionales, por considerárselas más adecuadas (en donde los derechos garantizados tienen un sentido amplio), se hace necesario concluir, aunque de manera apresurada que la facultad del juez debe ser automática.

Pero llegar a dicha conclusión, basada en el conjunto de ideas sostenidas por normas internacionales que se tuvieron en cuenta a la hora de crear la figura del Abogado del Niño, no resulta concordante a los hechos concretos, porque como se vino sosteniendo desde diversos Tribunales, ellos realizaron su trabajo basándose en la facultad discrecional que algunas normas les permitían, como consecuencia sus decisiones en determinados casos fueron contrarias a los lineamientos internacionales.

Al mismo tiempo a nivel internacional se crea el paradigma de la Protección Integral de la Niñez, ampliando los derechos y garantías para niños y adolescentes, y a nivel local se continúa conviviendo con normas nacidas del anterior paradigma de la Situación Irregular.

Otro aspecto a tener en cuenta es la cuestión relativa a la declaración de nulidad de lo actuado por el juez cuando no se permita la actuación de una persona menor de edad junto a un abogado. Así pues, si se siguen los lineamientos impartidos desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la ley N° 26.061 de Protección Integral, claramente correspondería anular lo actuado, por vulneración de principios y derechos que cuentan con jerarquía

constitucional, además de entrar en una clara violación a la garantía, también constitucional del debido proceso legal.



## CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo, se enunciarán las conclusiones personales a las que arribe, en torno a lo que involucra la figura del Abogado del Niño en nuestro país.

En primer lugar resulta fundamental describir la situación jurídica en la que estaban colocadas las personas menores de edad, para de esta manera llegar a comprender la trayectoria que se recorrió para que los niños/as y adolescentes pasaran a ser titulares de una amplia gama de derechos y garantías, entre ellos el derecho a una asistencia técnica, que será ejercido a través de la actuación del Abogado del Niño.

Los primeros datos obtenidos en lo concerniente a las nociones o ideas sobre la niñez y su protección reflejan que estaban muy atrasadas en nuestro país con respecto a parámetros internacionales.

Ello debido a principios que se impartían desde el viejo paradigma del Patronato de Menores, en donde la visión que se tenía sobre los niños era retrograda, al considerárselos meros “objetos”, sobre los que las personas mayores tenían el derecho y el deber de tomar decisiones, (incluido el juez), sin que se permitiera la actuación de las personas menores de edad.

Al mismo tiempo existieron a través de normas locales diversas figuras destinadas a ejercer el rol de “representantes”, como el Defensor de Menores e Incapaces, los tutores, el Tutor ad Litem, entre otros, concluyendo que lejos estaban de lo que un Abogado del Niño podía implicar, más allá de que a través de diversos fallos se intentó utilizarlas como figuras semejantes.

Con el tiempo sucede un cambio trascendental respecto a este tema. Con el avenimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a través de la cual se reemplaza el paradigma anterior por el de la Protección Integral de la Niñez, trae consigo una nueva idea sobre los niños y su capacidad, siendo la clave de este cambio la consideración de aquellos como sujetos de derecho, lo que provocó que las personas menores de edad se introdujeran en la sociedad como parte activa. Sumando además la obligación para los jueces, de escucharlos y de tener en cuenta su opinión

A partir de este suceso también surgen los cimientos para que fuera posible la aparición de la figura del Abogado del Niño, y a pesar de que no se encontrara contemplada explícitamente en las normas de la Convención, se pudo interpretar que aquella figura podía entrar en función, es más como no se requería de mayores condiciones para acceder a un órgano que represente a las personas menores de edad, es que al derecho a una asistencia letrada se lo dota de un sentido amplio a la hora de su aplicación, convirtiéndolo en un derecho sin restricciones.

Ello se ve reforzado tras la sanción de la Ley N° 26.061 de Protección Integral, en donde además de contemplar el derecho al patrocinio de un letrado de manera explícita, reafirma lo garantizado desde la Convención, al no exigirse condiciones o requisitos extraordinarios para que los niños/as y adolescentes pudieran acceder a él.

Pero más allá de contar con Ley N° 26.061 a nivel local, hay que destacar que el recorrido de esta figura no fue sencillo, ya que debió toparse con impedimentos normativos impartidos por el Código Civil de Vélez Sarsfield, inspirado en las viejas ideas sostenidas por el paradigma de la Situación Irregular, consecuentemente ello llevo a que el niño fuera considerado un sujeto incapaz de ejercer actos por sí.

La regla de la incapacidad de los niños representó un párate para la aplicación y aceptación de esta figura por diversos Tribunales, tal como se destacó en este trabajo.

Por ello, como se sostuvo previamente, es que a pesar de que posteriormente se dictara la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que receptaba ampliamente los principios dispuestos por la Convención, la regla de la incapacidad seguía más latente que nunca, como consecuencia de normas del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Sin embargo, existieron algunas excepciones, en donde el Abogado del Niño fue aceptado por algunos Tribunales, pero solo bajo la condición de que las personas menores de edad superaran la edad de 14 años, poniendo de esta



manera un límite numérico al acceso al mismo, lo que tornaba a que se vulnerara aquel derecho proclamado internacionalmente.

A partir del año 2015, luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se abre una esperanza ante esas carencias (basadas en una visión obsoleta), ya que se deroga (en un principio) el Código Civil de Vélez Sarsfield, que sostenía la incapacidad de ejercicio de las personas menores de edad.

Al analizar el mismo, es importante destacar la presencia de la figura del Abogado del Niño a lo largo de diversos artículos de ese cuerpo normativo. Pero al realizar un estudio más minucioso, resulta un poco complicado aseverar que la regla de la incapacidad haya sido superada.

De una primera lectura se interpreta que, para que las personas menores de edad puedan contar con el patrocinio de un letrado se deben presentar dos requisitos: uno es alcanzar la edad y grado de madurez suficiente, y el otro que exista conflicto de intereses con sus progenitores.

Aparentemente ambos resultan ser razonables, ya que el primero implica que la persona menor de edad deba comprender la situación en la que se encuentra para poder recién decidir de la mejor manera posible sus intereses. El segundo también, ya que si no existiera conflicto de intereses con sus padres, éstos tranquilamente podrían representarlos en un proceso.

Más allá de ello, como se desprendió a lo largo del desarrollo de este trabajo, en cuanto a opiniones de especialistas en materia de derecho de familia, que fueron citados, como consideraciones personales que fueron surgiendo, llevan a argumentar que no es fácil sostener tan ligeramente aquella interpretación anterior.

Ya que en realidad, si uno debe respetar la prelación de normas, base para no llegar a cometer actos equivocados y contrarios al derecho, me permiten sostener que ambos requisitos no debieran existir, ya que el patrocinio está ampliamente garantizado por la normativa internacional y esto se encuentra fundamentado, ya que los niños al convertirse en sujetos de derecho, implica que efectivamente puedan actuar con un patrocinio, a la vez que las demás garantías

que se proclamaron solo pueden ser exteriorizadas e introducidas en un proceso a través de la actuación de un letrado.

Siguiendo esa línea es evidente que cualquier proceso en el que esté involucrado algún interés de una persona menor de edad, ésta deba obligatoriamente participar, además de estar asesorada por un letrado, que es el que introducirá sus pretensiones en el proceso según las normas procesales.

Por ello, si un juez dicta sentencia obviando ese requisito, este será nulo, por inobservancia de normas con jerarquía constitucional.

Es así que a la hora de definir o delimitar los requisitos y/o condiciones para que las personas menores de edad puedan contar con el patrocinio del Abogado del Niño, resulta interesante destacar que, si de normas internacionales con jerarquía constitucional nos valemos, aquellos no existen, ni se exigen, ya que representa un derecho básico, una garantía mínima para los procedimientos en los que se vean afectados niños/as y adolescentes.

Si es así, resultaría necesario y urgente crear un sistema judicial destinado a los niños, con jueces especializados, y en donde no puede dejar de necesitarse de otros especialistas que colaboren con la actividad que el juez deba realizar.

Pero más allá de que sea interesante esta postura, resulta un poco difícil de pensarla en cuanto a su aplicación, sea por costos (donde el Estado será el encargado de pagarlo), especialización tanto de jueces como de abogados, debido a lo que se resaltó luego de analizar cierta jurisprudencia, en donde les es difícil empezar a visualizar al niño como un sujeto capaz de ejercer su defensa.

Sin embargo, es posible asegurar nuevamente, que aquellas intenciones impartidas desde normas internacionales no serán acatadas armónicamente. Ya que a pesar de contar con un Código que entrega normas que incluyen a la figura del Abogado del Niño, a su vez ingresaron ciertos requisitos para poder acceder al mismo, lo que lo vuelve a alejar de las intenciones internacionales.

Por ello resulta necesario que se reglamente la figura estudiada, en donde quede definido y delimitado su rol, sus límites de actuación y la especialización

necesaria. Si es que se pretende poner supuestos o requisitos para acceder al mismo que sean enumerados claramente, y ante la duda se proceda a permitir su actuación. A su vez, los adolescentes (mayores de 13 años), deben gozar de la presunción de contar con capacidad absoluta de ejercicio.

Y para ampliar el margen de niños que puedan acceder a este derecho, enumerar los requisitos, y de los que considero que resultan evidentes, “que cuenten con la edad y grado de madurez suficiente”, ya que como se sostuvo, difícilmente podrían defender o peticionar algo que no comprenden.

Por último para garantizar el trabajo efectivo del abogado, el Estado es el que debe solventar los gastos de éste, para no someter a posibles presiones o influencias en el mismo, impartidas porejemplo por algunos padres.

Y así como se exige una especialización para el abogado, ello resultaría inútil si es que del juez no se espera lo mismo, ya que como es de público conocimiento, muchas veces por realizar su actividad solamente valiéndose de la letra de la ley según su mirada, dejando de lado recomendaciones de otros especialistas, llámense psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos, peritos médicos, etc., muchas veces provocan consecuencias irreparables en aquellos sujetos tan frágiles y vulnerables.

Concluyendo, en nada tiene que ver el Abogado del Niño con las demás figuras que están disponibles, encargadas de representar a las personas menores de edad, ello no debería representar un motivo de discusión, bastante tajante es la diferencia. Este abogado ejercerá su actividad tal y cual lo haría con cualquier otra persona que lo contrata, a pesar de que puedan existir casos en donde el niño no sea el que pague por su asistencia.

La importancia de la actuación de un abogado para las personas menores de edad, radica en que éste no representa un abogado común que se encarga de solucionar un problema determinado, sino que va más allá, ya que se introduce en la base de la sociedad (los niños), para traducir las problemáticas con las que conviven, las exponen al exterior, y las adaptan para que las mismas respeten las exigencias de las normas vigentes, para que aquellas encuentren una solución concreta.

Por ello al equilibrar los desbarajustes desde donde realmente corresponde hacerlo (y que es cuando el sujeto todavía está en formación), es que la justicia realmente cumplirá su rol y revalorizará su labor ante la sociedad en general.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- ACIJ. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (2015). *Amparo de ONG para que se designe Defensor de Niños, niñas y adolescentes*. (Fragmento de noticia/ Versión digital)
- Acosta, A, E. (2008). *Cuando un niño necesita un abogado*. SAIJ. Recuperado de:  
[http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039elena\\_acostacuando\\_un\\_nino\\_necesita.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039elena_acostacuando_un_nino_necesita.htm)
- Bigliardi, K, A. (2015). *Doctrina: El abogado del niño*. Recuperado de:  
<http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/17/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-a-bigliardi/#sthash.6L2KLsxs.dpuf>
- Blasco Pellicer Ángel, Serra Rodríguez Adela, (2012). *“El trabajo profesional de los Abogados.”*
- Diario Judicial. (17/04/2013). *“Algunos jueces sí bancan al abogado del niño”* (Versión electrónica).
- Fernández Blanco Carolina, (s/f). *“Temas claves en materia de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires.”*
- Fundación Sur Argentina. (s. f.) Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia para el Sur. *Admisibilidad, rol y facultades del abogado del niño. La defensa técnica de niñas, niños y adolescentes a la luz de la reforma del Código Civil*. Recuperado de:  
[http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/003\\_Laura\\_Rodriguez\\_Libro\\_I\\_Abogado\\_del\\_nino.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/003_Laura_Rodriguez_Libro_I_Abogado_del_nino.pdf)
- Herrera, Marisa, (s/f). *“Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino.”*
- Imbrosiano Romina Antonella, Petcoff María Cecilia, Pombo de Campos Solange. (s/f). *Comisión n° 14, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”*. Recuperado

de:[http://jndcbahiablanca2015.com/wpcontent/uploads/2015/09/Imbrosiano\\_R%C3%A9gimen.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wpcontent/uploads/2015/09/Imbrosiano_R%C3%A9gimen.pdf)

- Imhoff, Débora; Marasca, Roxana; Marasca, Micaela y Rodríguez, Rocío; (2012). “*Pensar la participación sociopolítica infantil a partir de los paradigmas de infancia.*”
- Leonardi, C. (s. f.). “*El derechos de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a a propósito de la Ley provincial 14.568.*”*Revista Niños, Menores e Infancia.* (Versión electrónica). Nº 9.
- Leonardi, C. (2.014). “*Autonomía progresiva y la asistencia letrada de niños, niñas y adolescentes en el proyecto de Código Civil.*” *Boletín Digital Errenews.*
- Leonardi, Celeste (2.012). “*El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo “M., G. c/ P., C. A.”.*”
- Musa, Laura C., Velásquez, Laura I. - Ministerio Publico Tutelar -, (2.011). “*Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal*”
- Musa, Laura C., Velásquez, Laura I. - Ministerio Publico Tutelar -, (2.012). “*Sistematización de herramientas técnicas para el ejercicio concreto de la defensa jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*”
- Musa, Laura C., Velásquez, Laura I. - Ministerio Publico Tutelar -, (2.010). “*Redefiniendo el rol del Asesor de Menores*”.
- Robledo, Diego. (s. f.)*Abogados/as de los niños, niñas y adolescentes: Reflexiones desde el derecho procesal.* Recuperado de <file:///C:/Users/pc/Favorites/Downloads/6021-17640-1-SM.pdf>
- Romani, Melina. (22/2/2009). *Abogado del Niño: Consideraciones Generales- Edad del menor para que sea representado en juicio por su propio abogado- Autonomía de la Voluntad y Capacidad progresiva- Ley 26.061.* Recuperado de <http://www.calp.org.ar/uploads/docs/82309af941b592f8f1f817b32f0f6872.pdf>

## **Legislación**

- Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.
- Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos.

- Código Civil y Comercial de la Nación. Artículos 27, 677, 678 y 679.
- Antiguo Código Civil.
- Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- Decreto 415/07, reglamentario de la ley 26.061
- Ley 14.442. Deberes y Atribuciones de los Defensores Oficiales.
- Ley 13.298. Defensor de los Derechos del Niño.

### **Jurisprudencia**

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “G., M. S. c/ J. V., L s/divorcio vincular”. Sentencia del 26 de Octubre de 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “M., G. c/ P., C. A. s/tenencia de hijos”. Sentencia del 26 de Junio de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “P., G. M. y P., C. L. s/protección de persona”. Sentencia del 27 de Noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “AtalaRiffo y niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de Febrero de 2012.
- Dictamen del Defensor de Menores, Ausente e Incapaces. Recurso de Hecho “G.D. c/ C.A.P./s Convivencia – Régimen de Visitas” – 5/6/2012: Se desestima la queja. (Revista Penal – Versión Electrónica)





## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Nieva Sara Esther
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	N° 31.586.950
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	El Abogado del Niño Supuesto y condiciones para la actuación del Abogado del Niño dentro del ordenamiento jurídico argentino.
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	stetenieva@gmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y</i>	
<i>autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Santa María, Catamarca, 22 de abril de 2017

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

Nieva Sara Esther  
\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:  
\_\_\_\_\_certifica  
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
**Firma Autoridad**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración Autoridad**

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.