



“EL ABOGADO DEL NIÑO”

PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

CARRERA DE ABOGACIA

UNIVERSIDAD SIGLO XXI

OVIEDO FERNANDO LUCIANO

VABG 4710

DNI 30.504.729

TUTOR DE LA MATERIA: MOCOROA JUAN MANUEL

Resumen:

El régimen que ha regulado la minoridad en Argentina desde el siglo diecinueve ha iniciado un proceso de cambio desde la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al orden interno en el año 1.990.

La Convención trajo consigo una nueva concepción de la minoridad llamada doctrina de la protección integral, lo que significó que los menores pasen de ser personas incapaces y objetos de tutela, a convertirse en sujeto de derecho y capaces como regla. Se abandona el criterio que encasilla a los menores en edades determinadas, siendo el parámetro indicador la denominada capacidad progresiva, que tiene en cuenta la madurez y autodeterminación alcanzada, y no una edad pre fijada.

La variante vino acompañada en nuestro país con la sanción de la ley nacional 26.061 mostrando que la nueva concepción no se reduce a la sola consideración del menor, sino que además trae consigo la transformación de toda la estructura jurídica que funciona a su alrededor. Ahora el juez debe valorar al niño o adolescente de otra manera. Las funciones de las instituciones clásicas se ven afectadas en su labor ya que se incorpora al esquema procesal la figura del abogado del niño, cuya tarea es proteger los derechos del menor sin sustituir su voluntad, llevando la voz de este último de manera directa al juez, lo cual no sucede con los padres, tutores o el asesor del menor, quienes interpretan los intereses del mismo, acercando al magistrado lo que a criterio personal consideran mejor al niño o adolescente.

Lo determinante es saber que a partir de la doctrina de la protección integral, el menor tiene la posibilidad de actuar en el mundo jurídico con total autonomía tal como lo hace un adulto,

pudiendo elegir su propio abogado defensor, si reúne el requisito de capacidad progresiva suficiente, no encontrándose limitado al alcance de una edad biológica determinada.

Abstract:

The regime that has regulated the minority in Argentina since the nineteenth century has begun a process of change from the incorporation of the convention of the rights of the child to the internal order in the year 1990.

The convention brought a new conception of the minority called doctrine of the integral protection, which meant that minors which were considered incapable persons and object of tutelage, turn into subject of law and capable as rule. It leaves the criterion that classifies children at certain ages , being the indicator parameter the so-called progressive capacity, taking into account the maturity and self-determination achieved, and not prearrange age.

The variant was accompanied in our country with the sanction of the national law 26.061, showing that the new conception is not limited to single consideration of the child but it also brings with it the transformation of the entire legal structure that works around it. Now the judge must value the child or adolescent in another way. The functions of the classical institutions are affected in its work, because it is incorporated into the procedural scheme the figure of the child's lawyer, whose task is to protect the rights of the minor without replacing his will. Taking the voice of the last one directly to the judge, which does not happen with the parents, tutors or the minor's adviser, who interpret the interests of the same one, approaching the magistrate what to personal criterion they consider to be best for the child or adolescent.

What is decisive is to know that from the doctrine of integral protection, the minor has the possibility of acting in the legal world with the entire autonomy as an adult does it, being able to choose his own defence lawyer, if it assembles the requisite of sufficient progressive capacity, without being limited to the scope of given biological age.

INDICE:

•	Introducción.....	07
•	Presentación del problema de investigación.....	11
•	Justificación del tema.....	12
•	Objetivos Generales y Específicos.....	13
•	<u>Capítulo 1:</u> El menor de edad, aspectos generales.....	16
1-	Concepto de menor de edad según la Convención de los Derechos del Niño.....	18
2-	Menor de edad para la legislación argentina.....	19
3-	Capacidad según el Código Civil Argentino.....	22
4-	Capacidad progresiva según la Convención de los derechos del niño y ley 26.061.....	26
5-	El interés superior del niño.....	30
A-	Su condición de sujeto de derecho	35
B-	Derecho a ser oído	39
C-	Los intereses contrapuestos.....	46
6-	Conclusión.....	51
•	<u>Capítulo 2:</u> La representación.....	57
1-	La figura de los padres.....	60
2-	Ministerio Público de Menores.....	65
3-	Tutor <i>ad litem</i>	70
4-	Conclusión.....	74

• Capítulo 3: La defensa del menor.....	77
1- El abogado del niño: funciones y deberes.....	78
2- El derecho de defensa técnica	82
3- Designación del abogado del niño.....	86
4- Corrientes de pensamiento que plantean el momento a partir del cual un menor puede designar un abogado patrocinante.....	89
5- ¿Quién abona los honorarios?.....	97
6- Conclusión.....	99
• Capítulo 4: Ámbito de aplicación de la ley.....	103
1- Incorporación de la Convención de los Derechos del Niños al orden interno.....	103
2- Orden jerárquico de las normas.....	109
3- Conclusión.....	118
• Capítulo 5: Análisis jurisprudencial.....	121
Conclusión General	152
Bibliografía de Referencia	161
-Legislación.....	161
-Doctrina.....	162
-Jurisprudencia.....	164
-Sitios de internet.....	165

INTRODUCCION:

El presente trabajo, está orientado en dar a conocer al lector esta nueva figura procesal denominada “el abogado del niño”, el contexto en el que surge y se desarrolla, como así mismo su implicancia en la realidad y su aplicabilidad. Es por ello que se explicará todo el entorno que rodea a la figura para su puesta en marcha en el ámbito del derecho de familia.

La cuestión en torno a la figura en estudio nace para nuestro país en un proceso que se desarrolla en tres etapas de incorporación y puesta en marcha de la Convención de los Derechos del Niño de 1.989, que trae aparejada una nueva concepción de la minoridad denominada doctrina de la protección integral. En un primer momento la Convención ingresa a nuestro país, a través de la ley nacional 23.849 sancionada el 27 de Septiembre de 1.990. Luego de ello, se jerarquiza dándole el estatus de nuestra Carta Magna, tras la reforma constitucional operada en el año 1.994 que modifica su art. 75 inciso 22. Finalmente la Convención adquiere vigencia práctica el 28 de Septiembre del año 2.005, cuando se sanciona la ley nacional 26.061 denominada “De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, que la perfecciona y la reglamenta en el orden interno.

La incorporación de la Convención trajo consigo un cambio de paradigma y el replanteo de los derechos tutelados a los niños y adolescentes, considerándolos a partir de la misma como personas capaces, con una capacidad progresiva atento al grado de madurez y discernimiento alcanzado, lo que le va a permitir el mayor o menor grado de participación. Asimismo pasa de ser objeto de protección por parte de los mayores a ser un sujeto de derecho, alegando esto una mirada totalmente distinta de la que surge respecto al modo de regular las relaciones de la minoridad por parte del Código Civil Argentino, que los concibe como incapaces y objetos de protección. Todo ello se presenta en un mismo escenario que es la Republica Argentina, donde

dos posturas legales contradictorias conviven. Por un lado el Código Civil, y por el otro la Convención de los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061, ambas regulando la vida de los menores de edad, siendo que ninguna es derogatoria de la otra.

Instituciones tradicionales que conocemos se encuentran comprometidas, tales como la figura de los padres, los tutores, el Ministerio de Menores, ya que atendiendo a la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño, los menores de edad dejan de ser objetos de protección, para pasar a ser personas independientes, que en virtud de la capacidad progresiva que adquieran pueden hacer valer sus derechos a título personal, sin la necesaria representación legal, tal como la conocemos.

Este nuevo estándar jurídico que establece la Convención de los Derechos del Niño, y que acompaña nuestra ley nacional 26.061, propone entre otras cuestiones la figura del abogado del niño, la cual se encuentra en franca oposición al sistema procesal que tradicionalmente conocemos, y que por cierto el Código Civil ni siquiera la menciona en sus páginas. A través de la Convención se conforma un nuevo esquema procesal, al entrar en juego la participación del letrado patrocinante del menor, siendo su función la de proteger el interés superior del menor, desde la mirada del menor y no desde la mirada adulta como actualmente ocurre con los representantes legales en el régimen del Código Civil.

La figura del abogado, se encuentra a disposición de aquellos menores de edad que necesiten asistencia letrada en los asuntos que los aquejan, lo que les permite dada ciertas condiciones hacer valer sus intereses a título personal, sin la necesaria asistencia de un representante legal, asimilándose la actuación del menor a la que lleva a cabo una persona adulta.

En el desarrollo de esta obra se desmenuzará, no solo la figura legal del abogado del niño, y a qué sector de la población está dirigida, sino el contexto en el que se desenvuelve, lo que

lleva ineludiblemente al desarrollo de conceptos tales como la determinación de la minoridad, la capacidad del niño, su condición jurídica, y el abanico de derechos que se plasman tanto en la norma internacional como en la ley nacional aludida, lo que da a cuentas que la incorporación de esta figura no es sencilla, y no basta con solo incorporar un artículo, sino que es necesario para su aplicabilidad una transformación en la estructura legal existente.

Para una mejor comprensión del presente trabajo, se introducirá al lector posicionándolo en el sector poblacional a estudiar que son los menores de edad, pudiendo apreciar las dos miradas de la minoridad, por un lado la del Código Civil Argentino y por el otro la de la Convención de los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061. Siendo que se trata de dos enfoques opuestos que se presentan en la misma realidad.

De manera tal que la figura del abogado del niño se logra a partir de un cambio de concepción en la minoridad, que supone una capacidad civil del menor no sujeta a límites de edad ni a parámetros pre establecidos, ya que según la Convención y la ley 26.061, la edad biológica no es un determinante de la comprensión de los asuntos que les aquejan a los niños y adolescentes. Ese cambio de mirada implica que el menor pueda decidir sobre sus asuntos en función de su nivel de madurez y comprensión, y no en parámetros etarios. A partir de lo expresado los menores van a poder designar su propio abogado defensor sin contar con la conformidad de un mayor que tutele sus decisiones, siempre que haya adquirido la madurez y el grado de entendimiento respectivo, o de manera contraria le será asignado el letrado si la conflictividad en que se encuentre lo amerite .

Se consideró trascendente desarrollar las aristas que permiten al niño concretar el derecho de designar su propio abogado patrocinante, como es determinar su condición de sujeto de derecho, como llega a pasar de ser mero objeto de protección, a ser sujeto partícipe y artífice de

su propio destino. El desarrollo del derecho a ser oído, es de fundamental importancia sin el cual lo expuesto se desvanecería. Es relevante además su implicancia en la realidad, en hechos como son la existencia de intereses contrapuestos entre los menores y sus representantes legales

Finalmente es preciso conocer quiénes son los otros actores del proceso donde se desenvuelve el abogado del niño, para saber qué lugar ocupa el letrado y cuál es su rol, es por eso que se describirá a los otros participantes como lo son los progenitores, el Asesor de Menores, el tutor *ad litem*.

Este cambio significa abrir la posibilidad a una transformación en nuestra forma de mirar la realidad, una transformación en la visión social, y que aunque nos guste o no, debemos acatar la norma, ya que la ley no es optativa sino imperativa. En este escenario, es necesario una mirada global que aprecie donde nace esta nueva cuestión, en qué contexto se desarrolla, y la validez o jerarquía legal que permita saber cuál es el lugar que ocupa en nuestro sistema legal.

La finalidad de esta obra no solo se limita a describir la figura del abogado del niño y aportar información a quienes no la conozcan, sino además se halla orientada a enriquecer el conocimiento de quienes interiorizados de la realidad actual de la minoridad, permitan que estas humildes palabras puedan colaborar en la formación de sus conocimientos.

PRESENTACION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION:

Problema de Investigación: ¿Un menor de dieciocho años de edad puede designar a su propio abogado defensor, actuando como sujeto de derecho, con independencia de su representante legal?

Este problema a investigar surge a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a la legislación nacional, y el surgimiento de la ley nacional 26.061. Esto trajo consigo que dos legislaciones diferentes (por una parte la Convención y la ley nacional, y por la otra el Código Civil) deban regir en un mismo territorio, planteando dos formas distintas de regular la minoridad. Por un lado el Código Civil Argentino, que prescribe un régimen legal de la minoridad en el cual los menores son objetos de protección de sus representantes, criterio distinto al incorporado por parte de la Convención de los Derechos del Niño, en tanto esta última y su aplicabilidad por medio de la ley nacional 26.061 proponen entre otros derechos, que los menores puedan actuar por sí como sujetos de derecho, lo que le permite designar un abogado que los patrocine, situación que el Código Civil actual no estipula.

A través de la recopilación de información que se expondrá y se planteará las dos variables legalmente admitidas en cuanto al modo de regular el régimen de la minoridad. Por una parte lo dispuesto por el Código Civil Argentino con el concepto de los menores objetos de tutela, y por el otro lado la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 con el nuevo concepto de protección integral que los considera sujetos de derecho.

En el trabajo expuesto se verá como un menor puede actuar por si a través de la figura del letrado patrocinante, en qué casos puede hacerlo, y las posturas doctrinarias y jurisprudenciales respectivas.

Del análisis del orden jerárquico de las leyes surgirá cuál de los derechos aplicables es el que tiene preeminencia sobre el otro, y que permitirá responder la pregunta de investigación.

El lector de modo propio, podrá a través del presente tomar una inclinación al respecto, sin embargo se mostrará en términos jurídicos la norma a aplicar.

Se pretende dar a conocer una nueva realidad social y jurídica de la minoridad, mediante enunciados que informen y formen a quienes resulten destinatarios de estas palabras.

JUSTIFICACION DE LA TEMATICA ELEGIDA:

En la realidad actual, el tema elegido tiene una relevancia social, ya que se trata de un derecho que debe ser conocido, primeramente por parte de los menores, para que puedan hacerlo valer, como también por parte de los adultos, para saber de qué trata esta nueva realidad jurídica, lo que develará qué hacer y cómo actuar. Todo con el fin que los derechos de los menores sean respetados.

La implicancia práctica de los presentes rubrados, busca dar mayor conocimiento respecto de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, y sobre esta nueva figura del abogado del niño, que va a permitir resolver cuestiones de la vida social como son los problemas de intereses contrapuestos entre los padres, y los de estos con respecto a sus hijos en una contienda que los involucre, o cuando el menor recibe una sanción que a su entender es injusto. De esta manera el niño o adolescente puede elegir ser defendido por su propio abogado patrocinante.

Desde el punto de vista jurídico, esta temática implica para los profesionales del derecho, una nueva especialización, de la que se deberán informar, y para los que la quieran ejercer requerirá una formación especializada en niñez y adolescencia. Se trata de un nuevo campo donde se podrán desarrollar los abogados. Esta innovación, que transforma bases objetivas de la minoridad conceptualizada en parámetros etarios, se cambia por parámetros subjetivos, ajustados a la realidad empírica que vive un menor, propuesta por la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061. La aplicación práctica por parte de los letrados, sirve para ampliar su campo laboral.

Si bien la Convención de los Derechos del Niño tiene actualmente jerarquía constitucional, mediante el art. 75 inciso 22, y a pesar de existir una ley nacional que la acompaña e integra como lo es la número 26.061, no existe un criterio uniforme en la interpretación de los tribunales de nuestro país respecto a la concepción de la capacidad de los menores de edad y su derecho a designar su propio abogado patrocinante por ello se expondrá las posturas al respecto.

En síntesis los resultados de la presente exposición sirven por un lado para difundir los derechos de los menores de edad, y por otro lado para dar a conocer la realidad jurídica a la cual los profesionales del derecho se deben acercar, para conocerla y aplicarla.

OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS:

- **OBJETIVO GENERAL:**

Tomando en cuenta el alcance de la investigación realizada, se pretende analizar la minoridad desde dos perspectivas: por una parte la normada por la Convención de los Derechos

del Niño y la ley 26.061 y por el otro la que prescribe el Código Civil Argentino. A partir de allí, y teniendo en cuenta el orden jerárquico de las normas se podrá determinar si un menor de edad, actuando a título personal podrá hacer valer sus derechos, asistido por un abogado defensor.

El presente trabajo ha sido elaborado a partir de una inquietud personal, la que ha consistido en investigar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, instaurados por la Convención Internacional de los Derecho del niño y reafirmados por la ley nacional 26061, con acento especial en la incidencia que tiene en el proceso de familia.

- **OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

- En el Capítulo I, que es la génesis de esta obra, se identificará primeramente que se entiende por menor de edad, desde los dos ángulos que se han planteado, distinguiendo lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, como lo prescripto por el Código Civil, lo que lleva inmediatamente a analizar una cuestión esencial en materia de minoridad que es la capacidad de este grupo humano. Todo esto, se analiza desde las dos orbitas aludidas, siendo que una de ellas (comprendida por la Convención de los Derechos del Niño y ley 26.061) trajo a nuestro país una nueva concepción de la minoridad llamada doctrina de la protección integral, que mira a la niñez y adolescencia desde otro ángulo basado en cuestiones tales como: el interés superior del niño, su condición de sujeto de derecho, el derecho a ser oído y la implicancia que significan los intereses contrapuestos.
- En el capítulo II, se describirá el rol que desempeñan los representantes de los menores, como lo son los padres, el Ministerio de Menores, tutor *ad litem* dentro del proceso de familia, mirados desde la regulación del Código Civil, y desde la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, para adaptarlas a la incorporación de la nueva figura

legal del abogado del niño. Se describirá el desenvolvimiento del actual esquema procesal, y de lo que resulta de aplicar la nueva figura del letrado patrocinante, al sistema actual.

- En el capítulo III, adentrados ya sobre una base que nos permita comprender lo expuesto, se analizará de lleno la figura del abogado del niño, que se entiende por tal, cuáles son sus funciones y deberes, se describirá el derecho a la defensa técnica, quién puede designar al letrado, las corrientes de pensamiento que plantean el momento a partir del cual un menor puede designar un abogado patrocinante, quien abona sus honorarios. Este marco conceptual no sería posible sin antes haber desarrollado los enunciados del capítulo I y II.
- En el capítulo IV se analizará el ámbito de aplicación de la ley, comprendiendo el valor de nuestra Constitución Nacional, qué lugar ocupa la Convención de los Derechos del Niño en el orden interno al gozar actualmente de igual jerarquía constitucional, y la validez que presenta la ley nacional 26.061 que le brinda operatividad a la Convención, todo ello frente a las normas del Código Civil. El orden jerárquico de las normas permitirá saber a cuál de ellas ajustarnos ante conflictos de aplicabilidad.
- Finalmente en el capítulo V se analizarán las posturas jurisprudenciales de nuestro país que toman la doctrina de la protección integral, e intentan adaptarla a la concepción vigente de nuestro derecho civil, permitiendo o no su aplicación. Es allí donde se verá el lugar que se les da a la actuación de menores que pretenden participar en cuestiones que los involucran asistidos por abogados patrocinante, pudiéndose apreciar aquellos supuestos en los que no procede. Se mostrara los criterios de tribunales que rechazan el actuar de un menor de edad a título personal, asistido por un abogado propio.

CAPITULO I: El menor de edad, aspectos generales

Este primer capítulo inicial, tiene como meta saber dónde estamos parados, para llegar al objetivo planteado. Es por ello que empieza describiendo el sector poblacional a estudiar, que comprende a los menores de edad, que son aquellas personas entre cero y dieciocho años, parámetro que fue modificándose a través del tiempo hasta llegar a coincidir en la actualidad el límite etario de la minoridad en dieciocho años que existe en la República Argentina, con el dispuesto en el orden internacional, tal como sucede en la Convención de los Derechos del Niño.

No es tan sencillo analizar la minoridad, ya que por un lado tenemos a nuestro Código Civil Argentino, régimen normativo que regula la vida de los ciudadanos, y que establece una clasificación cronológica de los menores en atención a su edad, siendo éstos por regla incapaces, con una incapacidad absoluta a hasta los catorce años, y una incapacidad relativa desde los catorce a los dieciocho años, por lo que en principio no podrían elegir por sí solos un abogado que los defienda, dependiendo a su vez de una representación legal necesaria como es la figura de los padres, y a su vez no estableciendo la posibilidad de que tal facultad se pudiera hacer efectiva por medio de su articulado, ya que el Código no considera al menor un ser independiente. Por otro lado, se describe una nueva realidad jurídica a través de la teoría de la capacidad progresiva, que mira a los menores de dieciocho años como personas capaces como regla, brindándoles a través de la ley nacional 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño una serie de derechos que pueden ejercer. Las prerrogativas que se le brindan al menor pueden ser ejercidas sin ningún tipo de restricciones en cuanto a su edad, entre ellas se puede mencionar el derecho a ser oídos, y el de designar a un abogado patrocinante, pero serán llevadas a cabo en atención a su madurez y grado de desarrollo alcanzado, siendo éstos últimos los indicadores válidos a tener en cuenta y no la edad biológica, lo que le va a permitir al niño o adolescente

tomar por sí mismo decisiones que afecten su persona en función a sus características personales, debiendo concebir la designación del abogado patrocinante desde lo que resulta necesario al interés del niño, a su mejor conveniencia, a su interés superior, tarea esta que será llevada adelante por el juez competente en el caso concreto.

Todas estas prerrogativas que se le otorgan al menor de ninguna manera podrán hacerse efectivas ni lograr el fin para el cual fueron creadas, si no es considerándolo un sujeto de derecho, un ser totalmente independiente a quien la ley le atribuye una serie de derechos que podrá ejercer en mayor o menor medida en atención al grado de madurez que presente.

Cada apartado de este primer capítulo describe las bases a partir de las cuales el menor va a lograr efectivizar sus derechos. El derecho a ser oído, es el primer paso en el largo camino que deberá recorrer el menor para hacerse valer, ya que lógicamente ¿que podría solicitar el menor si su opinión no tiene una relevancia jurídica?

La necesidad de contar con un abogado patrocinante, resulta de utilidad no solo para hacer valer los derechos del menor individualmente considerados, sino además cuando los intereses de estos se hallan en conflicto con los de sus representantes. Esto nos lleva a plantear las siguientes preguntas ¿cómo logra un menor hacer valer sus derechos si quien lo representa responde a un interés diferente al suyo?, por otro lado ¿Cómo expresan una necesidad personalísima a través de un representante?, y ¿es correcta la interpretación que el representante haga de lo que resulte mejor al menor? Estas preguntas serán propiamente respondidas en el desarrollo del presente trabajo.

1- Concepto de menor de edad según la Convención de los Derechos del Niño:

Saber a quienes comprende la minoridad es el primer paso, por ello se inicia el presente apartado describiendo este sector poblacional por medio de la norma madre en materia de minoridad que es la Convención de los Derechos del Niño.

El interés en la protección de los menores de edad, se ha desarrollado en gran manera en las últimas décadas, dando una importancia excepcional a los niños y adolescentes que por tanto tiempo había quedado al olvido del legislador. La Convención de los Derechos del Niño, mediante un conjunto de normas ampara a las personas hasta una determinada edad, siendo derechos de carácter inalienable e irrenunciable. Este amparo tiene un pilar fundamental levantado el 20 de Noviembre de 1.989, cuando es sancionada la Convención, prescribiendo en su artículo primero: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en New York en 1.989, es ratificada en nuestro país el día 27 de Septiembre del año 1.990 a través de la ley nacional 23.849, incorporándose al orden interno. Adquiriendo jerarquía constitucional recién en el año 1.994 tras la reforma que modifica el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna.

La Convención de los Derechos del Niño, implicó un giro radical en el concepto de la infancia y adolescencia, al dejar de lado la postura tutelar y asistencialista, para sustituirla por el paradigma de la protección integral. Esto comprende que a partir de allí, los niños y adolescente son reconocidos como sujetos de derecho, titulares de todos los derechos contemplados en la Convención, y no simples menores objetos de protección (García Méndez, Emilio, 2.008).

La Convención propicia una forma emancipadora y constructora de ciudadanía para todos, mediante el reconocimiento de todo niño como sujeto social de derechos en un contexto democrático que facilita su interacción en la familia y en la sociedad. Se ha dicho que la Convención, es el instrumento internacional que ha permitido expandir la ciudadanía a la infancia ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la comunidad, y que los Estados partes deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (Cillero Bruñol, Miguel, 2.001).

2- Menores de edad en la legislación argentina:

Siguiendo el camino que se tomó, es dable mencionar lo que ocurre mientras tanto en el orden interno con el Código Civil Argentino que regula la vida de los ciudadanos, y que establece en su normativa una clara oposición a la ley nacional 26.061 que brinda operatividad a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño.

El Código Civil Argentino data del siglo diecinueve, y desde su inicio se dispuso que la mayoría de edad se alcanzara a los veintiún años. Fue recién en el año 2.009 que El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso sancionan con fecha 2 de Diciembre de 2.009 la ley 26.579 modificando el régimen de mayoría de edad, prescribiendo en el artículo primero la reforma de diversos artículos, entre ellos el número 126 que en su nueva redacción establece que son menores las personas que no hubieran cumplido la edad de dieciocho años, ajustándose de esta manera a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño de 1.989, pero solo respecto al alcance de la mayoría de edad.

Se produce de esta manera una reducción en la adquisición de la mayoría de edad, que se alcanza ahora a los dieciocho años, superando la discordancia entre el Código Civil y la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo a pesar de coincidir respecto al momento en que se alcanza la mayoría de edad, el régimen que regula a los menores en nuestro país es totalmente opuesto entre lo que dispone el Código Civil y la ley nacional 26.061, siendo ésta última como se dijo reglamentaria de la Convención.

El 28 de septiembre del año 2.005 el Congreso Nacional sancionó la ley nacional número 26.061, norma que ha dado cumplimiento al compromiso Internacional asumido por nuestro país al ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescente (26.061), es una norma de naturaleza federal, siendo la única que concentra un plexo normativo dirigido a la niñez, ya que no poseía este país un estatuto, código o un cuerpo normativo unificado sobre esta materia, a diferencia de los que acontece en otros Estados, sobre todo de Latinoamérica, donde es común encontrar un sistema normativo codificado referido a los niños y adolescentes (véase, por ejemplo, Código del Menor en Bolivia ley 1403-1.992; Estatuto del Niño y el Adolescente en Brasil ley 8069 -1.990; Código del Menor en Colombia decreto 2737 – 1.989; Código de Menores en Ecuador, ley 170-1.992; Código de la Niñez y Juventud en Guatemala, decreto 73-1.996; Ley de Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en México de 2.000; Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 287, 1.998 en Nicaragua; Código de la Niñez y Adolescencia, ley 1880- 2.001, en Paraguay; etc.) Recién en el año dos mil cinco mediante la sanción de la ley 26.061 se crea para nuestro país una ley reglamentaria de la Convención, con el objeto de llevarla a la práctica.

La ley 26.061, llamada “De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, es de gran importancia para el régimen jurídico de Argentina, ya que articula la

aplicación obligatoria de la Convención de los Derechos de los Niños en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto a las personas menores de dieciocho años. Los niños, niñas o adolescentes tendrán el derecho de ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten (artículo 2, primer párrafo, ley 26.061), ahora su opinión tiene un peso determinado. Esta ley aborda todas las cuestiones referidas a la niñez y adolescencia, excluyendo lo referente al régimen penal de la minoridad. Trata acerca de los derechos del niño, resultando para nuestro sistema normativo una novedad, pues hasta su sanción, todo lo referido a la protección de la niñez era abordada por normas individuales, que coexistían en forma dispersa.

Tanto la Convención de los Derechos del Niño como la ley nacional 26.061, establecen pautas específicas a fin de respetar los derechos del menor tal como: su condición de sujeto de derecho, ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, respeto al pleno desarrollo personal y de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, su edad, su grado de madurez, su capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre los derechos y garantías y a las exigencias del bien común, su centro de vida (artículo 3, ley 26.061) y garantiza el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya (artículo 27, ley 26.061), pudiendo actuar de manera personal sin la necesidad de contar con la mirada tutelar o aprobación de un representante.

Se encuentran en nuestro país dos posturas contradictorias en cuando a la forma de regular la minoridad, con el respectivo valor legal por parte de cada una. Por un lado, lo dispuesto por la ley nacional 26.061 que acompaña y perfecciona lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (ésta última con jerarquía constitucional), y por el otro lado lo dispuesto en nuestro

Código Civil Argentino. El sistema tutelar propio del Código Civil llamado “Doctrina de la Situación Irregular” se ha caracterizado por crear un marco jurídico que legitime la intervención estatal discrecional sobre los menores. El estado autoritario permite la intervención en la vida familiar, bajo el argumento de la protección, a través del mecanismo tutelar que reeduca y re sociabiliza a menores de edad, aplicado y seleccionado por el Juez de Menores, convirtiendo a los niños en objetos de cuidado, negándole su participación tanto dentro como fuera del proceso judicial. Por su parte la doctrina de la protección Integral, como lo indica su nombre, abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, incluyendo la protección jurídica de la infancia. El niño aquí, es considerado “sujeto de derechos” y debe garantizarse que pueda ejercer y gozar en forma personal de todos los derechos y garantías consagrados en los distintos instrumentos de contenido normativo, tanto a nivel nacional como internacional.

3- Capacidad según el Código Civil Argentino:

Se pasará a analizar el régimen de la minoridad en el Código Civil Argentino, el cual considera a los menores de dieciocho años personas incapaces (siendo esta la regla), contando con cierta capacidad para los actos que el mismo código autoriza a realizar (la excepción), careciendo los menores de edad de la capacidad necesaria para actuar en forma personal en actos jurídicos que lo involucran. Por lo tanto los menores de dieciocho años de edad carecen de capacidad para ejercer en forma personal actos jurídicos.

El Código adoptó un criterio rígido en el artículo 127, donde clasifica a los menores de la siguiente forma: 1- menores impúberes, (menores de 14 años) con una incapacidad absoluta para cualquier tipo de actos (artículo 54), y 2- menores adultos (mayor de 14 años y hasta los 18

años), presentando una capacidad relativa. Asimismo, autoriza a los menores a realizar algunos actos (artículo 55), siendo el parámetro diferenciador el discernimiento, entendiendo por tal a la época en que el ser humano puede ser considerado responsable por sus actos.

Se puede decir que el discernimiento consiste en la aptitud que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones. El discernimiento es lo que los filósofos denominan “entendimiento”, una de las causas optativas del discernimiento es la madurez del sujeto (Llambias, Alberto, 1.982).

El Código Civil establece un régimen de capacidades o incapacidades variables en atención a distintas edades. Completando esto, el artículo 921 dice que los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueran actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos a los practicados por menores de diez años.

Por su parte el artículo 30 del Código Civil Argentino describe a la capacidad como la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad puede referirse al goce llamada capacidad de derecho, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, o a su ejercicio, denominada capacidad de hecho, siendo esta la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. En contraposición, la incapacidad reside en la insuficiencia de madurez del sujeto desde que adquiere uso de razón, es la carencia psicológica de la persona para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos.

Luego de haber descripto el régimen que regula la minoridad en nuestro país a través del Código Civil, se ve como éste se ha estructurado en base a parámetros rígidos que no dan lugar a confusión ni dilemas para reglamentar la vida de los menores, ya que aquí las reglas son claras, se es capaz o incapaz en atención a la edad como único parámetro diferenciador. Esto si bien

brinda seguridad jurídica al alejar las incertidumbre ante posibles malas interpretaciones respecto a la aplicabilidad del derecho, a criterio del suscripto queda alejado del fin último para el cual se ha creado que es proteger el interés del menor, ya que el mismo sistema rígido e inflexible no brinda posibilidad a que la voz del niño llegue de manera directa al juzgador, presentando un sinnúmero de filtros como son los padres, asesor de menores, cuerpo interdisciplinario del juzgado, etcétera, quienes interpretan su voluntad, que si bien en algunos casos resulta beneficioso para el niño, en otros no.

El sistema que plantea al Código Civil no permite que cada menor sea analizado en su interés personal o su capacidad individual, la subjetividad del menor no es un parámetro indicador que el Código tome como posibilidad para permitirle actuar en el mundo jurídico. Al no existir criterios reales de valorización personal, se quita la posibilidad de que el niño haga valer sus necesidades ante situaciones que lo ameriten, tales como son los abusos a sus derechos. Una solución a lo planteado es la incorporación definitiva y puesta en marcha de la doctrina de la protección en el régimen de la minoridad, la cual busca lo mejor para el menor en el caso concreto. Sin embargo no debemos cerrar los ojos ante un nuevo sistema creyendo que no presenta debilidades, ya que en el caso de la doctrina de la protección integral, la misma subjetividad del sistema puede jugar en contra del menor, cuando ante la escasa edad del menor o la falta de una autentica determinación de su capacidad progresiva sea utilizada por adultos para influir en sus decisiones.

Como dato histórico se aprecia que el Código Civil es un sistema tan rígido que data del siglo diecinueve y su reforma más integral ha sido en el año 1.968, mediante la ley 17.711, por lo que se encuentra sujeto a una realidad social distinta a la que se vive en la actualidad, siendo las disposiciones sobre la capacidad civil de ejercicio de los menores propias de un sistema clásico

basado en la formula incapacidad-capacidad donde la primera es la regla y la segunda la excepción. La nueva mirada social sobre la realidad del menor es retratada en la ley 26.061 y en la Convención de los Derechos del Niño.

Las disposiciones del Código que legislan sobre la capacidad de los menores de edad, no han sido derogadas con la sanción de la ley 26.061, ello lleva a interpretar que nuestro Código Civil debe ser reinterpretado en atención a las nuevas disposiciones que prescribe la antes citada ley, y la Convención internacional.

El criterio rector del Código Civil establece que el discernimiento se adquiere a partir de los catorce años, por lo que una decisión como ser la designación de un abogado defensor solo podría haber si el menor cumplió catorce años de edad, en tanto que los menores de esa edad requieren el consentimiento de ambos padres para estar en juicio (Rodríguez, Laura, 2.011). Esto tiene implicancias en el orden procesal, en las disposiciones concernientes a la capacidad de hecho, es decir la aptitud necesaria para realizar por sí mismos actos procesales válidos.

Finalmente relacionado con la minoridad, y las figuras de la capacidad e incapacidad, nuestro Código Civil nos muestra la figura de la representación legal (artículo 57) como institución creada con el objeto de proteger los incapaces y suplir sus impedimentos (artículo 58). Por un lado a cargo de los progenitores, o del tutor siendo una representación necesaria (artículo 57 inc. 2), y a su vez promiscuamente por el Ministerio Público de Menores que será parte legítima en todo asunto judicial o extrajudicial, en que los incapaces demanden o sean demandados (artículo 59).

4- Capacidad progresiva según la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061:

El concepto de autonomía progresiva o capacidad progresiva supone que el niño tiene la facultad de desarrollar sus derechos atendiendo al grado de progreso psíquico que alcance, esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos a los padres, que son límites a la injerencia del Estado, no son ilimitados, sino que tienen funciones jurídicamente demarcadas, direccionadas a un fin: el ejercicio autónomo y progresivo de los derechos del niño, que en caso de incumplimiento son asumidos por el Estado conforme artículos 9 y 20, Convención de los Derechos del Niño (Cillero Bruñol, Miguel, 2.001).

La concepción que propone y promueve la Convención de los Derechos del Niño, como la Ley Nacional 26.061, es determinar la capacidad de ejercicio del menor de edad, no sujeta a límites de edades máximas o mínimas como lo hace el Código Civil Argentino. De ahí que la edad biológica ya no es un determinante del nivel de comprensión de los niños. A partir de la concepción de la capacidad progresiva, la capacidad pasará a ser la regla y la incapacidad la excepción. De esta manera la nueva minoridad no es una causa de incapacidad, sino una circunstancia que modifica la capacidad de obrar, fundada en circunstancias subjetivas de la persona. El menor deja de ser incapaz para convertirse en un ciudadano capaz, pero esa capacidad está sujeta a ciertas limitaciones.

La nueva capacidad, llamada ahora “capacidad progresiva”, se va adquiriendo sucesiva o progresivamente hasta que llegado un momento el menor, según el nivel psicofísico, desarrollo intelectual y grado de madurez alcanzado, le permita poder tomar decisiones sobre su persona y sus derechos.

El camino hacia la autonomía personal, requiere además de la función socializadora de los padres, ya que son estos quienes tienen la responsabilidad de la formación y el cuidado de sus

hijos. La responsabilidad de los adultos es ayudar a lograr un mayor respeto por esta nueva autonomía de los menores. La voluntad del niño asume importancia y trascendencia cuando se les brinda la oportunidad de intervenir en las cuestiones que les conciernen, reconociéndoles activa participación en la toma de decisiones (Faroni, Fabián, 2011).

Para llevar a cabo lo mencionado en el párrafo precedente, debe operarse un cambio en la concepción que los padres tiene respecto de sus hijos, ya que son los primeros quienes deben garantizar y posibilitar el desarrollo personal a los menores, debiendo guiar y acompañar a sus hijos a formarse como personas en el camino a la mayoría de edad. Se debe comprender que los infantes ante determinados actos, de acuerdo al grado de desarrollo madurativo y el discernimiento alcanzado, serán quienes decidirán lo que ellos consideren más beneficioso para su vida, lo cual importa una nueva mirada al contenido de la responsabilidad parental. Limitar las facultades de los padres, significa valorizar a los hijos para que estos puedan llegar a actuar como sujetos libres y autónomos. Este reconocimiento implica para los padres desarrollar sus funciones desde una nueva postura, con un nuevo horizonte, que es el de acompañar y guiar a sus hijos, brindándoles sostén y contención en el proceso de formación. A medida que el niño adquiere competencias mayores, aumenta su responsabilidad, y por otra parte disminuye la necesidad de protección por parte de un mayor.

La capacidad progresiva receptada por la ley nacional 26.061, obligaría a los jueces a no ajustarse a el texto literal de los artículos 54 y 55 del Código Civil, referentes la capacidad o incapacidad de los menores, dejando de lado el sistema tutelar y replazándolo por el de capacidad progresiva, que no se sujeta a una edad cronológica, sino que se sustenta en el discernimiento del niño, niña o adolescente, en su entendimiento y madurez. En fin constituye el

derecho a la autodeterminación respecto de las cuestiones que los afectan (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, 2.012).

La nueva concepción que proponen la ley Nacional y la Convención, implica que en cada caso el juez deberá evaluar esta nueva capacidad progresiva, la cual determina que si el menor cuenta con la suficiente madurez para llevar a cabo por sí actos de la vida civil, aunque no alcance los catorce años, puede ser autorizado a llevarlos a cabo y considerarlos eficaces (Alé, Romina, 2.012).

La capacidad progresiva va a ser el punto indicador para delimitar el alcance del ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescente. En virtud de ello, su participación e intervención en los procesos administrativos como judiciales, donde se encuentren comprometidos sus intereses personales, no admite discusión en contra.

La ley nacional 26.061 lo menciona en diferentes momentos, como en el artículo 3 inciso d, cuando dice que se debe respetar su edad, su grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; artículo 19 inciso a, cuando prevé que el niño o adolescente puede tener sus propias ideas, creencias o cultos religioso según el desarrollo de sus facultades, artículo 24 inciso b al decir que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme su madurez y desarrollo.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño reconoce en su articulado el ejercicio progresivo de los derechos del niño, niña o adolescente, destacando el artículo 5 que impone respecto de las responsabilidades de los padres, o en su caso miembros de la familia, a impartirle al niño responsabilidades en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiada para que ejerza los derechos que le son reconocidos. En idéntico sentido los artículos 12 y 14 de dicho instrumento, aluden al derecho del niño a ser escuchado, a que su

opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez, el artículo 29 inciso d señala que la educación deberá estar encaminada a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre siendo estos, criterios rectores que deben ser respetados en las diferentes relaciones en las que los niños y adolescentes entablan a lo largo de su desarrollo.

La Convención reconoce que los niños que viven en ambientes y culturas diferentes, se enfrentan a diferentes experiencias de vida, adquiriendo competencias a diferentes edades, según las circunstancias vividas. Así, los expertos en psicología evolutiva han ido elaborando un marco teórico que ve al desarrollo infantil como un proceso cultural, y a la infancia como un producto de determinados procesos económicos, sociales y culturales, deviniendo en tres niveles: 1- los entornos físicos y sociales, 2- las reglas de la cultura en la que vive, las prácticas de crianza y los parámetros de respeto, la disciplina, y 3- las convicciones de los padres, los deberes y obligaciones que tienen para con sus hijos, adquiriendo el niño una competencia no en relación a su edad, sino a la experiencia y a su cultura (Alé, Romina, 2.012).

Concluyendo es menester repasar la cuestión estudiada diciendo que para la doctrina de la protección integral la edad no es un factor determinante para establecer el nivel de desarrollo de las facultades de los infantes, ya que los niños adquieren capacidad como consecuencia de la experiencia, la cultura, el apoyo de sus padres y las expectativas que estos expresan. El concepto toma de esta forma su raíz social más que biológica. Ello supone que a medida que los niños y adolescentes recepten aptitudes mayores, la necesidad de orientación y dirección propiciada por parte de los adultos disminuirá, permitiendo esto que los menores asuman responsabilidades tomando mayor protagonismo en las decisiones que afecten a su persona.

Ese niño que se encuentra en desarrollo tiene un pensamiento totalmente independiente, que a medida que avanza en su madurez, adquiere mayor grado de comprensión y discernimiento

para entender y atender los asuntos que le afectan, Sin embargo presenta ciertas dificultades, como ser evitar la inseguridad jurídica y la discrecionalidad judicial.

De esta manera tanto la Convención como nuestra ley nacional 26.061, no fijan un parámetro indicador de la capacidad en virtud de la edad, como si lo muestra el Código Civil. Esta nueva concepción del menor, desconoce la edad como un factor determinante para medir su grado capacidad o nivel de desarrollo, reconociendo que la manifestación de conocimientos y comprensión son suficientes para ejercer por sí mismo sus derechos.

Esto hace mutar los conceptos arraigados en el Código Civil, sustituyendo el termino incapacidad por capacidad progresiva, lo que remite necesariamente a la noción de autodeterminación, traduciéndose en la posibilidad cierta y no meramente declarativa de conferir a los niños progresivamente mayor protagonismo en la definición de sus vidas, en función de su edad, grado de madurez y en su desarrollo psíquico y emocional.

5- **El interés superior del niño:**

Para abordar adecuadamente la cuestión se empezará diciendo que el interés superior del niño es un principio rector de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se encuentra expuesto en el primer párrafo del artículo tercero al decir que: “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

El artículo de la Convención está pensado de forma tal, que ante el concepto amplio, impreciso y cargado de subjetividad brindado por la norma, se propicia pautas orientativas del interés superior para precisarlo en un caso determinado. Se evita su definición a fin de no dejar fuera de su alcance las tantas situaciones que se presentan en cada caso. La interpretación del principio de corte garantista supone que el magistrado deberá valorar cada caso en particular, de acuerdo a sus circunstancias concretas. Esta valoración, en atención al interés superior del niño en el caso concreto, sumado a su capacidad progresiva, serán los parámetros indicadores que le permitirán al juez evaluar si el menor, conforme a un examen que se le realice, se encuentra habilitado o no para presentarse ante el juzgado acompañado de su propio abogado defensor. El interés superior será uno de los parámetros indicadores de la participación procesal del menor.

En esta línea de pensamiento, el interés supremo debe estar adelante en toda decisión que le corresponde en la vida del menor, conforme a todas las circunstancias que lo rodean (jurídicas, familiares, culturales, históricas, sociales, económicas, etcétera.), por eso su carácter de primacía frente a otros intereses, y es superior porque es el mejor interés para la protección de su persona y su vida.

El interés superior no significa una automática jerarquía, sino que debe entenderse como complementario e interrelacionado con los intereses del resto de los miembros de la familia (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, 2.012).

La Convención cuando alude al interés superior, lo ubica como una consideración primordial a la cual se atenderá, es decir, como un elemento fundamental, pero no único o exclusivo, sino el que más le convenga dada una cierta circunstancia en un caso concreto.

Este interés del niño o adolescente se define respecto del singular, irrepetible y puntual niño, sobre el cual la intervención estatal se aplicará. De esta manera, el interés superior del niño

obliga a las autoridades públicas y a instituciones privadas a considerarlo primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés fuere más valioso que otros sino porque estos deben ser respetados. El interés superior, incluye que su opinión sea tenida en cuenta.

La ley de Protección Integral 26.061, en su artículo tercero define este principio fundamental como “la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley”. La norma enumera las cualidades que se deben respetar para poder determinarlo: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respecto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde niñas, niños, y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Asimismo de modo favorable el mismo artículo tercero en su último párrafo expresa que “cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de la niñas, niños y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Se busca la mejor conveniencia del menor, pero esa conveniencia no apunta a una voluntad discrecional o arbitraria del juez en hacer caso a las peticiones o supuestos deseos del menor, como sería un simple capricho del niño de contar con su propio abogado que lo patrocine, sino que el criterio más razonable del juez será buscar el mayor beneficio para el niño en el caso concreto, encaminadas las autoridades en direccionar el cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes, lo cual lleva a pensar que a través de la mirada puesta en la capacidad progresiva, la discrecionalidad del juez en decidir por el menor se encuentre reducida.

El niño que no está en condiciones de formarse un juicio propio, no podrá tomar decisiones por sí mismo que afecten su futuro. En ese caso, el interés superior, será la mirada del adulto como pauta predominante y estará en cabeza de los representantes necesarios.

Para satisfacer los derechos de los niños, y lograr que su interés superior de haga efectivo, se exigen acciones positivas, en una parte a través de las políticas públicas del Estado, con el deber de implementar los derechos y hacer que sean cumplidos, a los fines de asegurar las condiciones necesarias para que los menores puedan gozarlos, dándoles como primera medida la información para que los conozcan, a través por ejemplo de instituciones educativas, centros sociales en los que se desenvuelvan, etcétera. Pero principalmente es importante la intervención de la familia para que colabore y no obstaculice el pleno ejercicio de los derechos que se les reconocen a los menores.

Es importante mencionar que así como en los juzgados familia se deciden diversas cuestiones de su judicatura teniendo en cuenta la situación concreta, y no mediante la aplicación de fórmulas teóricas (por aplicación del orden público familiar), ante la nueva concepción de la minoridad, el orden público familiar debe proyectar la mirada en atención a priorizar “el interés superior del niño”, lo cual resulta que el reconocimiento de los derechos de los menores sean respetados. Teniendo en cuenta este interés, no resulta lógico que el juez decida la suerte del menor sin que éste último exprese su opinión. El juez en la búsqueda de la mejor solución en el caso concreto, debe tener en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente, la cual no puede ser evadida, debido a que es un indicador válido de cuál es el mejor interés para el mismo. No brindarle el derecho a ser oído, convertirá al acto decisorio del magistrado en un acto paternalista del Estado ajeno al deber de garantizar el debido proceso y la adecuada defensa (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Desde la doctrina se manifiesta que en procura de la realización efectiva del interés superior del niño o adolescente, se debe revisar la participación del niño, acompañado de los informes técnicos de especialistas, este último aspecto se inscribe dentro de los más importantes a fin de determinarlo. Así, se debe valorar la participación del menor en procura de la determinación de su mejor interés. No se trata de un concepto abstracto, sino condicionado a las propias particularidades que el niño enfrenta en su vida, ante lo cual debe acudir a los elementos de precisión que el derecho proporciona (Montejo Rivero, Jetzabel, 2.011).

La Convención obliga a los Estados partes a que al momento de emitir medidas proteccionales se deba escuchar al niño, obligación que presupone que dicha escucha será con las garantías necesaria. Es la voz del propio menor la que cristaliza el interés superior del niño en circunstancias particulares. Si no hay debido proceso en torno a la escucha del niño, la sentencia no será válida, como consecuencia de que todo ciudadano tiene derecho a una sentencia fundada que sea el resultado de un juicio justo que respete las garantías del debido proceso y que se emita conforme las constancia de la causa. La consideración de la opinión del niño, es ineludible para establecer su interés superior, y debe necesariamente exponerse en el pronunciamiento judicial. De lo contrario estaremos ante un acto nulo por carencia de motivación, un acto arbitrario de poder.

Finalizando esta cuestión, es dable resaltar que el interés superior del niño es el prevalente en toda la materia referida a la minoridad. Dicho interés ha de variar según cambia la vida social, sus valores, el lugar y el tiempo. De esto deviene que se generen diversos criterios valorativos al momento de su aplicación al caso en concreto, por lo que es preciso que desde el órgano judicial se fijen criterios orientativos mínimos, que los tribunales deban tener en cuenta en la concreción del interés superior del niño.

Así mismo, con el firme objetivo de arribar siempre a la determinación del interés superior del niño, se ve importante mencionar la vigencia del principio *pro homine* como criterio hermenéutico que impone acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trate del reconocimiento de derechos protegidos; e inversamente a la norma o interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones.

A- Su condición de sujeto de derecho:

La condición del menor como sujeto de derecho es el estado jurídico que le atribuye la Convención de los Derechos del Niño a todos los menores de dieciocho años, respaldado para nuestro país mediante la sanción de la ley de Protección Integral 26.061, pero ¿qué significa ser sujeto de derecho?

La respuesta la encontramos tanto en la Convención como en la ley nacional aludida, que nos muestran que en aquel cambio de concepción de la minoridad que se viene mencionando se halla implícita la idea de un cambio de visión en cuando a la mirada que los adultos tienen respecto de los menores. Estos dejan de ser objeto de protección y tutela, para pasar a ser actores y participes principales respecto de sus cuestiones personales. La calidad de sujeto de derecho forma parte de la naturaleza jurídica misma del menor. Ser sujeto de derecho significa para los menores poder actuar con independencia según ameriten las circunstancias, relativizando la representación de los adultos.

Es pertinente distinguir la capacidad progresiva, de la condición de sujeto de derecho. Por una parte, la capacidad progresiva es un concepto dinámico que implica determinar el alcance de la participación personal de un menor de edad en un asunto de su incumbencia, atento al grado

de entendimiento y madurez. El concepto de maduración suficiente, habilita o no, a concretar los anhelos del menor como lo haría un adulto, es decir personalmente o bien siendo representado por un mayor. Se trata de un parámetro empírico que significa permitir evaluar y llevar la realidad actual de cada caso en particular ante el juzgador, dejando de lado el encuadre categórico generalizado aplicable a un sector poblacional, como es el criterio de la edad alcanzada, para ser reemplazado por una descategorización de la minoridad, aplicando el derecho según cada caso en particular, con un criterio que la misma naturaleza nos muestra: cada persona es un ser único e irrepetible, no existen dos personas iguales en el mundo que piensen, sientan, y se desenvuelvan de manera única ante sus semejantes.

Por su parte la condición de sujeto de derecho, se trata de un concepto objetivo que se halla ínsito en el menor, no es de carácter subjetivo o valorativo, sino que se encuentra en la naturaleza misma de persona por el solo hecho de serlo. La nueva concepción que propone la doctrina de la protección integral convierte al menor en sujeto de derecho.

Para aclarar este concepto, el menor no deja de ser sujeto de derecho por el mayor o menor grado que alcance en su capacidad progresiva, la idea de sujeto de derecho nace con la propia persona y permanece en ella durante toda su vida. Es decir que un menor de edad es sujeto de derecho a pesar de carecer del suficiente grado de madurez, en cuyo caso le impedirá ejercer ciertos derechos en forma personal como por ejemplo el de designar un abogado patrocinante, pero podrá sin embargo hacer valer otros atento a la condición de sujeto de derecho, como ser su incuestionable derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta en cuestiones que involucren su vida.

La Convención de los Derechos del Niño, marcó un antes y un después en la concepción de la infancia y la adolescencia, al crear una nueva legalidad e institucionalidad para los menores de edad a nivel mundial. Así, el valor fundamental de la Convención radica en que se inaugura una nueva relación entre niñez, estado, derecho y familia. A esta interacción, se la conoce como el modelo de la “protección integral de derechos”. A partir de allí, los niños son considerados como “sujetos de derecho”, y no meros “objetos de protección”. Implica reconocerles la titularidad de iguales derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, 2.012).

A nivel nacional la ley 26.061, recogiendo el postulado de la protección integral, reconoce en su artículo 3 inciso a la condición de todo niño y adolescente como sujeto de derecho, dejando atrás el viejo postulado que consideraba a los niños como incapaces y objeto de protección. De esta manera existe un traspaso, una transformación del niño como objeto de protección de sus padres, al niño como sujeto de derecho y titular de los mismos. El artículo 9 de la ley en mención, refuerza la idea al decir que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos.

De esta manera, ser sujeto de derecho significa que por primera vez los menores se independizan de sus padres y pasan a ser titulares de sus propios derechos. Tienen por la ley misma, la calidad de persona independiente por lo cual se les debe respeto. Pero esa independencia no es absoluta, ya que su ejercicio se halla condicionado al grado de evolución personal del menor, pudiendo suceder que a pesar de tener la calidad de sujetos de derecho, en ciertos casos necesitan de la representación de un adulto en el caso de no contar con el nivel de autodeterminación necesario. Caso contrario, contando con él, puede actuar en el mundo como

un auténtico adulto. Esta exaltación de los menores y su posicionamiento personal ante la sociedad, implica una verdadera revolución conceptual, que la praxis procesal deberá adoptar.

Esto se afirmó en varias Jornadas Nacionales de Derecho Civil:

a) XVI Jornadas Nacionales (Buenos Aires 1.997) se concluyó: El niño en cualquier situación que esté involucrado, debe ser considerado como sujeto y no como objeto de controversias o pretensiones de adultos.

b) XVIII Jornadas Nacionales (Buenos Aires 2.001) se resolvió que: a partir de la Convención de los Derechos del Niño, los deberes y derechos emergentes de la inadecuadamente llamada patria potestad, encuentra un límite en el derecho a la intimidad de los niños y adolescentes.

c) XIX Jornadas Nacionales (Rosario 2.003) determinaron: el derecho del niño a ser escuchado y a ser informado debidamente en toda clase de proceso en que sea parte constituye una manifestación de su autonomía (García Méndez, Emilio, 2.008).

Esta concepción del niño como verdadero sujeto de derecho, se materializa a través del derecho a ser oído y a formarse su propia opinión. Si bien se trata de un derecho que ya encontraba apoyatura normativa, varios artículos de la Convención (principalmente en los art. 5,12 y 18), y la ley 26.061 se encargan de reforzarlos.

De esta manera, al menor le asiste el derecho al desarrollo autónomo de su propia personalidad, este desarrollo está reservado al ámbito de su intimidad quedando afuera la injerencia que podrían llevar a cabo sus padres. En esta nueva visión de los niños y adolescentes, los progenitores no van a contar con el poder vinculante sobre las decisiones del menor, donde

va a primar las inclinaciones, deseos y aspiraciones de los niños niñas y adolescentes, sin que esto implique acatar a sus caprichos.

Finalizando este enunciado, al salir el niño del anonimato y de la ideología dominadora y autoritaria que ha guiado el Código Civil, le permite escribir su propia historia o bien tener la posibilidad de contarla. La Convención sobre los Derechos del Niño y su incorporación al orden interno le brindan al menor la posibilidad de luchar por sus propios derechos entre ellos: el de identidad (artículo 8 inciso 1), a expresar su opinión libremente y ser escuchado (artículo 12 inciso 1 y artículo 12 inciso 2), a la libertad de expresión (artículo 13 inciso 1), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 14 inciso 1), etcétera. A ello se suma la Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), que en su artículo 1, inciso 1 y 2, consagran derechos inalienables a “todos los seres humanos” y a “toda persona”, sin hacer distinción alguna entre menores y adultos.

B- Derecho a ser oído:

Que más importante para una persona poder ser escuchada cuando le aqueja una dificultad en su vida. El hombre necesita ser escuchado, y es en esta tarea donde debe intervenir el Estado para proteger a sus ciudadanos, brindándoles las herramientas necesarias para que sea respetada su condición de persona.

Respecto a los niños, éstos necesitan comunicar sus problemas, y para ello requieren una pluralidad de individuos que se relacionan ya que no existe comunicación con uno mismo, la comunicación implica la participación de otro sujeto.

Es necesario dar la oportunidad al menor de ser escuchado en toda cuestión que lo afecte

o pudiere afectarlo, sea de orden administrativo o judicial (artículo 12, Convención de los Derechos del Niño) y tiene como destinatario no sólo al juez o funcionario actuante, sino también a los progenitores o responsables de la crianza y educación de los menores, debiéndose llevar a cabo en atención a la consideración primordial de estos últimos, es decir a su interés superior (artículo 3, Convención de los Derechos del Niño).

Merece especial atención el derecho a ser oído, prerrogativa de carácter esencial sin la cual el resto de los derechos que se les reconocen a los menores no tendrían razón de ser. Sin el derecho a ser oído, no podría el menor reclamar cuestión alguna, como así mismo no podría participar de los asuntos que le aquejan sea a nivel administrativo o judicial, por ejemplo ejerciendo su derecho a designar un abogado patrocinante (artículo 27 inciso c, ley 26.061).

La Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 12 inciso 1 expresa que los niños tienen derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que afectan a su persona, siendo el Estado garante en el cumplimiento del mismo, el artículo mencionado establece que esa posibilidad de ser escuchados se hará efectiva en todo procedimiento administrativo o judicial, sea de manera directa o a través de un representante u órgano apropiado, en consonancia con los procedimientos locales. Este artículo traía como consecuencia diversas interpretaciones en cuanto para algunos dejaba abierta la posibilidad de que la voz de los niños y adolescentes sea escuchada a través de sus representantes, mientras que para otros no, debiendo ejecutarse de manera directa por parte del menor.

Sin embargo luego de que la Convención de los Derechos del Niño ingresa al orden interno y adquiere operatividad a través de la ley 26.061, se avanza fundamentalmente en la conceptualización de los niños como sujeto de derechos, permitiéndole expresar por sí mismo los asuntos que le aquejan. Ello se ve claramente en el artículo 3 inciso b de la ley 26.061 cuando

prescribe “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”, lo cual lleva a interpretar que en el momento en que la ley literalmente expresa “su opinión”, claramente no hace referencia a la opinión de terceros, sean padres, tutores, Ministerio de Menores e inclusive personas que podrían interpretar la opinión del menor como lo son el cuerpo interdisciplinario con que cuenta un juzgado de familia, llámese asistente social, psicólogo, terapeuta etcétera; es decir personas que sustituyan la voz del menor, sino que la alusión del artículo refiere perfectamente a que la opinión personal del mismo menor debe estar presente. De esta manera el niño o adolescente va a poder expresarse ante el Juez en los asuntos de lo envuelven, tanto en el ámbito administrativo, como en el judicial, y no podrá el magistrado rehusarse bajo el pretexto de haber escuchado a los representantes legales, peritos o auxiliares de la justicia en reemplazo del menor.

El derecho a ser oído y expresar su opinión conlleva a que el niño o adolescente pueda participar en forma personal en los asuntos que le conciernan. Esta participación significa precisamente expresar personalmente su opinión ante el Juez, pero por otro lado tampoco implica por parte de este último el tener que aceptar el simple capricho del niño. A partir de la sanción de la ley 26.061 es obligatorio y no facultativo u opcional para el juez escuchar a los menores (Rodríguez, Laura, 2.011).

Si bien la opinión del niño, niña o adolescente será tomada primordialmente en cuenta por parte del Juez al momento de arribar a una decisión que lo afecte (artículo 27, inciso b, ley 26.061), se trata de una pauta que no supone ni podría suponer que su opinión fuese vinculante, pero sí debe ser atendida en el sentido de que si bien la palabra del menor no define la decisión judicial, su pensar y sus sentimientos constituyen un ingrediente esencial en la determinación del magistrado.

En el ámbito procedimental, el derecho a ser oído puede concretarse de manera directa o indirecta. En el primer caso como sujeto de derecho, los menores tienen derecho a opinar y a ser escuchados en todo procedimiento que se vean afectados sus derechos, hallándose esto contemplado en el artículo 12 inciso 2 de la Convención de los Derechos del Niño al decir que “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 ...”; pero este derecho no termina ahí, sino que se complementa con lo depuesto en nuestra ley nacional 26.061 que hace alusión a ello en diversos artículos como lo son: artículo 3 inciso b cuando menciona que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, el artículo 19 inciso c que establece que los niños y adolescentes pueden expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos con las limitaciones de la ley en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos, el artículo 24 inciso a, que les permite participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, el artículo 27 inciso a, que insta a los Organismos del Estado a que garanticen a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, su derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite, el artículo 27 inciso b, al decir que la opinión del menor sea tomada en cuenta en forma primordial al momento de arribar a decisiones de su interés, y finalmente en el artículo 41 inciso a, último párrafo referido a los organismos competentes, en cuanto a las medidas excepcionales que pueden adoptar, siempre en protección de los menores, debiendo en todos los casos tener en cuenta la opinión de estos últimos.

Siendo que la expresión directa del menor resulta insoslayable, salvo circunstancias excepcionales debidamente fundadas por el juez de la causa, se presenta por otro lado el derecho

del menor a ser oído, pero de modo indirecto, esto es mediante los informes o diagnósticos interdisciplinarios elaborados por los equipos técnicos auxiliares del juzgado. A estos informes se debe recurrir cuando el desarrollo y la madurez de la niña, niños o adolescente, no permitan extraer conclusión alguna de su entrevista personal, o cuando ello sea necesario para poder desentrañar su voluntad real. En estos casos, el juez debe solicitar la intervención de un cuerpo multidisciplinario, generalmente compuesto por psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, entre otros, que aporten los conocimientos específicos de su materia, y que le permita apreciar la mejor alternativa para el caso concreto. Los informes técnicos son de gran importancia en la decisión del juez, ya que suministran los elementos técnicos que le permiten a éste una mejor comprensión del caso, ayudándolo a que la decisión a dictaminarse pueda abordarla con soluciones y propuestas acordes al efectivo desenvolvimiento de los vínculos familiares desarmonizados (Faroni, Fabián, 2.011).

Amén de lo relatado, en opinión personal, la intervención del cuerpo interdisciplinario se hace necesario no solo ante la falta de autodeterminación que aprecie el magistrado, sino que debe proceder a priori como regla procesal, para aportar la información necesaria respecto de todo menor que se presente ante el juez, a fin que el magistrado evalúe con los elementos de carácter técnico, si se encuentra ante un menor capacitado o no, para ejercer determinados actos jurídicos.

La ley no establece ninguna restricción para que el niño sea oído en el proceso. El desarrollo, grado de comprensión y madurez, se refieren al solo hecho de graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera es un requisito para escucharlo. Esta graduación o escalafón respecto a la opinión del niño o adolescente, no está ligado a mirar al menor desde una

perspectiva cronológica, desde un parámetro etario, sino en atención al discernimiento que éste pueda tener, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento personal que le va a permitir actuar por sí en cualquier procedimiento que afecte sus intereses, siendo éste, el parámetro indicador y no su edad biológica. Pero ante nada, debe quedar claro que el menor siempre debe ser escuchado. Oír al menor es sumamente necesario en cualquier procedimiento en que se encuentre involucrado.

El derecho de ser escuchado es una facultad y no un deber del niño o adolescente, por lo que ante la negativa del menor a manifestar su inquietud ante la autoridad, tendrá esta última la tarea de apreciar si la decisión es fruto de la influencia de terceros o si resulta de una pura manifestación del niño o adolescente. En caso de que la negativa de declarar fuese vulnerada, será tarea del juez quitar los obstáculos que impiden una autentica declaración de voluntad. Por su parte en el caso que la negativa del infante fuese producto de un acto propio de su voluntad interna, deberá desentrañar las causas que provocaron la negativa y el contexto dentro del cual se desenvuelve el menor tratando de que éste último confíe en la autoridad a la cual puede concurrir. Es aquí donde el equipo técnico del juzgador deberá actuar a fin de determinar la real voluntad del niño o adolescente.

Así mismo puede suceder que la presentación del menor ante el Juez resulte innecesario o le puedan originar traumas para su futura vida volviéndose esto en contra del interés superior del menor, en este caso el magistrado deberá fundar los motivos que impiden escuchar al niño, considerando el carácter insuperable de éstos.

En síntesis, se debe siempre escuchar al niño, excepto en el caso de negativa de este último, o de manera excepcional cuando resulte contrario a su interés.

Se debe conocer y escuchar al menor independientemente de su edad. Si bien la forma de acercarse e interactuar con el niño varía de acuerdo a su desarrollo, en todos los casos el juez debe verlo, conocerlo y captar su interés, eso permitirá saber si el niño por *motu proprio* (por su propia iniciativa) puede hacer uso de sus derechos o si necesita la asistencia de un adulto en la tarea de lograrlo.

Los menores de muy corta edad pueden expresar su opinión en procesos judiciales, pero aquí donde el equipo interdisciplinario deberá emplear recursos especiales para conocer al niño. Y aun cuando el niño no esté en condiciones de formarse su propio juicio, es tarea de la justicia examinar cuál es la importancia que adquiere para él la cuestión en la que se halla inmersa y cómo influirá lo que se resuelva en definitiva. La escucha del menor es una constatación que no puede ser evadida a los efectos de resolver la problemática del niño ya que legalmente así está previsto.

Por su parte la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) celebrado en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 establece en su artículo 8 entre otras garantías judiciales: que toda persona tiene el derecho a ser oído, con todas las garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, en orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter.

De esta manera la voz del niño en todo conflicto que lo involucra, se convierte en la pauta central a ser tenida en cuenta para la determinación del interés superior en el caso concreto. Hacer lugar a la opinión del niño, significa que de por sí, él sea el protagonista.

El derecho a ser oído se reconoce en un amplio campo de aplicación, que junto a otros derechos que la misma ley 26.061 prescribe, le permiten al menor alcanzar su pleno desarrollo. Se puede mencionar a título enunciativo el artículo 14 que establece el acceso a servicios de

salud por parte de los niños y adolescentes, artículo 15 el derecho a acceder y permanecer en un establecimiento educativo, artículo 19 inciso b y c, el derecho a la libertad, previendo este a su vez el derecho a expresar su opinión en los ámbitos de la vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela, expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos, el artículo 23 el derecho a la libre asociación, y finalmente el artículo 27 inc. C, que establece la prerrogativa para el menor de poder designar a su propio abogado defensor.

C- **Intereses contrapuestos:**

El interés del menor de edad ha guiado a la jurisprudencia, pero muchas veces resulta tarea difícil para el juez, en el caso concreto, apreciar el real interés del niño o adolescente, si ese interés es verdaderamente suyo, nacido de su voluntad, si auténtico, o es fruto de la influencia de sus padres en conflicto o terceros afines al menor. Muchas veces los menores sufren abusos psicológicos que los llevan a sostener posiciones no queridas. Puede acontecer que la familia se encuentra sumergida en diferentes tipos de conflictos de mayor o menor importancia, llegando al punto de contraponerse no solo los intereses de los padres entre sí, sino también los de éstos con respecto a los de sus hijos, y hasta el punto inclusive de llevar el conflicto a nivel judicial.

Resulta práctico mencionar que en una familia la dirección y orientación de ésta es ejercida por ambos padres, atento a los deberes que les impone la patria potestad (artículo 264 del Código Civil). Son los progenitores quienes ejercerán la representación de sus hijos frente ante terceras personas, e inclusive llegado el caso de tener que lidiar, la misma ley autoriza a los padres a designar un abogado que pueda interponer las acciones respectivas, para defender los derechos de sus hijos.

Pero, sin embargo puede suceder que ante una conflictividad familiar se vean comprometidos los intereses de los menores al estar enfrentados con los de sus padres, o aun no encontrándose enfrentados, los derechos de los niños se encuentren en peligro de ser vulnerados, como sería por ejemplo en cuestiones en las que se discute la guarda del menor por parte de los progenitores en un proceso de separación, donde los menores son siempre las víctimas del tironeo llevado a cabo por los adultos, o ante el ejercicio conjunto de la patria potestad, cuando por las decisiones de ambos padres se vea dañado los legítimos derechos de los menores. Son éstos algunos de los ejemplos que amerita la designación de un abogado del niño que patrocine los derechos del menor de edad, elegido por el propio menor o el juez según el caso, teniendo en cuenta como se ha mencionado el interés superior del niño como pauta predominante y sobre el análisis de su capacidad progresiva. De esta manera, se efectiviza la participación directa del niño en el proceso, de acuerdo a la nueva doctrina de la protección integral, brindándole la posibilidad de contar con el patrocinio de un abogado para la defensa técnica de sus intereses personales, mencionando la ley 26.061 en el artículo 3 último párrafo, 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 de los niños.

Respecto a la naturaleza de los conflictos que ameritan la designación de un abogado del niño, serán en todos aquellos procedimientos que lo incluyan (artículo 27, inciso c, ley 26.061), referenciando el artículo a todos los procesos en que puedan ser afectados los derechos y garantías de los niños o adolescentes.

Con criterio general se podría decir que en muchos casos la naturaleza del litigio planteado podría no ameritar la designación de un abogado defensor, no obstante el suscripto considera que es el juez el encargado de determinarlo. Si llegado el caso, el mismo magistrado da cuenta de la

complejidad del asunto que tiene ante sus ojos, y sospecha que existen intereses contrapuestos, inmediatamente debe designar un letrado haciendo valer el cumplimiento de las garantías procesales del menor. Existen hipótesis en las que a primera vista ameritarían la intervención del abogado del niño, por ejemplo en caso de ausencia de representantes legales, o cuando el niño lo solicite ante un elevado nivel de conflicto parental, cuando lo perseguido por el representante pueda generar grandes cambios en la vida futura del menor, o cuando se discute la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, etcétera.

La persona encargada de aplicar el derecho deberá tomar en cuenta las condiciones particulares del menor y el interés superior de éste para acordar la participación del niño o del adolescente, siempre teniendo en cuenta el desarrollo psicológico y grado de madurez alcanzado, siendo éstos elementos de carácter decisivos para establecer de qué manera se ejerce su participación con la debida asistencia de un abogado que lo patrocine, o bien por medio de un representante.

Los niños y adolescentes pueden tener un letrado que los asista independientemente del de sus padres y a veces opuesto al de ellos. Los menores siempre estuvieron representados en juicio por sus padres, por el defensor de menores, o por el tutor especial que el juez debía nombrarles cuando se advertía intereses contrarios. Se entendía que sus padres velaban por su interés, y si no era así lo hacía el defensor oficial o el juez. Hoy en virtud de la ley nacional y la Convención los Derechos del Niño, los menores tienen que ser escuchados directamente en aquellos juicios entre sus padres que los involucran, en los que a partir de las normas mencionadas son sujetos y no objeto de litigio. Es a través de esta nueva figura legal del abogado del niño que la voz de los menores pueden llegar de manera directa al juez, al expresar en forma personal sus asuntos, no resultando interpretada la voluntad del menor por parte de sus representantes.

Merece recalcar que son los jueces quienes deberán discernir el interés del menor, la seriedad de la expresión de su voluntad, la gravedad del conflicto con sus progenitores en el caso de ocurrir, y el interés familiar, debiendo escuchar a los padres y al menor, y así decidir si se le asigna un representante especial, o un abogado. Todo ello con miras a que el menor se encuentre debidamente representado o asistido, y de esa manera pueda defender su posición.

Para García Méndez, Emilio (2.008), en todas las cuestiones atinentes al menor, el Juez debe tener la suficiente capacitación y preparación al respecto para tomar una decisión razonable, ya que tras la entrevista con el menor, éste puede llegar a experimentar un conflicto emocional al sentirse en algunos casos responsable de tener que elegir a alguno de sus padres, sabiendo que está perjudicando al otro, y es por esto necesario la astucia y preparación del juez en el desempeño de su labor, para que el menor no se sienta responsable de los problemas en los que se halla inmerso.

Si existe influencia de alguno de los padres en la elección del abogado del niño, será conveniente que el juez, junto con el equipo interdisciplinario de profesionales del tribunal a su cargo, escuche al niño para evaluar su independencia en la elección de su abogado, y, si de la entrevista se desprende que hubo influencia de alguno de sus progenitores, el juez podrá requerir la asistencia de otro abogado.

Es de importancia complementar lo descripto, mencionando que en una concepción completa del derecho de defensa, no se puede olvidar del aspecto técnico, requiriendo el proceso la presencia de un abogado especializado en niñez y adolescencia, a los efectos de desarrollar y preparar una estrategia eficaz. La garantía de defensa consiste en asegurar la posibilidad de

efectuar oportunamente, y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas, y todo lo concerniente con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia.

Sin embargo la cuestión no resulta ser tan sencilla teniendo en cuenta las características que presentan los procesos de familia, en donde la noción de “parte” implica necesariamente un enfrentamiento entre dos o más sujetos, de manera que solo resultaría aplicable a los procesos contenciosos (Palacio, Lino, 2.005).

Es decir que desde una mirada contenciosa o adversaria se podría admitir a un menor como parte, pero esto sin embargo responde al enfoque que presenta el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que juntamente al Código Civil no prevén esta clase de participación del menor, no respondiendo el Código de rito al tratamiento diferenciado que merecen los conflictos con menores de edad, donde a criterio del suscripto, aún en forma prevencional en el caso concreto debería el menor contar con tal posibilidad, ante situaciones que posibiliten que los derechos de los menores puedan ser vulnerados, ya que una de las formas de evitar la injusticia es previniendo, evitando que los conflictos lleguen a mayores.

El redactor de este trabajo considera que se debe reconocer el carácter de parte a un niño o adolescente en aquellas situaciones donde se discutan de manera directa cuestiones referentes a su persona, cuando existan intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes, en aquellos procesos donde se cuestione su tenencia o el derecho de comunicación con el progenitor no conviviente, en un juicio sobre violencia familiar en el que el niño esté involucrado, todo ello en búsqueda del interés superior del niño y el respeto a los derechos que desde la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 prevén. Es a través de estas dos últimas legislaciones que el menor puede hacer valer su derecho a ser parte en un proceso que lo involucra, fundado en la

nueva concepción de la minoridad que insiste en aplicar recursos para ampliar los derechos del niño y no en dificultar su ejercicio.

En atención a la labor del abogado del niño, si bien se desarrollará en profundidad en el capítulo tercero, es importante mencionar que éste deberá desentrañar los motivos de la conflictiva familiar, cuales son los objetivos y soluciones que percibe el niño, en la medida en que su desarrollo y crecimiento lo permitan. La actuación del abogado implica ejercer el patrocinio sin remplazar la voluntad del menor o intervenir en su lugar como ocurre con los padres, tutor, defensor de menores, encontrándose su designación condicionada a la madurez suficiente del niño para tomar decisiones en forma autónoma, y a la apreciación del juez en el caso concreto. De esta manera la figura del abogado del niño no se confunde con el tutor *ad litem*, padres o Ministerio de Menores cuestión que luego será abordada.

6- **Conclusión:**

Este primer capítulo tiene la importancia de haber establecido las bases sobre las cuales se va a construir la presente obra, los conceptos de minoridad, tanto para el Código Civil Argentino como para la doctrina de la protección integral a través de la ley 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño, llevaron a que podamos mirar la minoridad desde dos perspectivas dispares.

Se ha mostrados dos realidades legales distintas que conviven en argentina, por una parte la mirada tutelar, proteccionista, limitada, objetiva y sistemática como lo es la doctrina de la situación irregular dispuesta en el Código Civil, la que encasilla a los menores en parámetros etarios, con etapas a cumplir en atención a su edad como criterio único, para permitirle al menor poder acceder a los derechos que la misma ley brida. Para la doctrina que guía al Código Civil,

los menores son por regla incapaces, facultándolos a actuar solos cuando la ley lo dispone, siendo esto un dato frío de este sector poblacional, un dato que no mira a cada niño como un ser independiente, sino como un grupo diferente de los adultos, teniendo a la edad como un requisito indispensable para acceder a ciertos derechos. Por otro lado se ha descrito la nueva minoridad pensada desde la doctrina de la protección integral, que tiene por objeto proteger los derechos de los niños, siendo de carácter subjetiva, practica, empírica, igualitaria, desestructurada, lo cual permite que los menores no sean mirados como un conjunto, como un grupo poblacional incapaz, sino que a través de este nuevo pensamiento cada niño o adolescente es un ser independiente y capaz, que debe ser valorado atento a su condición de persona en desarrollo. Esta nueva forma de apreciar al menor surge a través de la Convención de los Derechos del Niño y se reglamenta en nuestro derecho interno por medio de la ley nacional 26.061.

A través la normativa nacional e internacional referenciada, se establece una nueva capacidad llamada “capacidad progresiva”, donde la participación del menor no se halla limitada por un concepto estático como lo es la edad, sino que surge a partir de su desarrollo personal. Esto significa darle a los menores la oportunidad de autodeterminarse en atención a su desarrollo madurativo, pensando siempre en la realidad vivida por ellos, y teniendo como norte el interés superior del niño.

De esta manera en la nueva proyección de la minoridad, el niño o adolescente deja de ser un objeto de tutela para pasar a ser un sujeto de derecho, esto le permite que el derecho de ser escuchado y el valor de su opinión tengan un peso significativo. A partir del derecho precedentemente descrito surge otro, que es el derecho de designar a su propio abogado patrocinante, atento a la capacidad progresiva alcanzada, lo cual le permite participar en forma independiente en un proceso.

A criterio personal, la nueva mirada de la minoridad implica un gran avance no solo en la legislación, sino a nivel social. La nueva forma de mirar a los menores no significa solo el surgimiento de normas revolucionarias, sino que trae aparejado un cambio de mentalidad en la sociedad. Aquel niño incapaz que era objeto de cuidado y al que no se le permitía participar, deja de serlo, y en virtud de su capacidad progresiva empieza a ser parte en todos los asuntos que involucran aspectos de su persona, pudiendo lograr acceder a derechos en forma similar a la actuación de un adulto. Ahora cabe preguntarnos, ¿se trata de un cambio necesario para nuestra sociedad?, ¿estamos preparados para esto?

Como dato positivo, el suscripto considera que hacía falta un cambio ya que la realidad social se ha modificado en gran manera. La mentalidad tanto de los adultos como de los menores ha evolucionado, y su actuar también. No es lo mismo un menor del Siglo XIX, época en que se sancionó el Código Civil, que uno del año 2015. El cambio que propone la doctrina de la protección integral no implica el tener que agregar algunos artículos al ya conocido régimen de la minoridad, sino que significa adaptar todo el sistema vigente al modelo innovador que significa la nueva doctrina aludida. Se trata de la transformación de un régimen, donde el cambio de enfoque que se tiene de los menores afecta a todas las instituciones vinculadas a la minoridad, como son la figuras de la representación (padres, tutores, asesor de menores), tema que se desarrollará en el próximo capítulo. La nueva minoridad implica un cambio total, lo cual se ve a claras en la incorporación de la figura del abogado del niño, donde para concebir la misma y darle el valor para la cual fue creada, es necesario considerar al menor como sujeto de derecho, brindarle la posibilidad de ser oído, y que ejerza sus derechos en atención a su capacidad progresiva. El abogado no interpreta la voluntad del niño como lo hacen sus representantes, sino que la reproduce, es decir no lo representa sino que lo asiste. Es el propio niño el que habla y

participa ante una conflictividad que lo afecta. En la praxis judicial esto se ve útil por ejemplo ante el surgimiento de intereses contrapuestos de los padres respecto a sus hijos.

Es a través de la nueva doctrina emanada de la Convención de los Derechos del Niño que el menor puede contar su verdad, puede hacerse escuchar logrando con su voz que sus derechos sean respetados. Pero en este caso la voz del menor no resulta de la interpretación de un adulto como sucede con el Código Civil, sino que es la voz del mismo menor la que llega nítida a conocimiento del justiciable.

Este nuevo sistema resulta sano a la sociedad, ya que aleja el criterio discriminador del sistema tutelar, posicionando a los menores en otro lugar, que es el de sujeto de derecho, lo cual permite que salgan a la luz muchas cuestiones que quizás antes no se develaban, porque el mismo sistema no lo permitía, al restringir la participación de los menores mediante instrumentos que limitaban su actuación. Sin embargo, personalmente el escritor considera que aquellos principios imperantes en el Código Civil no implican nos encontremos ante un sistema perverso, sino que la mentalidad del legislador en el momento de la sanción del Código Civil fue distinta a la que se vive en la actualidad. El creador de la norma tuvo como objetivo proteger al menor, y lo hizo conforme lo que para la época implicaba la minoridad. Pero hoy ya no sucede así, la minoridad necesita ser adaptada a la realidad social.

El cambio social deviene con el pasar de los tiempos, y eso lleva inevitablemente aparejado el cambio jurídico. En Argentina fue imprescindible que la minoridad se adaptara a las modificaciones sociales que se venían en el mundo y en su misma sociedad. Para ello se requirió no solo la incorporación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño al orden

interno, y su jerarquización constitucional, sino además un instrumento legal que lo haga efectivo como es la ley nacional 26.061.

Con una mirada crítica puesta en la nueva minoridad, se puede apreciar que ahora el juez deberá evaluar cada caso que se le presente con mayor cuidado, aún del que ya tenía, y con la misma seriedad con la que se tratan los conflictos en los que se involucran mayores de edad. El compromiso del magistrado consiste en poder detectar cuando realmente un derecho puede ser ejercido y cuando necesita amparo, como también cuando resulta un mero capricho, ya que no debemos olvidarnos que estamos hablando de menores de edad, de personas que se encuentran en desarrollo, y quizás en algunos casos con una conciencia no sujeta a la realidad en la que viven ni a las consecuencias legales que sus actos puedan desencadenar, por lo que la subjetividad del sistema deberá ser evaluada con el mayor rigorismo posible.

El avasallante otorgamiento de derechos a los menores, que no dejan de ser justos, pueden desencadenar abusos por parte de estos, no mencionando la legislación la responsabilidad que les cabe ante tales faltas.

Finalmente se concluye que el nuevo enfoque de la minoridad resulta positivo y útil para la sociedad si el recurso es bien utilizado, para ello se necesitara primeramente buena información para toda la sociedad, y esto se logra en primera medida con el aporte de la familia, de la escuela, los centros en los que los menores concurren, entre otros; pero también con capacitación para los profesionales letrados como los abogados y magistrados, y de aquellos afines a la minoridad como son los psicólogos, asistentes sociales, etcétera. Los cambios radicales como estos necesitan tiempo, y de a poco la sociedad los ira naturalizando a medida que pueda acceder a la

información pertinente. La sociedad no debe cerrar los ojos ante lo que inevitablemente debe aceptar.

Capítulo 2: La representación

Este segundo capítulo tiene por finalidad reseñar el sistema de representación legal de la minoridad diagramado por el Código Civil, con el objeto de analizar en forma pormenorizada los diversos institutos con los que cuenta nuestro derecho interno, y como participan dentro del proceso de familia junto a la nueva figura legal del abogado del niño, proclamada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y reafirmada en la ley nacional 26.061.

Sirve a los objetivos de este trabajo poder determinar cuáles con las similitudes, diferencias e interrelaciones entre las instituciones clásicas del derecho civil, como lo son la figura de los padres, el tutor *ad litem*, el asesor de menores, con la figura del abogado del niño que se incorpora al panorama vigente a través del paradigma de la protección integral, que pregona una visión distinta del menor, donde éste es participe de su propio destino.

En el régimen del Código Civil, la representación que ejercen los padres, el tutor y el asesor de menores, le han impedido al menor intervenir en los asuntos que le aquejan de manera personal, como una consecuencia del sistema tutelar vigente. La legislación imperante en el Código Civil ha sido una manera de restringir al niño el poder ejercer sus derechos, en el sentido de que se encuentra sustituido por sus representantes legales tanto necesario como promiscuo. De esta manera son los representantes quienes deciden la voluntad del infante, es decir que el mayor interés para el niño o adolescente, su interés superior, se manifiesta a través de lo que los representantes entienden como más beneficioso para el menor, convirtiéndolo en objeto de representación.

El Código Civil, presenta una estructura legal en la cual los menores de edad son personas incapaces que necesitan de representación, entendiendo por representación al fenómeno jurídico

en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otra (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, 2.012). El término representación expresa la idea de que se está actuando en lugar de otro que no puede hacerlo por sí mismo, implica un mecanismo de sustitución de la voluntad.

El Código otorga al representante un poder en la esfera jurídica ajena por el cual la única actuación posible es la del representante y su voluntad. El concepto tradicional de la representación legal de los menores de edad que sigue nuestro Código, resulta incompatible con el nuevo tratamiento que brinda la Convención de los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061, en el que se reconoce al niño como sujeto de derecho en el marco de las relaciones paterno-filiales, y en la promoción de su autonomía en función de su desarrollo (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, 2.012).

La nueva minoridad que propone la Convención de los Derechos del Niño, es una de carácter subjetiva, empírica, participativa, pero sobre todo más humana, en el que los menores no son encasillados en parámetros teóricos. A través de la nueva doctrina de la protección integral, se produce el cambio de un sistema estático a uno dinámico, donde cada caso en particular es mirado atento a la evolución única que presente el menor, considerando a éste como sujeto de derecho. Desde allí, y teniendo en cuenta la capacidad progresiva, va a ser el propio niño o adolescente quién decida sobre los asuntos que le aquejan, ameritando o no, según las circunstancias, la utilización de la figura del abogado del niño, a través de la cual el propio menor hará valer su voluntad ante el juzgador con la asistencia legal referida, siendo que en este caso la voluntad no es representada o interpretada, sino directamente transmitida al juzgador, ya que el abogado no representa, sino que patrocina y asiste.

A través de la Convención y la ley 26.061, la mayor o menor autonomía, madurez y juicio propio con el que cuenten los niños y/o adolescentes, serán los indicadores que permitan asignarle un representante legal, quedando éste último reservado a los supuestos donde los niños cuenten con una capacidad mínima de autodeterminación. Esto significa que a partir de la nueva minoridad, la representación legal no es una obligación impuesta, implica sino un mecanismo de sustitución de voluntad, en función del escaso nivel de discernimiento que presente el menor.

Por otro lado, es menester traer a colación la figura de la asistencia, concepto que comprende un acompañamiento justificado en miras de la protección del niño en el desarrollo de su personalidad, llevada a cabo principalmente por parte de los padres e incluso por el abogado del niño. Al decir de Cifuentes, Santos (1.997), es un medio de control que lleva a cabo un tercero, de manera que la persona actúa por sí, sin ser reemplazada. Este concepto implicaría utilizarlo ante un grado de avance en la capacidad progresiva del menor tal como lo propone la doctrina de la protección integral.

Finalmente, es dable mencionar otro concepto donde se muestra la ausencia de incapacidad, que constituye lo que se llama cooperación. Aquí se aprecia un real protagonismo de niños y adolescentes, con el debido asesoramiento o participación respaldatoria (García Méndez, Emilio, 2.008). En este punto el menor ya se encuentra ante un grado de evolución personal que le permitiría por si solo hacer valer sus derechos, se encontraría en el esplendor de su minoridad, luego de haberse determinado su nivel de desarrollo personal, su grado de entendimiento, y su madurez.

En conclusión, se puede ver que a medida que los niños adquieren mayor autonomía, menor es la necesidad del requerimiento respecto a la participación de un tercero, y asimismo, a menor autonomía es mayor la participación y acompañamiento por parte de los adultos.

Ninguna de las instituciones que se han mencionado (padre, tutor, asesor de menores) han sido dejadas de lado por la doctrina que propone la Convención de los Derechos del Niño y que acompaña la ley 26.061, lo que da a claras que las clásicas figuras legales deben ser analizadas, atento al nuevo panorama propuesto por la doctrina de la protección integral, a las que se le debe sumar la figura del abogado del niño. Este apartado explicará el contenido de las instituciones clásicas, y la influencia que significa la aparición del abogado del niño, lo cual permitirá definir donde ubicarlo, y porque esta figura debería ser utilizada.

1- La figura de los padres:

El artículo 264 del Código Civil, define al instituto de la patria potestad como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección y formación integral desde que son concebidos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

De manera que los deberes y derechos a que refiere el artículo se conceden a ambos progenitores, comprendiendo esto el contenido de la patria potestad. Las atribuciones a los padres que la ley otorga fueron concebidas en beneficio de los hijos y no en provecho de los primeros. De esta forma, el régimen de la patria potestad comprende un sistema que se construye con el claro objetivo de proteger a los menores.

Atento al régimen del Código Civil, los menores necesitan de la representación legal de sus padres para el ejercicio de los derechos que se les atribuyen en el contexto de las relaciones jurídicas. Dicha representación es necesaria e indisponible y de carácter universal, es decir se extiende a todas las relaciones jurídicas que tengan como sujetos a los hijos menores de edad, con excepción de los actos específicamente enumerados que los menores de edad pueden realizar por si mismos con o sin el asentimiento paterno, conforme el artículo 62 del Código Civil (Zannoni, Eduardo, 1.998).

Los menores que no cuentan con la capacidad suficiente para actuar en el mundo jurídico, al no reunir el requisito de edad que estipula el Código Civil, requieren de la representación de una persona que los reemplace o sustituya en sus decisiones. El Código Civil, distingue entre menores impúberes y adultos, estableciendo la edad de catorce años como parámetro diferenciador. Como se mencionó en el capítulo precedente, los menores impúberes (cero a catorce años) son incapaces absolutos y los menores adultos (catorce a dieciocho años) presentan una incapacidad relativa que les permite realizar ciertos actos jurídicos. De esta manera la regla en el Código Civil es la incapacidad de los menores, solo teniendo capacidad excepcional para los actos que la misma ley determina, y es por esta razón que los menores necesitan de una representación necesaria.

La ausencia de capacidad de los menores se integrarse con el instituto de la representación necesaria de los padres o tutores (artículo 57, inciso 2, Código Civil). Este artículo expresa que los padres o tutores son quienes representan a los menores no emancipados. El fundamento radica en la necesidad de reemplazar y proteger la inhabilidad que el Código dispuso para los menores. Como se ha mencionado el término propio de “representar” conlleva la ineludible idea de que los actos celebrados por el representante deben ser producto de la expresión de la

voluntad del representado, pero sin embargo también puede suceder que el menor carezca de ella, y en atención al poder otorgado al representante que proviene de la propia ley, el acto jurídico sería válido respecto al incapaz, con la única expresión del representante. Así lo menciona el artículo 274 del Código Civil, cuando expresa que “los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración, entendiéndose por esto a los actos judiciales en que deben intervenir por los hijos en cualquier carácter”.

También resulta útil destacar que el Código Civil establece que se requiere en principio el consentimiento expreso de ambos padres para autorizar al hijo a estar en juicio por sí solo (conforme artículo 264 *quáter*, inciso 5º, Código Civil), y, si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediara imposibilidad para prestarlo, el juez debe resolver lo que convenga al interés familiar (artículo 264 *quáter*, parte final, Código Civil). A su vez el artículo 282 prevé que si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al "menor adulto" para intentar la acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el oponente, podrá suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.

El conjunto de normas mencionadas tiene por fin resguardar a los menores de edad en atención a lo que el Código Civil dispone que es lo mejor a los intereses de los infantes, protegiéndolos ante la propia debilidad, ligereza e inexperiencia que presentan, ya que se trata de sujetos vulnerables.

Sin embargo, se aprecia que los conceptos protectorios del Código Civil no dejan lugar a la valoración personal del menor, a que sea él mismo tenga la posibilidad de defender sus derechos ante las vulneraciones que pudiese sufrir. Es entonces que nos preguntamos ¿por qué un menor necesita de un espacio para defender por sí mismo sus derechos, si cuenta con representantes que

la ley otorga en tal sentido?

La respuesta la encontramos en las diversas situaciones que puede atravesar el propio niño, donde se requiere su participación como requisito ineludible, como cuando sucede en aquellas ocasiones en que los intereses del menor son opuestos a los de sus padres, o la actividad u omisión de éstos les pueden generar graves perjuicios para su vida, lo cual lleva a pensar que el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, no puede ser reemplazado por la representación de los padres o tutores ante estas situaciones.

La Convención de los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061, brindan un espacio abierto al niño o adolescente para la admisión de derechos personalísimos, lo que constituye una clara restricción al entendimiento de la “representación total” por parte de los padres.

Por medio de la doctrina de la protección integral, se le brinda al menor la posibilidad de hacer valer por sí mismo sus derechos como lo son: el de ser oído, participar en el proceso, el de poder designar a un abogado que patrocine sus derechos conforme su desarrollo, todo en el marco de considerarlo sujeto de derecho.

En la vida cotidiana suelen ocurrir situaciones en donde se llegan a contraponer intereses de los progenitores entre sí, o de aquellos con los de sus hijos (tal como se reseñó en el capítulo 1), generando conflictos de intereses que puede desencadenar en la consecuencia que el niño decida litigar en contra de sus progenitores. Pero, conforme el art. 264 *quáter*, inciso 5 del Código Civil, ello no sería posible al determinar que los hijos requerirán de la autorización de ambos padres para estar en juicio. Ante esta contrariedad desde la doctrina se ha levantado la voz sosteniendo que lo normado por el Código Civil es contrario a la Convención de los Derechos del Niño, y a la ley nacional 26.061, ya que al exigir autorización de las personas contra las que desea litigar significa desproteger la parte más vulnerable de la relación jurídica que son los

niños, privándolos del acceso a la justicia. En el caso concreto debería no aplicarse la normativa del Código, brindándole al niño o adolescente la asistencia técnica necesaria a fin que pueda ejercer sus derechos, siendo el menor merecedor de poder hacerlos valer, con los requisitos procesales que ameriten la asistencia de un abogado patrocinante, quien como se dijo no representa al niño, sino que lo asiste ante un requerimiento poniendo sus conocimientos técnicos al servicio de su cliente.

La Convención de los Derechos del Niño marcó un cambio en las relaciones paterno filiales, esto se puede apreciar en su artículo 5 cuando expone el principio de autonomía progresiva, al recordar el derecho de los padres de impartir en sus hijos conforme el grado de evolución de sus facultades, la dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derecho que la Convención le reconoce. El concepto de capacidad progresiva consiste en que el niño puede autodeterminarse conforme al desarrollo alcanzado.

El artículo quinto de la Convención obliga a los Estados partes a crear las condiciones necesarias para que sean respetados los derechos de los padres de crear las condiciones para que los menores adquieran el mayor grado de autodeterminación, lo que implica reconocer a los niños y adolescentes que son ellos protagonistas de sus vidas, será función de los padres capacitarlos para que puedan lograrlo, sin desconocer que su autonomía variará atento a la etapa evolutiva que presente el menor. De no ser así, otorgarles autonomía a los menores sin considerar su propia capacidad progresiva, implica desprotegerlos. Y mientras el menor no esté en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior será lo que disponga el adulto como primera pauta a tener en cuenta.

Finalmente se mencionará que las disposiciones del Código Civil referentes a la patria potestad no fueron derogadas por la ley 26.061 que reglamenta la Convención de los Derechos

del Niño, lo que da a cuentas que ambas deben complementarse. A pesar de ello, a criterio del suscripto ante un conflicto de leyes debe prevalecer la ley nacional que reglamenta la Convención de los Derechos del Niño, teniendo en cuenta que esta última posee jerarquía constitucional, pero por sobre todo, hay que considerar que tanto la Convención como la ley nacional, otorgan mayores beneficios menor para que los derechos que se les otorgan puedan ser efectivizados. No hay que olvidar que las regulaciones mencionadas (Código Civil, ley nacional 26.061 y Convención de los Derechos del Niño), fueron creadas con mismo fin, el cual es resguardar a los menores de edad.

2- Ministerio Público de Menores:

Nuestro Código Civil creo todo un sistema normas para proteger la incapacidad de los menores por medio de la representación promiscua, donde sus intereses son llamados a ser tutelados por el Defensor Público de Menores. El Código Civil lo menciona en el artículo 59, estableciendo que “además de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de la persona o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”.

De este artículo se infiere que la intervención de esta institución se hace presente en todos los actos jurídicos en los que se encuentren comprometidos derechos de los menores, sean estos de carácter personal o patrimonial, tratándose de una institución permanente que no resulta sustituible, siendo determinante su participación al momento de otorgar plena validez al proceso.

La representación del asesor se lleva a cabo en forma conjunta con la del padres o tutor, siendo de carácter “necesaria”, ya que la omisión vicia lo actuado judicialmente por cuanto corresponde su intervención (artículos 59 y 494, Código Civil), implicando el vicio la nulidad relativa ya que es posible su confirmación; y es “complementaria”, porque se trata de una representación promiscua que se agrega a la representación necesaria (artículos 57 y 59, Código Civil). Tiene además carácter simultánea, ya que no reemplaza o sustituye, ni puede excluir las actuaciones de los representantes necesarios, aunque si puede actuar en forma autónoma, cuando los representantes necesarios no amparan los derechos o bienes del representado por su inacción, exceso o defecto, como sucede por ejemplo con el artículo 493 del Código Civil que faculta al asesor a promover demanda en forma autónoma en representación del menor, en caso que no lo hiciera el tutor. Puede además pedir el nombramiento de tutores para los menores que no los tengan, tal cual surge del artículo 491 del Código Civil.

Respecto a los dos tipos de intervención extrajudicial y judicial se puede destacar que: 1- En la intervención extrajudicial si bien el Código impone la participación del Ministerio Público en todos los actos que interesen a un menor, hay ciertos actos en que los padres actúan sin la necesaria intervención de dicho Ministerio, como ser la autorización al hijo menor de edad para contraer matrimonio; 2- En la intervención judicial las normas del Código Civil disponen la necesaria participación del Ministerio Público de Menores en todo juicio donde es parte el menor de edad bajo pena de nulidad.

La función e intervención del asesor de menores se cumple proyectando los intereses de los menores con la observancia de las leyes de orden público (Rodríguez, Laura, 2.011). Se aprecia de esta manera que el asesor es un intérprete de la voluntad del menor, quien la toma, la traduce y la emite al juzgador, en virtud de las facultades que la ley le concede, buscando lograr

con su actividad que el menor acceda a la mejor situación posible, en atención a la circunstancia vividas por el niño que ameritó la intervención de este funcionario.

A través de la representación promiscua, el asesor cumple además el rol de garantizar la defensa de la ley, y del acceso a la justicia. La presencia del funcionario es esencial es ineludible para evitar que se violen las formas que afecten el derecho a la defensa en juicio, al debido proceso y el derecho a ser oído de todo menor de edad, en cualquier procedimiento de tipo administrativo o judicial en que se encuentre involucrado (Antón, Ricardo y Moreno Gustavo, 2.012).

La función del asesor es la de representar los intereses del menor, lo cual no quita que pueda actuar sin tener en cuenta la voluntad del niño o adolescente, cuando procurando el mejor interés para este último, se vea obligado a solicitar alguna medida que no sea del agrado del representado. A pesar de ello, escuchar al menor resulta de fundamental importancia a la hora de desarrollar su labor. En la realización de su actividad debe entrevistar al niño o adolescente tratando de crear un vínculo de confianza, describiendo quien es y cuál es su trabajo, buscando conocer los deseos e intereses del menor, llevado a su conocimiento cual es el objeto del juicio en el que se halla actuando, las garantías procesales que se le reconocen, y todo aquello pertinente para llevar a cabo su actividad en procura del mejor interés para el niño o adolescente.

La figura del asesor de menores ha estado ligada a la cultura del patronato, que junto al juez decidían el destino del menor. Con la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al orden interno y el surgimiento de la ley nacional 26.061, la concepción de la minoridad que propone al Código Civil debe ser reformulada acoplándose a lo dispuesto por esta nueva

reglamentación, ya que la aparición de estas regulaciones no implicaron derogación de ningún artículo del Código.

Para una mejor comprensión de lo analizado, y cumpliendo con lo proyectado en el inicio del capítulo, se brinda la distinción entre la figura del asesor de menores con la del abogado del niño, para entender el porqué del uso de esta última figura en el proceso de familia.

El abogado del niño ejerce la defensa de los intereses particulares de un menor en un conflicto concreto, prestando su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño, no sustituyendo la voluntad del menor, sino asistiéndolo para que éste último pueda llevar sus palabras en forma directa ante quien debe aplicar el derecho.

Por su parte el asesor que representa al Ministerio Público, defiende en el mismo proceso el interés particular y concreto del niño o adolescente, y al mismo tiempo el interés general y abstracto de la comunidad (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, 2.012), siendo su tarea interpretar la voluntad del menor, para lograr que se cumpla el mejor interés del niño o adolescente. Lleva ante el juzgador los deseos del menor, pero interpretados por su persona, es decir desde su mirada, a diferencia del abogado que no interpreta ni representa, sino que asiste para que sea el propio menor quien haga valer su voz.

El rol del defensor de menores, como complementario de la defensa técnica del niño, puede dar lugar a discrepancias y dificultades, por ejemplo ante desacuerdos que pudieran presentarse entre el asesor y el abogado sobre distintas estrategias defensivas. Es en la disidencia donde se debilita la defensa del menor, lo que lógicamente dificulta la tarea del juez. A pesar de

ello, el artículo 27 de la ley 26.061 brinda una solución ya que normativiza y jerarquiza la participación personal del niño en el proceso y le reconoce capacidad procesal para designar un abogado de confianza. Esto trae como consecuencia, que sean los propios menores quienes van a definir su estrategia de defensa, asesorados por un abogado de confianza, y en su caso el asesor de menores podrá colaborar con esta estrategia de defensa, pero sujeto al consentimiento del niño.

Reforzando esta idea, el decreto reglamentario 415 de la ley 26.061, en su artículo 27 expresa que el abogado del niño representa los intereses personales e individuales del niño, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Lo que da a muestra que ambas figuras son complementarias y que ninguna reemplaza a la otra, deben coexistir con el solo fin de que los intereses de los menores se hagan valer. Tanto el asesor como el abogado deben coadyuvar a que se cumplan las garantías procesales que se les reconocen a los menores, y para que esto se lleve a cabo resulta de importancia que el asesor de menores ponga en conocimiento al niño su derecho a designar un abogado para que lo patrocine en el expediente, resultando ésta una prerrogativa de la persona menor de edad. Para llegar a ello, el menor debe entender en que consiste la figura legal, cuál es su función en el proceso y las consecuencias de optar ser asistido, o no. En el caso que el menor decida designar un letrado, se le debe acercar toda la información relacionada a los recursos con los que cuenta, aclarando que designar a un abogado no es un deber sino un derecho, una prerrogativa con que cuenta el niño. Por último, en mérito del interés superior del niño, es tarea del asesor realizar un seguimiento de la labor del abogado con el objeto de controlar que en todo momento se actúe en atención al menor.

3- Tutor ad litem:

La tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han fallecido, porque los menores son de filiación desconocida, o bien porque los progenitores han sido privados de la patria potestad. Se encuentra definida en el artículo 377 del Código Civil, caracterizándose por ser una institución subsidiaria de la patria potestad, cuyo fin es el amparo de los menores que son asignados a su cuidado.

Entre las funciones que el Código Civil atribuye al tutor, se puede mencionar lo dispuesto en el artículo 411, que expresa “el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”. Estos lineamientos están ligados a la concepción propia del Código Civil que, como se ha expuesto precedentemente, niega participación de los niños en el proceso al tratarse de personas incapaces.

Por otro lado, apuntando la mirada en la aplicación de la doctrina de la protección integral propia de la Convención de los Derechos del Niño, los lineamientos institucionales se inclinan por el reconocimiento de la autonomía progresiva del niño o adolescente y su participación en el ejercicio de sus derechos, atento al grado de desarrollo que presenten. De esta manera la doctrina de la protección integral prescribe una manera diferente de apreciar la minoridad y por ende también el ejercicio de la función de los tutores, ya que concibe al menor como sujeto de derecho, con capacidad limitada, pero capaces al fin, siendo la voz del menor es un requisito insoslayable.

Al incorporarse la Convención al derecho interno, y tras el surgimiento de la ley nacional 26.061, no resultar derogada ninguna disposición del Código Civil referente a esta materia, se concluye que las regulaciones referenciadas deben ser complementadas, en tanto la intervención del tutor debe ser revisada y reformulada.

En palabras del suscripto, la participación del tutor implica la representación del menor, pero a partir de la nueva concepción de la protección integral, resulta obligatorio en su labor escuchar la opinión del niño y hacerla valer. Reconocer el lugar que ocupa el menor en el proceso será una tarea ineludible, pero además la colaboración del niño o adolescente en aquellas cuestiones que lo afectan, posibilita crear un vínculo de confianza para llegar a concretar el interés superior del niño. En la comunicación con el menor, el tutor debe informar al niño sobre el proceso y escuchar su opinión, teniendo los cuidados de un buen padre de familia tal como lo mencionan los artículos 412, 413 y 414 del Código Civil, actuando con responsabilidad, siendo además garante de todo perjuicio que resulte en el cumplimiento de su tarea.

La función del tutor es de carácter supletoria, pues opera cuando el menor no tiene padres en ejercicio de la patria potestad, además es unipersonal ya que solo puede ser ejercida por una sola persona (artículo 386 del Código Civil).

El Código de rito legisla sobre varias clases de tutelas, entre ellas merece atención la tutela especial, que se establece para un acto o un negocio especialmente determinado. Se designa un tutor especial al menor, aun estando bajo patria potestad, cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres (artículo 397, inciso 1), o al menor que tiene tutor, cuando sus intereses económicos están opuestos a los del tutor, o a los de otros pupilos de su tutor (artículo 397, inciso 4 y 5). Asimismo, los intereses que pueden estar en oposición entre el hijo con sus padres, pueden no ser de índole económica, por ejemplo cuando se demanda por la privación de la patria

potestad al progenitor (artículo 307), o bien de naturaleza económica, como por ejemplo para presentarlo en el juicio sucesorio de su padre si la madre inicia juicio contra sus coherederos entre ellos los hijos, para discutir la partición.

Cuando el tutor es designado para actuar en juicio en representación del menor, adquiere el nombre de tutor *ad litem* (Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, 2.000). Pero para que entre en funciones, es necesario que el juez invista a la persona en el cargo (artículo 399, Código Civil).

Respecto al tema que ocupa el presente trabajo, es necesario diferenciar la figura del tutor *ad litem*, con la del abogado de niños, niñas y adolescente. Puede decirse que mientras el tutor *ad litem* representa el interés del niño según la mirada adulta del tutor, el abogado de confianza representa el interés particular de su patrocinado (el menor) según la mirada del propio niño. El tutor *ad litem* defiende el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando la voluntad del menor mediatizada o inclusive directamente desconocida ya que sustituye su actuación. Si bien el tutor *ad litem* busca lo mejor para el menor, esa búsqueda es desde su propia mirada, de manera similar a la operatoria que guía la patria potestad y al Ministerio de Menores. Por su parte el abogado es un personaje ligado al principio de la capacidad progresiva, que no sustituye la voluntad del infante sino que la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada, como podría ocurrir con cualquier adulto, quedando a salvo la voz del niño para llegar de manera directa a quién definirá su situación.

El tutor coexiste tanto con el asesor de menores como con el abogado del niño, al tener las instituciones funciones distintas. De una manera similar a la tarea que desempeñan los asesores, la labor del tutor comprende también el poner en conocimiento de los niños a quienes representan los derechos que pueden ejercer orientándolos para que logren hacerlos efectivos

como lo haría un buen padre de familia, controlando la actuación del abogado del niño, observando que sus funciones se mantengan dentro de sus atribuciones.

De manera que, aun cumpliendo con escuchar al menor y respetando sus derechos, el tutor aporta su propia mirada adulta en la intervención que le cabe, pudiendo inclusive llegar a apartarse de los deseos de su representado en procura de su mejor interés. A diferencia de ello, la figura del abogado del niño, establecido en el artículo 27 inciso c de la ley 26.061, patrocina las pretensiones que el propio menor define, aportando solo su conocimiento técnico. Tanto el tutor como el abogado del menor, ayudan en la participación del niño en el proceso, pero cada uno lo hace dentro del marco de sus funciones.

Habiendo efectuado una caracterización del sistema de representación tutelar vigente en nuestro país, es sumamente importante tener presente que debemos propugnar por una interpretación armónica, entre las disposiciones del Código Civil con la concepción de la minoridad que propone la Convención de los Derechos del Niño, al no haber surgido de la normativa derogación alguna. Sin embargo, interpretando la voluntad del legislador, y apreciando los fines para los que se creó la figura estudiada en este apartado, la función del tutor debe ser llevada a cabo sin restringir derechos y garantías consagrados a nivel internacional, en el que el Estado ha asumido el rol de garante de su cumplimiento para los menores. Amén de ello, es claro que el fin último en el caso concreto es el interés superior para el niño.

Una solución propuesta para aquellos menores que se encuentren ante una conflictiva familiar, y necesiten contar con asistencia letrada, pero que a su vez no posean el grado de madurez necesario para autodeterminarse, la tarea del abogado patrocinante y la del tutor *ad litem*, podrían ser llevadas a cabo por una misma persona, reuniendo ambas funciones en un

mismo sujeto, cuyo desenvolvimiento se hallara dispuesto en colaboración de lo que mejor brinde cada institución para hacer valer los derechos del menor. Esta solución, se hallará subordinada al criterio del magistrado actuante.

4- Conclusión:

El sistema de representación que regula el Código Civil, ha sido creado en el marco de la concepción que el legislador tuvo en su momento respecto de la minoridad. En su entonces el menor fue concebido como incapaz y objeto de protección, ello trajo como consecuencia la imposibilidad de participar en forma personal en un proceso que lo involucra, por lo cual lógicamente necesita de una persona capaz que reemplace su falencia. Es así como surgen instituciones legales tales como la patria potestad, la tutela y la propia del Ministerio de Menores, que representan la voluntad del menor con el único objetivo de protegerlo. Se interpretó que la propia ligereza o inexperiencia del menor de edad podría jugar en su contra si este pudiera decidir sobre sus asuntos. La ley con el propósito de lograr seguridad en las relaciones jurídicas estableció el régimen de incapacidades de los menores, amparándolo en un límite etario.

Sin embargo se desconoció que no todos los menores piensan, sienten y se desarrollan de igual manera. La evolución personal y el grado de entendimiento no se limitan a un solo factor como la edad, sino que participa la propia personalidad del niño, el medio familiar y social en el que vive. Así lo entendió la Convención de los Derechos del Niño, la que innovando en materia de minoridad trae una nueva concepción llamada doctrina de la protección integral, la que expresa el derecho de todo niño o adolescente de participar en los procesos en los que sus intereses se vean comprometidos, sea en forma directa o a través de un representante o de un

órgano apropiado, respetando con ello la normativa del derecho interno vigente en cada Estado parte. De manera tal que la representación del menor dada por los padres, tutor, o el Ministerio Pupilar, no implican la única forma de participación del niño o adolescente, surgiendo la opción para el menor de participar de manera personal en un proceso que lo involucra asistido por un abogado de su confianza.

La importancia del cambio de concepción, no radica en agregar una figura legal más al proceso de familia, sino en replantear todo el sistema legal referente a la minoridad, valorando la opinión del menor, brindándole la posibilidad que su voz llegue al juzgador de manera directa, y no en forma indirecta como sucede cuando un representante interpreta la voluntad del niño. La participación del menor implica ahora que sea el mismo menor quien pueda decidir sobre sus asuntos, atento claro está, al nivel de capacidad alcanzado.

El punto central descrito en el desarrollo del presente apartado, implicó exponer uno de los aspectos de la naturaleza jurídica de la institución del abogado del niño, la cual muestra que el letrado no ejerce representación sobre los menores, sino que patrocina, no actuando en lugar del niño, lo cual muestra claramente el distingo respecto a las instituciones clásicas del derecho civil. Es así como se materializa la participación directa del niño en el proceso, con el patrocinio de un abogado para su defensa técnico-jurídica. Esta intervención necesariamente requiere una reestructuración de las instituciones clásicas como son respecto de los padres, el tutor, el asesor de menores, ya que sin la modificación de la postura tutelar, la nueva minoridad no podrá ser llevada a cabo.

Es tarea del órgano jurisdiccional controlar la legalidad respecto de la actividad del órgano técnico patrocinante, a fin de garantizar que los derechos de los niños en el marco del debido

proceso legal sean respetados. Sin embargo ese control también ha de recaer sobre el misterio de menores, padres y el tutor *ad litem*.

El nuevo sistema de Protección integral, propone una interacción más igualitaria, en las relaciones de los menores con los adultos. Este nuevo paradigma busca garantizar que la función formativa de la familia se lleve adelante sin un marco de rigidez, alejado de aquella concepción donde el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control por parte de los adultos.

Capítulo 3: La defensa del menor

Se analizará en este capítulo el derecho de defensa del menor, lo que trae aparejado el desarrollo de la figura del abogado del niño y su utilización por parte de este. La aparición del abogado patrocinante del menor de edad dentro del proceso de familia ha sido de gran importancia, ya que impacta fuertemente como un medio capaz de salvaguardar los derechos de los niños y adolescentes de un modo que no se había concebido antes. Puede ser utilizada por ejemplo en un juicio de tenencia donde una vez ordenado el traslado de la demanda, se cita a los padres e incluso a los menores involucrados a fin que el juez informe a los niños o adolescentes que tienen el derecho a designar un abogado que los asista independientemente del abogado que contrataron sus padres, informándoles a donde deben recurrir, pudiéndose decidir por el profesional que les inspire más confianza o bien decidir no contratar un abogado, ya que se trata de una facultad.

La tarea del abogado consiste en la defensa de los intereses particulares de un menor en un caso concreto, prestando su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño, siendo su trabajo reproducir la voluntad de su patrocinado y no actuar interpretando sus deseos como lo hacen las demás figuras del proceso (padres, tutor, asesor de menores).

Los temas a desarrollar se relacionan con el conocimiento del abogado del niño a través de la legislación pertinente, describiendo cuáles son las funciones y deberes del letrado, el derecho a la defensa técnica, quien puede designarlo, como así mismo las distintas corrientes doctrinarias que se inclinan por adoptar esta nueva figura como las que no, y finalmente quien debe abonar sus honorarios. Todo esto ante dos realidades jurídicas antagónicas, por un lado el Código Civil

Argentino y por el otro la Convención de los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061, lo que trajo serias dificultades en quienes deben aplicar el derecho, al tratar de establecer un criterio único de interpretación.

Sin lugar a dudas el patrocinio letrado como garantía de asesoramiento y ejercicio del derecho de defensa en juicio es un pilar fundamental para el correcto desarrollo de la participación del niño en el proceso, siendo una prerrogativa y no una carga u obligación. Informar a los menores del derecho a contar con un letrado que los patrocine y asesore, son metas que deben ser alcanzadas, ya que en la vida cotidiana se pueden cometer abusos en contra de los menores, y es necesario que éstos cuenten con la información al respecto para hacer valer sus derechos.

1- **El abogado del niño: funciones y deberes:**

El abogado del niño tiene como función primordial, llevar al juez la voz de su patrocinado (el menor de edad), y hacer prevalecer sus derechos y garantías, siendo ésta la actividad típica del letrado patrocinante. En una variable, puede acontecer que en la realidad particular del menor, éste no puedan exponer o dar a conocer su postura individual, sea por ejemplo ante falta de madurez suficiente, en cuyo caso la tarea del letrado podría ser llevada a cabo en una doble función, pudiendo ser abogado y tutor *ad litem*, reuniendo en una misma persona ambas funciones, pasando su labor a ser una conjunción entre representación y asistencia, pudiendo ser esta una opción altamente positiva a la hora de defender los derechos de los mejores con lo mejor que ofrezcan ambas figuras, siempre claro está con la mirada puesta en el interés superior del menor involucrado, interpretando, pero también asistiendo a la voluntad del menor ante el

juzgador. Sin embargo cuando el grado de autodeterminación le permiten al menor comprender los actos que realiza, puede por iniciativa propia designar su propio abogado, siendo tarea de éste último hacer prevalecer los derechos y garantías del niño ante el juez, pero en este caso la voz del niño no es interpretada sino que llega al juez de manera directa, ya que la tarea del abogado se limita a asistir o patrocinar, acompañando desde su función técnica para que esto se haga efectivo, actuando el menor como lo haría un adulto. Estas dos variables se logran, no tomando como parámetro regulador la edad del menor, sino el grado de madurez y desarrollo personal de cada niño o adolescente en atención a la doctrina de la protección integral que los considera sujetos de derecho.

La figura estudiada tiene existencia en nuestro derecho nacional a través del artículo 27, inciso c de la ley 26.061, al establecer que el Estado deberá garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento administrativo o judicial que los afecte, el 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”.

De esta manera surge la figura del abogado defensor para aquellos menores que necesitan hacer valer sus derechos, que por cierto le fueron otorgados por la misma ley y por diferentes tratados internacionales. Se trata de un concepto que no se sostiene solo, sino que necesita de toda una estructura legal que lo acompaña. Esto se interpreta en el cambio de mirada que se tiene respecto de la minoridad para que este derecho se haga efectivo, modificando el paradigma por el cual están regidos los menores, dejando de lado la doctrina del sistema tutelar para pasar a la doctrina de la protección integral. Este cambio viene cargado de estándares tales como considerar a los niños y adolescentes sujetos de derecho, personas capaces como regla, con

limitaciones en su obrar atento a la capacidad progresiva que adquieran, la que resulta de analizar el grado en la evolución personal para que puedan tomar decisiones que afectan su vida en base a parámetros reales de desarrollo madurativo, y no teniendo como criterio único un límite etario como ocurre en la actualidad. De manera tal que no se trata solo de incorporar un artículo a la reglamentación vigente para que entre en funciones el abogado del niño, sino que se requiere adaptar todo el sistema del Código Civil para que el derecho del menor a contar con asistencia letrada pueda ser llevado a cabo.

El mismo artículo 27 inciso c de la ley nacional 26.061 determina que el abogado “debe ser preferentemente especializado en niñez y adolescencia”, no siendo una condición de admisibilidad para poder llevar a cabo la función, ya que al decir “preferentemente” marca una preferencia y no un requisito de validez. Sin embargo, atento a las palabras de la ley nacional, lo deseable sería que el letrado interviniente tenga experiencia en el trato con menores para poder llevar a cabo vínculos de confianza con los infantes, siendo prudente que cuente con técnicas que le permitan una buena comunicación con el niño.

Para que el derecho a contar con un abogado se haga efectivo es necesario que los interesados los conozcan, pero ¿cómo pueden conocerlos? La respuesta es sencilla si pensamos en campañas de difusión en el ámbito escolar, o en lugares de concurrencia de los menores como son los centros culturales por ejemplo. Pero no alcanza con informar, además es necesario que la información llegue a ponerse en marcha en la realidad. Es ésta una tarea ineludible del Estado, y aquí se ve las falencias del sistema, cuando se debe pensar en los mecanismos que debe articular el Estado a la hora de hacerla efectiva, siendo éste garante de su cumplimiento. La puesta en marcha de este derecho no se aprecia en la realidad actual, y esto se ve a claras ya que en pocas provincias se halla concretado, un ejemplo de la puesta en marcha se observa en la provincia de

Buenos Aires, más precisamente en el partido de Lomas de Zamora, donde el Colegio de Abogados de esa Localidad, luego de la sanción de la ley provincial 14.568, cuenta con un registro de profesionales especializados en la materia, quienes previamente han sido capacitados en la temática, como en áreas de psicología y psicopedagogía a los efectos de saber cómo tratar a los chicos, dándoles a conocer lo que pueden pedir y lo que no, siendo sus honorarios abonados por el Estado.

En los procesos en los que se halle inmerso un menor, se hace necesario que éstos cuenten con la información para dar respuesta a su problemática, para que con la ayuda de un letrado puedan conocer donde se hallan ubicados en el proceso, cuáles son sus derechos y como lograr que se hagan efectivos. El abogado del niño no solo es un artífice en la defensa de una persona, sino que en este caso particular, al tener como ingrediente extra la participación de un menor, que por cierto es una persona vulnerable, lo convierte en un comunicador y protector del mejor interés para el niño. En esta tarea se debe apreciar con ímpetu el comportamiento ético del profesional atento al trascendental hecho que implica la intervención de un menor.

En el camino a logra los objetivos de su labor, debe tratar de desentrañar los motivos de la conflictiva familiar que concluyeron con su designación, tratando de dilucidar cuales son los objetivos del menor, soluciones que éste percibe, en la medida que su desarrollo y entendimiento lo permitan, siendo parte de su tarea reunirse las veces necesarias con el infante informándole de todo lo acontecido, comprendiendo esto el derecho de información que le asiste al menor, que es ineludible y que se presenta además complementario del derecho de ser escuchado. Las presentaciones del abogado deben ser elaboradas con criterios objetivos, alejados de prejuicios, debiendo contar con la voz del niño, apuntando siempre al contacto directo del menor con el juez, atento al principio de inmediatez que rige el proceso de familia, como así mismo hacer

respetar el derecho de los menores de ser escuchados y de participar en el proceso. Las presentaciones realizadas en un lenguaje sencillo permiten que lleguen a un buen conocimiento de su cliente. En su actividad procesal debe cumpliendo una serie de pautas de conducta como ser: responder a un interés parcial con lealtad hacia su defendido, guardar especial confidencialidad del caso que les es plantado, debiendo llevar la entrevista con el niño de manera privada en lo posible, sin la injerencia de sus padres, es decir desprovista de prisiones y formalidades, lo que va a permitir que el menor se exprese con libertad.

Por otro lado, resulta útil a la praxis procesal distinguir la función del abogado del niño respecto de la que ejercen los representantes del menor tales como los padres, el tutor *ad litem*, o Ministerio de Menores. Se puede expresar primeramente que el abogado del niño no tiene la misión de representar al menor (salvo en caso de cumplir la doble función de tutor y abogado), es decir que no actúa en lugar del infante interpretando su voluntad, su tarea se basa en patrocinar intereses y derechos del propio niño, llevando la postura del menor ante el juzgador, no sustituyendo su voluntad como lo hacen los representantes. Por otro lado la función del letrado es optativa, y no imperativa como ocurre con las instituciones clásicas. Se garantiza a través del abogado del niño que la posición del cliente (menor) sea considerada y transmitida al tribunal correspondiente de manera directa, dando efectividad al derecho de defensa (artículo 18, Constitución Nacional).

2- **El derecho de defensa técnica:**

La ley nacional 26.061 en su artículo 27, ha puesto en cabeza del Estado la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las garantías mínimas que deben observarse en todo

procedimiento en donde los intereses de los menores se encuentren comprometidos, surgiendo entre otros el derecho de los menores a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez desde el inicio del procedimiento. La participación procesal de un menor a través de un abogado, en su esencia está concebida como una garantía en todos los procesos judiciales como en los administrativos.

El abogado es aquel que en su tarea de defensor técnico aboga por los intereses particulares de un menor en un conflicto en que se halla envuelto, y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable al mismo (Rattero, Nadia, 2.013).

El derecho de defensa se puede analizar desde dos posiciones: 1) por un lado el derecho de defensa material, llamada también autodefensa o autotutela, que es el derecho que tiene las partes en un proceso para intervenir en forma personal y directa en las diferentes etapas del mismo, sin la necesidad de representación por medio de un abogado defensor o defensor técnico; 2) la defensa técnica propiamente dicha, que es la realizada a través de un profesional jurídico, es decir un abogado. La defensa técnica presenta dos variables: a) la posibilidad que la parte designe o cuente con un abogado de confianza, y b) el derecho a recibir asistencia técnica de oficio en los casos que la persona no pueda procurarse por sí misma un defensor letrado (García Méndez, Emilio, 2.008).

De lo antes expuesto, es importante hacer mención que la ley 26.061 recepta tanto la defensa material como la técnica (artículo 27), las cuales se encuentran íntimamente conectadas. Respecto a la defensa técnica, es decir a la posibilidad que la ley otorga a los niños y adolescentes de actuar con patrocinio letrado propio a través del llamado abogado del niño, es necesario que la nueva institución armonice su participación con los otros actores, como son los

padres, eventualmente el tutor, asesor, para poder actuar en el escenario jurídico, siendo que todos cumplen diferentes funciones. La ley nacional garantiza la defensa técnica, la cual no opera solamente como un límite al ejercicio abusivo de la patria potestad, sino también como una forma de poner límite a la intromisión abusiva del Estado en la vida privada del niño y su familia.

La garantía de defensa consiste en asegurar la posibilidad de efectuar oportunamente y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas, y contradecir las contrarias, con la seguridad de que sean valoradas en sentencia. El sentido de la defensa técnica está en hacer valer el derecho de los niños a ser oídos, ya que de nada valdría tal derechos si no lo puede ejercer (Rodríguez, Laura, 2.011).

La Constitución Nacional, en su artículo 18, otorga a todo ciudadano el derecho a la defensa en juicio de su persona y sus derechos, siendo ésta una garantía que se halla ubicada el ordenamiento máximo que rige a los argentinos. Y a partir de la nueva concepción de la minoridad, que estipula la doctrina de la protección integral, es indiscutible su aplicación respecto a las personas menores de dieciocho años, atento a que concebidos ahora como sujetos de derechos y capaces por regla, los convierte en beneficiarios de las mismas garantías de las que resultan protagonistas los adultos. Se convierte en una herramienta eficaz para permitir que todos los niños y adolescentes puedan exigir el cumplimiento de sus derechos.

Por su parte La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), llevado a cabo del 7 al 22 de noviembre de 1.969, en su artículo 8 inciso 2, apartado e), hace referencia a las garantías judiciales disponiendo el derecho irrenunciable de toda persona a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación

interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley. En este caso el instrumento internacional de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), no discrimina entre mayores y menores de edad, otorgando el mencionado derecho a “toda persona”, lo cual cabe concluir que comprende a los menores de edad. Derecho este plenamente aplicable a los niños y adolescentes.

El derecho comparado presenta varias experiencias. En Estados Unidos varios estados receptan la figura del guardián *ad litem* ejercido solo por abogados, el que debe ser designado en todos los casos de intervención de menores. En cambio, sólo en escasos estados (Florida, Hawai y Maine) se admite que estos guardianes *ad litem* sean profesionales de otras ramas. La Asociación Americana de Abogados (más conocida por su denominación en inglés, *American Bar Association*), adoptó un sistema de representación denominado, justamente “el abogado del niño”, donde se fijaron ciertas pautas o modelos tales como: 1) que los abogados posean los mismos deberes de lealtad, confidencialidad y competencia que los abogados de adultos; 2) la necesidad de identificar los intereses particulares de sus representados; 3) esforzarse por determinar los deseos del menor y litigar conforme a ellos; 4) si el representado no expresa o no desea expresar sus deseos, es el abogado quien debe determinar y representar sus intereses (García Méndez, Emilio, 2.008). En Australia también rigen varios modelos de representación procesal de niños y adolescentes según el estado que se trate. En Australia Sur, ellos tienen que estar representados en todos los procesos de protección, salvo que el propio niño haya manifestado mediante la debida información previa, que no desea ser representado. En Inglaterra, el representante de los derechos del niño en los procesos judiciales es un fenómeno más reciente en la legislación pero de mayor desarrollo en la práctica. Este país adopta un

sistema mixto conocido como *tandem ad litem*, por lo general un trabajo social especializado y un abogado denominado *solicitor* (García Méndez, Emilio, 2.008).

3- **Designación del abogado del niño:**

La designación de un abogado es un acto personalísimo que como consecuencia los niños tienen el derecho a ejercer por sí mismos, presumiéndose su capacidad procesal para efectuar tal designación. Esta libertad de elegir a su abogado le permite al niño construir una relación de confianza con aquel profesional que va a ayudar a que sus requerimientos sean debidamente llevados a cabo, siendo la libre designación un derecho del niño. En el caso que el menor no ejerza este derecho a la libre elección, el Estado deberá proceder a designar uno de oficio, cuando la situación lo amerite, a pesar de no contar el menor con madurez suficiente, ya que está comprometida la garantía al debido proceso (Rodríguez, Laura, 2.011).

De esta manera para el niño es optativa la designación de un abogado de su confianza, pero para el Estado no lo es, por lo tanto siempre que la situación lo exija se debe proporcionar al niño un abogado cuando se hallen comprometidos sus intereses personales. Si bien la ley nacional 26.061 no legisla sobre la designación del letrado, analizando la mirada en la doctrina de la protección integral, y teniendo en cuenta la capacidad progresiva de niños o adolescentes, el suscripto compartiendo el criterio de Rodríguez, considera acertado que sean los menores los indicados en elegir su propio abogado defensor, e impartirle las instrucciones que crean convenientes cuando el grado de autodeterminación así lo permita. En caso de no contar con la madurez necesaria esa asignación podría ser suplida primeramente por los padres cuando no implique la violación de derechos de sus hijos. Finalmente será el juez el encargado de acudir a

este recurso, previo al análisis del caso concreto, y luego de comprobar que tal asignación es necesaria a los fines del proceso para la defensa de los derechos de los menores.

El magistrado actuante debe determinar: 1) que la elección que llevo a cabo el propio menor se realizó con total libertad sin influencias externas, y 2) en el caso que la elección fue llevada a cabo por los padres, que no se hayan violado derechos personalísimos de los menores, y no existan intereses contrapuestos. Sin embargo, de presentarse alguna de las situaciones nombradas en los puntos 1 y 2, será deber del juez designar de oficio un abogado, si determina que tal participación es indispensable a los fines del proceso, develándose esto luego de haberse cumplido el requisito de oír al niño o adolescente. Ante la supuesta circunstancia de hallarse el menor en ausencia de autodeterminación, y de acreditarse influencias externas sobre los menores, tales como podrían ser la de los padres, además del letrado participante, deberán entrar en juego la figura de la tutela.

Surge a partir de tal circunstancia, una solución práctica a los fines procesales, consistente en que las funciones del tutor y del abogado se reúnan en una misma persona, quien deberá cumplir una doble tarea (la de tutor y abogado), o bien en personas distintas, quedando esto a criterio del juez interviniente. En pensamiento del redactor de estas líneas, el conglobar en una misma persona de las figuras del tutor *ad litem* y el abogado del niño trae como beneficio, por una parte evitar en la praxis procesal la participación masiva de instituciones, reduciendo el desgaste innecesario de herramientas jurídicas, y por otro lado respecto del niño o adolescente, impide que el menor se sienta avasallado, apreciando que la cristalización de los pareceres del menor se podrían ver nítidamente concretados con la participación de una sola persona, que a modo de confesor, pueda llevar los deseos del menor ante el juzgador.

El magistrado es quien deberá tomar las precauciones apropiadas para que el abogado patrocinante del menor no resulte de la órbita de influencia de alguno de los padres o persona que ejerza alguna potestad sobre el niño. Esta influencia puede ser evitada si los abogados de los niños son elegidos de un listado de profesionales especializados en niñez designados por el Estado en base a criterios de selección, a fin de garantizar la idoneidad e independencia de los profesionales disponibles, considerando que debería ser subvencionado por el Estado, al igual que sucede con un defensor oficial. Así acontece en la Capital Federal por medio del Colegio Público de Abogados, que en el año 2.007 puso en funcionamiento un servicio jurídico gratuito denominado “Registro de Abogados Defensores de Niños/as y Adolescentes”, compuesto por profesionales interesados en asistir y defender a niños y adolescentes, conformando una posición independiente en el proceso en que les toque intervenir. En su labor se desataca la tarea de conocer las necesidades del menor y analizarla para posicionarlo en el litigio. La elección del abogado puede estar a cargo del niño de acuerdo al grado de autodeterminación personal, de sus representantes legales, o bien ser dispuesta por el juez, el que deberá contar con un listado de los miembros del registro.

En menester destacar que en la evaluación de la capacidad progresiva del niño, y en la determinación de la necesidad de contar con un abogado patrocinante, es importante la intervención de un cuerpo interdisciplinario, compuesto por psicólogos, asistentes sociales, terapeutas, etcétera, y de un amplio informe al respecto, que conformando un análisis integral del menor determinen esa necesidad y no sea minimizada en una sola conducta del niño como podría ser un simple capricho. Es necesario que el equipo interdisciplinario de profesionales perteneciente al tribunal escuche al menor para evaluar su independencia, madurez y comprensión en la elección de su abogado patrocinante (Alé, Romina, 2.012).

Respecto a la validez de la designación, se planteó la discusión acerca de si todo niño puede actuar con patrocinio letrado o si el ejercicio de ese derecho está reservado a quién alcance una cierta edad, atento a lo que dispone el Código Civil. Hay que mencionar que el artículo 27 de la ley 26.061 se refiere a niñas, niños y adolescentes sin efectuar distinciones entre los menores, lo que hace presuponer que el derecho se establece en favor de todos los niños y adolescentes. Asimismo la ley nacional en el artículo 28 prescribe el principio de no discriminación e igualdad, mostrando las previsiones de la ley que debe aplicarse por igual a todos los menores sin discriminación. Sin embargo el Código Civil crea un sistema de incapacidad de la minoridad por el cual solo aquellos que alcancen la edad de catorce años podrían contar con tal beneficio al reunir el requisito de edad necesaria para discernir respecto de los actos que realiza. La designación del abogado del niño origina controversias doctrinarias y jurisprudenciales, siendo la primera abordada en el próximo apartado, mientras que las posturas jurisprudenciales han de ser desarrolladas en el capítulo quinto.

4 Corrientes de pensamiento que plantean el momento a partir del cual un menor puede designar un abogado patrocinante:

Se plantea la discusión respecto al momento a partir del cual el menor puede ejercer el derecho a designar su abogado patrocinante, existiendo distintas posturas doctrinarias las que no son coincidentes.

Por un lado se encuentran aquellas posiciones basadas en la aplicación del Código Civil, que comprenden desde aquellos criterios que niegan la participación del menor, hasta las que sostienen que la elección del letrado la debe realizar el niño o adolescente cuando llegue a la

edad de catorce años, fundadas en el régimen de capacidad e incapacidad propio de nuestro Código, quien toma como único elemento a tener en cuenta la edad biológica. El Código Civil establece un único parámetro de carácter rígido, vinculado a edades cronológicas, clasificando a los menores en dos grupos: por un lado los menores impúberes, de cero a catorce años de edad, con una incapacidad absoluta, y por otro lado los menores adultos, de catorce a dieciocho años de edad, contando una incapacidad relativa.

De acuerdo al Código Civil, para que un menor esté en juicio por si solo requiere de un hecho voluntario, considerando que los hechos humanos se clasifican en voluntarios e involuntarios, siendo los primeros aquellos ejecutados con discernimiento, intención y libertad. Se presume que los actos lícitos realizados por menores adultos, es decir aquellos que han cumplido la edad de catorce años (artículo 127) son realizados con discernimiento (artículo 921) y por lo tanto son voluntarios. De esta manera la designación del abogado un acto lícito que necesita de la voluntad del menor, tomando el Código un criterio rígido y objetivo al fijar una edad a partir de la cual se presume *iuris et de jure* (sin admitir prueba en contrario), que un sujeto ha obrado con discernimiento.

De manera tal que para el Código Civil la autorización para estar en juicio dada por los padres o bien judicialmente, solo puede otorgarse a partir de los catorce años cumplidos, ya que el niño menor de esa edad carece de discernimiento para los actos lícitos y por lo tanto no podrá designar e indicarle a su patrocinante cuáles son sus intereses en el pleito. Por debajo de los catorce años, la representación corresponde a los padres, tutores y al Ministerio de Menores, pudiendo el juez además designar un tutor *ad litem*, ante la falta de representación necesaria.

El poder determinar si un niño o adolescente puede discernir los actos que realiza es de trascendental importancia ya que en virtud de esto gira la discusión doctrinaria al momento de reconocer no solo su participación en el proceso judicial o administrativo, sino también la posibilidad de elegir al profesional letrado que lo asistirá.

Por otro lado se hallan las posturas enroladas en la aplicación de la ley nacional 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño que amplían los derechos de los menores, pregonando una capacidad sujeta a la progresión del niño o adolescente, es decir medible en términos de madurez y desarrollo personal, no encontrándose reducida a edades referenciales, sino al nivel de autodeterminación alcanzado, al entendimiento del menor, siendo el parámetro indicador la “capacidad progresiva”. A través de la aludida legislación nacional e internacional se propone que la elección del abogado del menor se lleve a cabo por el propio niño o adolescente si ha alcanzado el grado de madurez que le permita comprender los actos que realiza, por lo que al no establecer una edad determinada para llevar a cabo tal designación, su límite es el grado de autodeterminación, y no la edad de catorce años, resultando de esta manera factible que un menor de catorce años elija su propio abogado defensor.

Finalmente se encuentran aquellas posiciones que intentan acercar las dos posturas antagónicas que se han mencionado, buscando conjugar ambos sistemas a fin de lograr el mejor interés para el menor.

Entre las posturas destacadas se menciona al doctrinario Augusto Belluscio, citado por Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa (2.012), quien afirma que no es aceptable que la opinión del niño deba ser tomada en cuenta para arribar a una decisión que lo afecte, ya que los menores de edad son personas que no han alcanzado su pleno desarrollo. Sí es

admisible que el juez escuche al menor, pero no concibe que pueda decidir sin la conformidad de sus mayores, sean sus padres, tutor o el propio juez, apreciando que la participación activa del menor en todo procedimiento y el derecho a recurrir a decisiones que lo afecten no es posible que sean ejercidas ya que la legislación procesal y la propia incapacidad del menor lo impiden.

Úrsula Basset, citada por Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa (2.012), al referirse al artículo 27 de la ley 26.061 comenta que hasta los catorce años los menores son incapaces absolutos de hecho y por ende solo pueden actuar a través de un representante, se ubica en contra de la ley 26.061, expresando que los menores no pueden elegir abogados patrocinante en virtud de lo dispuesto en los artículos 54 y 127 del Código Civil. Esta doctrinaria ha sostenido que debido a que las normas relativa a la representación de los menores no fueron derogadas por la ley 26.061, debe entenderse en el sentido que la ley nacional pretendía una interpretación armonizante, por lo que si hubiera querido desplazar la representación de los padres o tutores, o adelantar la capacidad jurídica para contratar, debió haberse derogado las normas que regulan en sentido contrario. En una interpretación armonizante, la designación de un letrado por parte del niño solo se podrá llevar a cabo en la medida en que se verifique que el menor tenga capacidad jurídica para designar un abogado que lo patrocine, lo cual sucede recién a los catorce años, que además medie oposición entre los intereses de los menores y los de sus representantes, y que dicha representación no perjudique el interés superior del niño.

Por su parte Gustavo Moreno (2.012), manifiesta que si el Código Civil establece que los actos lícitos de un menor que no ha alcanzado la edad de catorce años se consideran realizados sin discernimiento, y la figura del abogado del niño importa la actuación directa del niño, donde

su letrado patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño sin sustituir su voluntad, un niño menor que no ha llegado a la edad de catorce años y que legalmente no tiene discernimiento para los actos lícitos, jamás podrá indicarle a su abogado cuáles son sus intereses en el pleito. Por ello, considera que recién a partir de los catorce años un menor podrá estar en juicio con su propio abogado defensor, siendo para este autor la edad de catorce años el punto de partida para designar un abogado patrocinante. Pero por otro lado Moreno establece una excepción, brindando una salida o solución para incorporar la participación procesal de un niño menor de catorce años, la cual estaría dada en un caso concreto, donde a partir de informes interdisciplinarios, se establezca que el niño entiende claramente el contenido y alcance de su petición, pudiendo formarse un juicio propio. Para llevarlo a cabo, será necesario que el abogado patrocinante o Ministerio Público que proponga la designación, plantee la declaración de inconstitucionalidad de la presunción del artículo 921 del Código Civil que fija el discernimiento para los actos lícitos en catorce años, por ser contradictorio al artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, que promueve la autonomía progresiva del niño para el ejercicio de sus derechos.

En una postura intermedia, Daniel D'Antonio, citado por Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa (2012), resalta que el menor es un incapaz, lo que le permite obtener protección por parte de los adultos legitimados, pero por otro lado reconoce que el sistema incorporado por la ley 26.061 de protección integral, le permite al niño o adolescente ejercer sus derechos teniendo en cuenta su desarrollo, que si bien lo considera más justo, presenta dificultades en cuanto al hecho de tener el menor demostrar la evolución de su madurez. Al haberse incorporado la Convención al derecho interno y obtener jerarquía constitucional, el

Código Civil debe dar lugar a esta nueva capacidad del menor, proponiendo un sistema mixto entre las legislaciones mencionadas.

En una postura favorable a la armonización de las disposiciones del Código Civil y la ley 26.061 se muestra Mauricio Mizrahi, citado por Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa (2.012), para quien la ley 26.061 establece una nueva capacidad llamada “capacidad progresiva”, referida a los actos que el niño o adolescente puede ejercer por sí, en función a su desarrollo y madurez, lo que obligará a los jueces a no ajustarse a la literalidad de los artículos 54 y 55 del Código Civil. Mizrahi asume una posición más flexible y coherente respecto a la participación del niño en el proceso, considerando aceptable que un menor nombre un abogado cualquiera fuese su edad. En caso que la designación del letrado fuese llevada a cabo por parte de la justicia, existirá ésta posibilidad en la medida que el niño cuente con la respectiva madurez y no aspire a designar él mismo su propio abogado. En este supuesto, tal designación estará sometida a juicio de mérito del juez. El autor expresa que la intervención del abogado implicará que la opinión del menor sea considerada de una manera distinta sin que sea arrastrada por otras, engrandeciendo de esta manera un nuevo interés que es el propio del niño o adolescente en atención directa por parte del juzgador.

Faroni, Fabián (2.011) por su parte sostiene que tanto la Convención de los Derechos del Niño como la ley 26.061, no establecen una edad determinada para poder designar su propio abogado defensor, se deberá en cada caso valorar la madurez y el grado de desarrollo del niño, teniendo en cuenta su capacidad progresiva. Dice este autor que es inadecuado reconocer el derecho a designar abogado defensor a partir de los catorce años de edad como lo discute la jurisprudencia y doctrina nacional, pues implica efectuar una distinción entre niñas, niños y adolescentes mayores de catorce años y menores de dicha edad, cuando la ley no lo realiza.

Por último, se encuentra la postura encabezada por el doctor Solari, Néstor (2.009) quién reconoce el derecho de todo niño a contar con defensa técnica cualquiera fuese su edad, sosteniendo que la designación de un abogado patrocinante se dará en todos los casos en que el menor tenga intereses en el proceso que lo involucra, sin importar su edad biológica. De esta manera la asistencia de un letrado no se encuentra condicionada a la edad del sujeto menor, ya que constituye una garantía mínima del procedimiento, por lo que a su criterio la designación debe efectuarse desde el inicio del procedimiento sea de índole administrativo o judicial en que deba intervenir.

Habiendo considerado las distintas posiciones doctrinarias, es factible concluir que conforme al Código Civil, un joven de catorce años de edad podría designar un abogado patrocinante al resultar habilitado por el artículo 127 del cuerpo legal citado. Pero esto nos lleva a preguntarnos ¿qué sucede con los menores que no han alcanzado la edad de catorce años?

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto sobre la nueva doctrina de la capacidad progresiva, el subscripto se inclina dentro del pensamiento que reconoce que aquellos menores que no han alcanzado la edad de catorce años, no pueden ser privados de un abogado por el solo hecho de no alcanzar una edad determinada, ya que se trata de una discriminación de carácter arbitraria en perjuicio de este sector poblacional tan vulnerable como lo son los niños, siendo además anticonstitucional, al hallarse en franca oposición a lo normado en el artículo 18 de la Carta Magna que estipula el derecho de defensa. Amén de ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que en su artículo 8 inciso 2, apartado e), refiere a las garantías judiciales disponiendo el derecho irrenunciable de toda persona a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, sin distinguir entre adultos y menores. Finalmente resta agregar, que la negación de un letrado patrocinante a todo menor, atenta contra

el orden constitucional al no respetar la jerarquía que desde el año 1.994 se le brindó a la Convención de los Derechos del Niño ubicándola en el mismo umbral que nuestra Carta Magna, considerando la norma internacional que el menor es un sujeto de derecho, con capacidad progresiva, siendo la preocupación fundamental el interés superior del niño (artículos 5,12 y 18). De manera tal que la designación de un letrado es una exigencia del derecho constitucional e internacional, por lo que no puede prescindirse de su actuación en cuestiones que vinculen derechos de los menores.

Un criterio a tener en cuenta para la admisión del abogado patrocinante por parte de todos los menores sin distinción de edad, es considerar que tanto el sistema tutelar del Código Civil como el sistema de la protección integral que propone la Convención, han sido pensados teniendo como objetivos entre otros aspectos, proteger la infancia de las disputas en que los menores resulten involucrados, por lo que no parece constructivo un mensaje en el que se restrinjan derechos o limiten las prerrogativas otorgadas a los menores.

Resulta de importancia mencionar que si bien la doctrina de la protección integral propia de la Convención de los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061, avanzan en el sentido de dejar atrás los límites etarios y basarse en circunstancias propias de cada niño o adolescente en particular para admitir la intervención del abogado del niño, como punto frágil del nuevo paradigma se puede ver que la subjetividad del sistema deja un amplio margen para el actuar discrecional del juez al momento de efectuar la valoración sobre la admisión o no de la defensa técnica, lo cual requerirá un amplio control.

5- ¿Quién abona los honorarios?

Uno de los aspectos de importancia relacionados con la designación del abogado del niño, es el relativo al pago de los honorarios del profesional.

Se han lanzado voces en atención a esto, sosteniendo que los honorarios del letrado deben ser soportados por los padres del menor, tratándose de un gasto que les corresponde a los progenitores en virtud de los términos del artículo 265 del Código Civil, al estar los hijos menores sujetos a la autoridad y cuidado de éstos (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, 2.012).

Ante la ausencia de recursos, la propia ley, salvando esta situación, establece que los honorarios deberán ser soportados por el Estado, siendo éste el órgano que subvencionará las necesidades de sus habitantes. Esto se puede apreciar en el artículo 27 incisos c, segundo párrafo de la ley 26.061 al establecer que el Estado debe garantizar a los niños y adolescentes entre otros derechos, el de contar con un letrado que lo asista, y ante la falta de recursos, “asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”. Así se efectiviza el derecho del menor a la asistencia letrada, salvando el escollo que puede significar la falta de medios económicos, teniendo el menor una segunda alternativa, la que se concreta en la oficiosidad de la actuación judicial.

Por su parte, el decreto reglamentario 415/2006 que regula la actividad de la ley nacional 26.061 convocó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adoptar las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios públicos gratuitos, pudiendo recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades. El decreto reglamentario 415/2006 abre la posibilidad de que los Estados provinciales financien por ejemplo, organizaciones de carácter no gubernamental

o colegios de abogados para la defensa de los menores, como una forma de llevar a la realidad la figura del abogado del niño, respetando la independencia de elección del menor.

Actualmente este anhelo del Estado no fue llevado a la realidad en gran parte de Argentina, pero sería deseable que cada provincia disponga de funcionarios públicos destinados a ejercer la tarea que compete al abogado del niño, ya que de nada sirve el gran esfuerzo en crear una ley si no puede ser llevada a cabo. A pesar de lo mencionado, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se hizo eco de la nueva realidad de la minoridad, y en la ejecución del decreto mencionado puso en marcha a través de las llamadas Defensorías Zonales un sistema de asesoramiento gratuito a niños y adolescentes, para que llegado el caso puedan ser patrocinados conforme lo prescribe la ley nacional 26.061 (artículo 70 inciso g, ley 114).

A comentario personal, los profesionales deben recibir una retribución por su tarea. La gratuidad a la que hace referencia la ley no implica una labor *ad honorem* por parte de los letrados. La actuación gratuita de los abogados podría en algunos casos ser parte de una formación específica, pero nunca debe ser la regla, ya que se trata de profesionales que deben ser valorados en atención al delicado campo en el que se desenvuelven, siendo los menores el sector poblacional de características tan vulnerables que necesitan que se realice por parte de los letrados una buena práctica. La remuneración que recibe el profesional como contraprestación por la labor realizada es la mejor forma de dignificar su labor, y respetar por su profesión.

En atención al surgimiento de la ley 26.061, y la aparición de nuevas concepciones e instituciones como es la figura del abogado del niño, se aprecia necesario que los fueros de familia sean estructurados a fin de dar lugar a los nuevos extremos legales, con el objetivo de que los órganos existentes se ajusten a las previsiones de la ley nacional.

En el esquema de la ley 26.061, se nombran algunas facultades y pautas genéricas de procedimiento como garantías del debido proceso, que por sus importantes efectos sociales y cambios institucionales han producido polémica. Generalmente existen resistencia de la sociedad a los cambios, y desconfianza en la implementación de nuevas metodologías, pero hay que pensar que cuando ese cambio se lleva a cabo con los ojos puestos en mejorar la sociedad, son fructíferos sin son bien utilizados. Crear mayor igualdad en los sectores de la población es el camino para evitar la discriminación, y ello se logra superando las viejas desigualdades discriminatorias para con los menores, lo que no significa tampoco darles el poder de determinar los destinos de la sociedad, creado una especie de “paidocracia” o gobierno de los niños, ni hacer apología de la desobediencia.

6- Conclusión:

Se llegó al corazón de la presente obra, desarrollando el tema central que implicó el análisis de la figura del abogado del niño. El lector pudo apreciar la importancia que esta nueva institución tiene en la vida de los menores. El estudio pormenorizado que ha llevado este capítulo, se fundamentó no solo en comprender en que consiste la figura del abogado patrocinante y sus caracteres, sino también si es necesario llevarla a la vida real.

El recorrido normativo desarrollado hasta el momento, no tuvo como objetivo calificar un artículo de la ley nacional 26061, sino en analizar la misma para mostrar cómo se hace necesario en la vida del niño o adolescente la figura procesal aludida, que junto a su norma madre que es la Convención de los Derechos del Niño, brindan un nuevo panorama a la jurisdicción y a la sociedad.

La tarea principal del abogado, es llevar ante al juez la voz de su patrocinado haciendo valer sus derechos y garantías, pero en este caso la voluntad no es interpretada como sucede con los representantes del menor, sino que llega de manera directa al magistrado. Se trata de un enorme avance en materia de minoridad al hallar el camino para que los derechos de los menores se hagan valer, tal como debe ser, es decir por quien es el principal afectado. Para este logro no alanza con el surgimiento de una nueva figura legal, sino que requiere del acompañamiento de un sistema acorde a la nueva visión de la minoridad, lo que implica una transformación del régimen que guía al Código Civil.

En la tarea de llevar a cabo su labor, el abogado debe especializarse en niñez y adolescencia a los fines de perfeccionar su tarea, no se trata de un requisito de admisibilidad, pero si es una pauta que a criterio personal debe ser llevada a cabo para profesionalizar la nueva aplicación que tiene la profesión. No se debe tomar a la ligera esta nueva manera de apreciar la minoridad, los menores son sujetos de derecho que deben ser respetados como tales, tal como sucede con un adulto.

La labor del abogado del niño, se encamina a lograr que los derechos del menor se hagan valer, pero con la participación de este último. Aquí cobra importancia el actuar ético del letrado, en relación al respeto y fidelidad para con su defendido, cobrando un peso significativo el valor de su trabajo.

Como se ha visto, la ley otorga a todo niño y adolescente la posibilidad de actuar con patrocinio letrado a través de la figura del abogado del niño. No opera solo como un límite a los padres u otras figuras del proceso, sino también como un freno a la intromisión del Estado en las decisiones que tienen que ver con la vida del menor.

El punto cardinal en la designación del letrado, se halla en el grado de autodeterminación del menor, en su capacidad progresiva, y no en su edad biológica. Este criterio es compartido por el suscripto, mencionando que: 1- la ley 26.061 tiene como misión hacer operativa la Convención de los Derechos del Niño, esta última con idéntica jerarquía que la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 22), 2- el derecho de defensa se halla dispuesto en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, la cual además dispone en su artículo 16 el principio de no discriminación al hablar que todos los habitantes son iguales ante la ley, y que diversos instrumentos internacionales refieren al derecho de defensa sin discriminación, y 3- además de lo mencionado, el punto central que a título personal hay que tener en cuenta, es el fin para el cual fue creada la norma, y esto se resume en el mejor interés para el menor, el ahora llamado interés superior del niño. Es en este punto donde coinciden la doctrina de la situación irregular que guía al Código Civil, con la doctrina de la protección integral que embandera la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, ya que si bien en un principio, cuando surgió nuestro Código Civil en la mentalidad del legislador se advirtió que el sistema creado era lo mejor para el niño de su época, hoy se aprecia que no lo es. Ahora, el interés superior del niño, o el mejor interés para el menor necesita un amparado desde otro lugar, que involucra a un menor de edad activo, un niño o adolescente presente en los asuntos que lo afectan, y esto lo puede lograr a partir de la capacidad que adquiera, o no habiéndola alcanzado puede no obstante hacer llegar su voz ante la autoridad. De esta manera se aprecia que siempre se buscó proteger a los menores, pero hoy se observa la necesidad de un cambio en esa protección.

Respecto al financiamiento del abogado, a criterio personal, si bien el Código Civil estipula que los honorarios del letrado corresponden ser abonados por los padres (artículo 265), y que la ley nacional 26.061 lo complementa al decir que ante la falta de recursos debe ser

soportado por el Estado, quien redacta estas líneas considera que debe haber una regla al respecto y esa regla debería ser la gratuidad, fundado en que: 1- es la manera de independizar definitivamente la elección del letrado, evitando la influencia que pueden ejercer los adultos al tener que afrontar tales gastos, y 2- proteger el patrimonio del menor, ante la disminución por el uso del recurso jurídico, que podría incluso ser mal utilizado, teniendo en cuenta la posible ligereza o inexperiencia del infante. El acceso a un abogado patrocinante, es un gasto que debe subsidiar el Estado, atento que el menor es una personas en desarrollo que por su propia condición se halla vulnerable. En esta tarea los colegios Públicos de abogados son la respuesta justa para ello, tal como se implementó en la provincia de Buenos Aires.

Capítulo 4: Ámbito de aplicación de la ley

El ámbito de aplicación de la ley tiene una significativa importancia, permitiendo visualizar en la praxis la correcta utilización del derecho de fondo. En este capítulo se desarrollarán dos temas fundamentales que complementan y concluyen esta obra, los cuales son: 1- por un lado la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al orden interno, donde se describirá desde el nacimiento de la norma internacional, y como a través de un proceso de evolución legislativa concluye con la sanción de la ley nacional 26.061, y 2- que refiere al orden jerárquico de las normas, adentrándonos definitivamente en la aplicabilidad de la norma al caso concreto. Este análisis acerca del sistema piramidal y orden de prelación de las leyes, permite que los partícipes de un proceso, donde se halle involucrado un menor de edad, tengan en claro el modo en que deben proceder, sabiendo que las normas que protegen a los niños y adolescentes no son optativas o facultativas, sino que tiene un carácter imperativo.

La sociedad necesita de un orden jurídico que la contenga y encamine. El ordenamiento jurídico debe ser respetado, y es en el análisis del orden jerárquico de las normas donde se vislumbra el correcto actuar no solo del juez a la hora de resolver un problema que afecte a un menor, sino además de todos aquellos que participan del proceso en el que se halle involucrado un niño o adolescente.

1- Incorporación de la Convención de los Derechos del Niños al orden interno:

La redacción y consecuente aprobación de la Convención de los Derechos del Niño llevo una década en hacerse efectiva. Los primeros escritos datan del año 1.979, y su aprobación se concretó luego de diez años. Se trata del instrumento internacional de Derechos Humanos

ratificado por una gran cantidad de países del mundo. Esta normativa ha ingresado al derecho argentino mediante la sanción de la ley 23.849 en fecha 27/09/1.990, y ha sido jerarquizada dándole rango constitucional mediante el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, tras la reforma de la Carta Magna en el año 1.994.

En su carácter de instrumento normativo, es el de mayor interés, relevancia y jerarquía en materia de minoridad. La Convención ha marcado un antes y un después en la concepción de la infancia y la adolescencia, al construir una nueva legalidad e institucionalidad para las niñas, niños y adolescentes. El valor fundamental de la Convención radica en que inaugura una nueva relación entre niñez, estado, derecho y familia. A esta interacción, se la conoce como el modelo de la “protección integral de derechos”, considerando a los menores como sujetos de derechos y no objeto de protección (Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, (2.012).

En su aspecto vinculante se puede mencionar al artículo 2 primer párrafo que expresa: “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....”.

A pesar que la Convención ha ingresado el derecho interno y posteriormente adquirió el estatus que la jerarquizada en el mismo nivel que nuestra Constitución Nacional, no resulto suficiente a los fines para la cual fue creada. Se requirió el compromiso efectivo de nuestro país para darle el valor que necesariamente debía tener, sin el cual todo quedaría resumido a simples anhelos.

La tarea de efectivizar la Convención, se llevó a cabo el 28/09/2.005 con la sanción de la ley nacional 26.061, denominada “ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes”, la cual adecuándose a las disposiciones internacionales establece en su artículo 2 que:” La

Convención de los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial, o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”. La sanción es nuestra ley nacional se produjo luego de quince años de espera desde que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es aprobada en el orden interno. Esta demora se ha visto demasiado prolongada si se analiza que su aprobación tenía la trascendental tarea de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación asumida por Argentina quince años antes. La aplicabilidad de la referenciada normativa internacional se aprecia en su artículo 4, la que expresa: “los Estados Partes adoptaran todas las medidas administrativas, legislativa y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por la presente Convención”. A todo ello se le suma un hito importante, que se produce en el año 1.994 cuando la Convención adquiere jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22).

Respecto a la ley nacional 26.061, ésta tiene por objeto hacer operativa la normativa de la Convención de los Derechos del Niño, siendo aplicable en toda la Nación. Se aprecia aquí el vínculo que existe en derecho entre lo principal y lo accesorio, siendo que la ley nacional juega como un accesorio de la normativa internacional, ya que legisla el contenido de su norma madre que es la Convención de los Derechos del Niño, con las mismas consideraciones. La ley nacional tuvo por objeto concretar el cumplimiento a los compromisos internacionales que se derivaban de la ratificación por parte de Argentina en el año 1.990.

A pesar del gran peso normativo de la Convención de los Derechos del Niño, y la consecuente obligación de la Nación de cumplir con lo establecido en las convenciones internacionales que se dio a partir del año 1.994 con la reforma de la Carta Magna por medio del artículo 75 inciso 22 de pactos, tratados, convenciones internacionales de derechos humanos que

regulan algunos aspectos propios del derecho privado, se apreció una tibia participación interna por parte de nuestro país, buscando siempre una armonización entre el derecho interno y el internacional en cuanto a los nuevos valores y principios que incorporaba la Convención.

La Constitución Nacional, respecto de la normativa internacional, dispuso en su artículo 75 inciso 23 párrafo primero: “corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños...”.

Nuestra Constitución Nacional ha introducido en la cúspide de su ordenamiento un nuevo espacio normativo que es la protección integral de los niños y adolescentes, asumida como una responsabilidad del Estado. La incorporación de la Convención a nuestro derecho, vino cargada de una nueva visión de la minoridad, habiendo construido un nuevo modelo conceptual de la niñez y adolescencia, en beneficio obviamente de este sector social tan vulnerable que son los menores de edad. Además de levantar como bandera los derechos y garantías de carácter irrenunciables para los menores, exige transformar los criterios que tradicionalmente se han llevado a cabo en la práctica por parte del actual Código Civil. Propone por su parte abordar y concebir un nuevo cuerpo de normas teóricas y prácticas que lleven a la efectivización de la protección integral de los derechos de los niños como un verdadero sujeto de derecho, con el objetivo de colocarlo como parte esencial en la sociedad y no meramente como un objeto receptor de las medidas tutelares o asistenciales por parte del Estado.

A pesar de los grandes esfuerzos de quienes instaron por los derechos que la Convención reconoce a los menores, lo cierto es que no se pueden llevar a la práctica de manera óptima si no

lo es a través un régimen legal específico en la materia, llevado a cabo por parte de cada país miembro. De esta manera nació para los argentinos la ley nacional 26.061, la cual tuvo como norte los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño, y que precisamente es llamada Ley de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes. Es en este cuerpo legal donde se regulan el accionar de los órganos administrativos y judiciales de aplicación, estableciendo los lineamientos precisos de las políticas del Estado en la materia y criterios de intervención teniendo en cuenta el derecho fundamental del niño de ser escuchado. El surgimiento de la ley nacional 26.061 constituyó un acto de significativa importancia en el proceso de adecuación del sistema normativo argentino al modelo que instituye la Convención de los Derechos del Niño. Dicho proceso sin embargo aún no se encuentra concluido, ya que si bien Argentina abre una puerta para el ingreso de la Convención, no significa que se trate de un proceso consumado. A pesar de haber transcurrido casi diez años desde la sanción de la ley nacional, todavía está en marcha el proceso de su puesta en actividad.

Si bien el sistema de organización federal plantea la necesidad de adecuar las legislaciones provinciales a lo dispuesto por la ley nacional, y a pesar que la mayoría de las provincias ya cuentan con una ley al respecto, solo escasas excepciones provinciales han efectivizado en su realidad social y concreta la tarea de la puesta en práctica, siendo un ejemplo de efectivización operativa la provincia de Buenos Aires.

La falencia a lo planteado se halla en la falta de políticas públicas al respecto. Es tarea de las Provincias complementar con normativa local la ley 26.061 a manera de adaptar sus disposiciones a las realidades zonales. Es preciso, por razones de celeridad y economía procesal, que se adopten los pronunciamientos necesarios en todos aquellos sucesos que afecten derechos

de los niños, siendo una de las características del justo proceso, que la decisión de la causa se realice en tiempo razonable.

A través de la nueva concepción de la minoridad, se rescata el principio de la igualdad que se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, precepto este que no rige solamente para los adultos, sino además para los niños entre sí y con respecto a los primeros. La igualdad consiste en aplicar a los casos concurrentes la ley según las diferencias que de ellos surjan. Esta igualdad toca nuestro tema de estudio “el abogado del niño”, el cual debe ser utilizado por todos los menores que los necesiten al igual que cualquier adulto.

Por todo lo expuesto se aprecia que la Convención de los Derechos del Niño es una norma en condiciones de inmediata operatividad, debiendo actuar como primera directiva en todas aquellas cuestiones que afecten a niños o adolescentes, dejando en segundo plano aquellas disposiciones que se encuentren en colisión a la normativa internacional.

La Convención es un hito fundamental en la historia de los derechos del niño, y a través del postulado de la protección integral se los considera sujetos de derechos y no simples receptores de acciones asistenciales o de control ejecutadas por el Estado, es decir simples objetos de protección tal como lo ve la doctrina de la situación irregular.

La Convención y los diferentes Pactos Internacionales que se han incorporado a nuestro derecho, son exponentes de un cambio de mentalidad y madurez de la comunidad mundial que se registra desde ya hace tiempo, siendo que no se limitan solo a reconocer derechos sino además en definir el compromiso para llevarlos a la práctica en la vida real.

Algunas consideraciones importantes que se desprenden de la ley 26.061 en atención a su misión de hacer efectiva la Convención, se pueden mencionar: 1- Otorga unidad a la legislación

protectora de los derechos del niño que anteriormente se hallaba dispersa en normas nacionales y provinciales, 2- Reivindica la Convención de los Derechos del Niño, dándole preeminencia como pauta de carácter obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto a los niños o adolescentes, 3- Instituye como paradigma principal el interés superior del niño, definido como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" (artículo 3), y reitera los contenidos constitucionales explicados como así mismo los emergentes de la Convención de los Derechos del Niño.

2- Orden jerárquico de las normas:

Este apartado tiene por objeto analizar la prelación de las normas que regulan el tema en estudio, lo cual permitirá determinar la correcta aplicación de la legislación al caso concreto. Ya se ha estudiado como la Convención de los Derechos del Niño ingresó a nuestro derecho nacional, sumando ahora a ello el grado de utilidad o aptitud en relación a nuestra Constitución Nacional. Asimismo se estudiará el valor del Código Civil Argentino ante las prenombradas legislaciones, y como juega con respecto a la ley nacional 26.061. Se busca en definitiva desentrañar el aspecto práctico de esta obra, determinando si un menor de dieciocho años puede por sí mismo designar su propio abogado patrocinante con independencia de sus progenitores. Si bien en el desarrollo del presente ya se ha analizado el derecho del menor a designar a título personal un abogado patrocinante, o que le sea designado atento a las circunstancias que atraviese el niño o adolescente, es en este apartado donde se aclarará, dilucidándose las normas que el orden jerárquico muestra como aplicables.

Como punto de partida es dable referenciar que las normas jurídicas no se encuentran aisladas entre sí, sino que se relacionan o mejor decirlo se interrelacionan en un sistema legitimo tanto internamente como externamente, denominando a este sistema “ordenamiento jurídico”. Este ordenamiento cuenta con normas materiales o sustantivas y normas adjetivas que las llevan a la práctica. Ahora bien, el ordenamiento interno está presidido por la Constitución Nacional que es la fuente primera de todo nuestro derecho, se trata de la fuente creadora de la que emerge el derecho interno. La Constitución Nacional es la primera norma a tener en cuenta, siendo productora de fuentes normativas, y al encontrarse en la cúspide, define que norma es válida y vinculante.

Nuestro ordenamiento jurídico se estructura a partir del principio de constitucionalidad que refiere a la existencia de una posición suprema de la Constitución por sobre el orden jurídico. Es la Constitución la que otorga a cada una de las fuentes del derecho una fuerza individualizadora para introducir nuevas normas al ordenamiento jurídico como así mismo derogar las existentes. De esta manera existe un sistema piramidal, un rango de escala normativa que determina un orden jerárquico.

La Constitución es de carácter permanente, siendo que su duración un elemento de superioridad frente a normas ordinarias que se encuentran limitadas por objetivos concretos. La constitución como norma jurídica no implica un simple concejo o recomendación hacia los poderes y sus ciudadanos, sino que su naturaleza jurídica lleva impuesta su fuerza normativa en toda su integridad y en cada una de sus partes. La constitución como norma fundante del orden jurídico de un Estado es el eje obligatorio e imperativo de todo ordenamiento jurídico y político, vinculando no solo a los órganos de poder sino además a los particulares (Bidart Campos, Germán, 1.995).

La reforma constitucional del año 1.994 ha producido un gran número de modificaciones en la primera parte de la Constitución Nacional, aumentando el número de derechos y garantías con la introducción de un nuevo capítulo, llamado “Nuevos Derechos y Garantías”, presentes en los artículos 36 a 43. Asimismo se incluyó otros contenidos dogmáticos como el artículo 75 incisos 17 y 19, entre algunas referencias. Sin embargo, lo que interesa a los efectos del presente trabajo es la modificación del régimen constitucional de los tratados dispuesto en el artículo 75 inciso 22, lo cual determina que los tratados internacionales tiene un orden de prelación superior a las leyes y aún más, los tratados de derechos humanos incluidos en el inciso 22 segundo párrafo, como así mismo los que en lo sucesivo sean aprobados, tendrán jerarquía constitucional. Teniendo en cuenta lo relatado, las provincias deben conformarse a ello (artículo 31).

Las disposiciones de los tratados internacionales conforma la parte dogmática de la Constitución Nacional, expresando esta última que las cláusulas de los tratados con jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (artículo 75, inciso 22). Cuando la Carta Magna refiere a complementaria debe ser entendida en alusión a que se trata de un contenido que se agrega atendiendo a las relaciones de afinidad que pueden presentarse ente la parte orgánica y parte dogmática. De esta manera se aprecian dos contenidos inseparables, relacionados y que presentan idéntica jerarquía en tanto las provincias deben respetarlos. Así las provincias no pueden crear cláusulas que no se ajusten a dichas convenciones ya que de producirse una contradicción se estaría violando el piso mínimo de origen federal que las provincias están obligadas a respetar.

A consecuencia de lo expresado, la Convención Internacional de los Derechos del Niño está contenida en el artículo 75 inciso 22, y tiene jerarquía constitucional, por lo que son de

aplicación obligatoria por parte de las provincias. Pero además se aplica a las personas menores de edad otras convenciones internacionales relacionadas con determinados aspectos, como ser las normas del debido proceso contempladas por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Luego de la última reforma constitucional ya no quedan dudas de la aplicación obligatoria de la Convención de los Derechos del Niño, ya que por medio de lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, la Convención pasa a ubicarse junto y al lado de la Constitución situándose en la cúspide de nuestro sistema legal. Cuando una Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla, no debiendo comprometer su responsabilidad internacional.

Así, se puede interpretar que siempre que un derecho emane de la Convención de los Derechos del Niño, y se dirija a una situación particular de la vida de un menor en el que puede ser ejercido sin la necesidad de instituciones intermediarias, éste debe ser aplicado, siendo tarea de los justiciables hacerlos efectivos. Los derechos no son formulas teóricas, sino prerrogativas que confieren fuerza obligatoria para las personas, sobre todo para las autoridades encargadas de aplicarlos.

Se concluye hasta el momento que nuestra Constitución Nacional, y los tratados internacionales ratificados por Argentina que se hallen incluidos en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, poseen igual jerarquía, ubicándose en el umbral más alto de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte y como se ha venido reiterando, se presentan en el derecho interno de nuestro país dos sistemas reguladores de la minoridad, por un lado el Código Civil de carácter originario, con un régimen de tipo tutelar, y por otro lado surge en el año 2.005 una nueva minoridad dispuesta por la ley nacional 26.061, denominada “Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes” con un régimen de carácter subjetivo. De manera tal que conviven en la República Argentina dos regímenes opuestos en relación a la minoridad, siendo que el segundo es una norma de naturaleza federal que ha surgido para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que Argentina tenía luego de haber suscripto la Convención de los Derechos del Niño, incorporándola al derecho interno.

Resulta de interés mencionar que el legislador nacional ha sancionado la ley nacional 26.061 (reguladora de la Convención de los Derechos del Niño), sin modificar el sistema de representación necesaria para los menores de edad, como así mismo sin replantear el régimen de capacidad del Código Civil, el que determina un sistema regulador de la capacidad basada en edades cronológicas. Por lo que los intérpretes y encargados de aplicar la ley, han establecido diversos criterios para armonizar normas de un mismo rango legal como son: el Código Civil y la ley nacional 26.061, atento al marco normativo propuesto por la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional.

Por lo expuesto se llega a una segunda conclusión, sabiendo que primeramente y en la cima del ordenamiento normativo se hallan ubicadas la Constitución Nacional y la Convención de los Derechos del Niño, pero ahora se le suman en un peldaño más abajo dos normas en conflicto que son: la ley nacional 26.061 y el Código Civil Argentino.

El surgimiento de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 llevó a replantear el sistema de minoridad vigente, sabiendo que la capacidad para el ejercicio de los derechos que rige en nuestro Código Civil no debe quedar limitada a periodos cronológicos rígidos, sino que debe cambiar por una capacidad dinámica que permita armonizar ambos sistemas legales, siendo la capacidad progresiva la óptica para llevarlo a cabo, ya que así lo prevén tanto la ley nacional 26.061 por medio de los artículos 3 inciso d, 19 inciso a y 24 inciso b, como la Convención de los Derechos del Niño por medio de los artículos 5 y 12.

Una mirada conciliadora y armonizadora entre la vieja y la nueva normativa, comprende el cotejo entre el Código Civil con la ley nacional 26.061, siendo un punto de importancia a tener en cuenta para un análisis integral de ambas, la determinación de los fines para los cuales fueron creadas. Esto nos lleva a pensar en el fin último de la ley, y en la mirada que el legislador tuvo al momento de darle vida, siendo el criterio coincidente en ambos casos, el mejor beneficio para el menor. A criterio personal, a pesar del buen propósito que inspiró al legislador en la época de sanción del Código Civil y que quizás fue acorde a los momentos vividos, no alcanza en la época actual, ya que la sociedad ha cambiado. Se aprecia que el régimen tutelar y restrictivo del Código Civil que otrora funcionaba correctamente, hoy atenta contra la consideración del menor como sujeto de derecho, contra su derecho a defensa en juicio y al debido proceso, y que por sobre todas las cosas coarta su libertad. En un entendimiento actual de lo que significa la minoridad no se puede pensar en un régimen que restrinja derechos sino en uno que lo amplíe y le permita a los menores ejercerlos, ya que como se ha dicho de nada sirve que el menor cuente con un cúmulo de derechos si no pueden ser ejercidos.

Se interpreta que, en aquellos casos que se deniegue a un menor el derecho de contar con asistencia legal, bajo el pretexto de incompatibilidad legislativa, y no teniendo en cuenta su

situación personal, significará una vulneración al derecho constitucional de defensa que todo ciudadano tiene (artículo 18 Constitución Nacional), teniendo en cuenta que a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, esto resulta una prerrogativa con alcance a toda persona menor de edad.

Laura Rodríguez (2.011), opina que la ley 26.061 debe ser interpretada en conjunción con la normativa ya existente, en especial los arts. 54, 57, 59 y 921 del Código Civil. Siendo que el Código Civil contradice la ley 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño, deben prevalecer estas dos últimas, es decir estos derechos deben ser respetados en forma irrestricta, por una cuestión elemental de jerarquía de normas, ley 26.061 es reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño, y por ende, rigen para ella las mismas consideraciones que para la Convención.

El redactor de este trabajo coincide con el criterio de la autora citada en el párrafo precedente, determinando dos puntos a tener en cuenta: 1- Es menester dejar en claro que si bien la ley 26.061 se halla en el mismo peldaño que el Código Civil en cuando a la jerarquización de ambas, un punto importante a resaltar, es que la ley nacional es una norma que reglamenta la Convención de los Derechos del Niño (de jerarquía constitucional), contando la ley nacional con un plus de importancia; 2- El criterio fundamental a tener en cuenta, o el principio rector a seguir en materia de minoridad es el interés superior del niño, el interés que mejor resulte en beneficio del menor, debiendo ser aplicado en aras de ampliar sus derechos y no restringiéndolos, y eso se da tanto en la Convención aludida como en la ley nacional.

Por otro lado, es menester destacar que para que una ley posterior derogue una ley anterior de acuerdo a lo expresado por Lacruz Berdejo, se requiere que la incompatibilidad entre los fines

de la ley moderna y la pretérita deben ser absolutos, no siendo suficiente que tratasen la misma materia si pudiesen conciliarse sus disposiciones. Por ello el doctrinario propone que habría que considerar tres cuestiones básicas: 1- igualdad de materia entre ambas, 2- identidad de los destinatarios, 3- contradicción o incompatibilidad entre los fines de los preceptos (García Méndez, Emilio, 2.008).

Resulta del texto precedente que si la actitud conciliadora no se puede lograr, atendido a que las disposiciones resultan contradictorias o incompatibles, de acuerdo a los fines buscados por el legislador, tal como ocurre entre el Código Civil y la ley nacional, es procedente sostener la derogación tácita respecto a aquellas normas que obstaculizan el ejercicio de los derechos reconocidos a los menores, en este sentido la actitud conciliadora no debe suponer en ningún caso la posibilidad de renunciar a un derecho que aporta la ley 26.061.

Lo expuesto hasta el momento, permite ver que el orden de prelación de las normas nos muestra que primeramente se debe aplicar la Constitución Nacional como primera norma a tener en cuenta y en nuestro estudio la Convención de los Derechos del Niño de igual jerarquía que la primera. En segundo término, la ley nacional 26.061, por todo lo referido ut-supra.

Siguiendo en el estudio del orden jerárquico de las normas que afectan este trabajo es merecedor de análisis lo que sucede a nivel provincial. Es sabido que la Constitución Nacional reconoce a las Provincias en su calidad de titulares de un poder constituyente secundario la facultad de complementar lo regulado en la parte dogmática, mediante normas que amplíen en número de derechos y garantías siempre mediante estándares normativos más elevados (García Méndez, 2.008).

Se infiere de esta manera que las Provincias no pueden establecer en sus constituciones disposiciones que mengüen los derechos de las personas, menos aun teniendo en cuenta que las disposiciones de instrumentos internacionales como lo es la Convención de los Derechos del Niño integran la parte dogmática de la Constitución y la complementan (artículo 75 inciso 22), ya que si así sucediera las provincias estarían violando el piso mínimo legal que están obligadas a respetar.

Por su parte ya se ha mencionado que la elaboración de la ley nacional 26.061 ha tenido por objeto dar cumplimiento al compromiso de hacer efectiva la Convención de los Derechos del Niño, y que al resultar se una ley nacional, jerárquicamente superior a una ley provincial, ante un conflicto con normas provinciales, éstas deben ceder en favor de la ley nacional, siendo que toda norma que se dicte en referencia a los Derechos del Niño deben estar elaboradas en armonía con la Convención, complementándose ello, lo dispuesto en el artículo 31 al expresar “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de las provincias están obligadas a conformarse a ellas...”

Amén de ello, resulta importante destacar que la República Argentina se adscribe a la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados del año 1.969, en cuyo artículo 27 impone que no podrá alegarse disposiciones de derecho interno en contra de las contenidas en un convenio internacional.

El sistema jerárquico de leyes en nuestro país, en razón del sistema federal adoptado, se estructura en ordenamientos jurídicos yuxtapuestos, el nacional originado en el gobierno de la Nación, y el provincial que proviene de la potestad legislativa de las provincias, encontrándose

por sobre el primero la Constitución Nacional y por encima del segundo las Constituciones Provinciales.

Las provincias, como consecuencia de la organización federal, poseen una facultad de legislar enmarcada en el poder no delegado al Gobierno Nacional, pudiendo normativizar respecto de la organización institucional, la administración de justicia, normas de procedimiento, cuestiones que hacen a la efectivización de la ley de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito local, ya que la implementación definitiva se dará en el marco de la implementación provincial mediante el diseño de una nueva institucionalización respecto de la minoridad que implica dejar de lado criterios arraigados en la doctrina del sistema tutelar e implemente un nuevo modelo para la protección de la minoridad a través de normas que lleven a la efectiva protección de aquellos niños y adolescentes que ahora son concebidos como sujetos de derecho y no simple destinatarios de medidas tutelares que le son impuestas.

Actualmente la mayoría las provincias cuentan con normativas que intentan hacer efectiva las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, ya sea adhiriendo a la ley nacional o a través de instrumentos específicos.

3- Conclusión:

Los puntos enunciados en este capítulo, se han elaborado a fin de cerrar el círculo de comprensión que significa el abordaje de la nueva minoridad en Argentina. No es suficiente exponer sobre el menor y las nuevas implicancias que se plantean respecto de su persona como son la consideración de estos como sujeto de derecho, su capacidad progresiva, el derecho a ser oído, todo el sistema de representación que se modifica, y que incorpora la figura del abogado

del niño, sino que además es necesario ubicar este estudio en una plataforma de valorización normativa que indique cual disposición prevalece y debe ser aplicada.

Se han tejido diferentes hipótesis y posturas doctrinarias respecto a la implementación de los derechos de los niños y adolescentes, entre ellos la utilización de la figura del abogado del niño, sin embargo el reconocimiento y aplicación de la normativa nacional e internacional halla su punto neurálgico en el orden de prelación de las normas y en la interpretación tanto de los estudiosos de la materia como de aquellos que la deben aplicar.

Habiendo desarrollando el valor que para nuestro derecho significa la constitución nos permite inferir que esta es la piedra angular sobre la que se puede construir o introducir un orden legal. El parámetro indicador es nuestra Carta Magna, como norma que se halla en la cúspide de nuestro derecho de estructura piramidal. Con la reforma del año 1.994, se ha dispuesto que ciertos instrumentos internacionales tengan su mismo valor, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño, que se halla en el mismo peldaño, por lo que representan puntos referenciales a los cuales nos debemos ajustar, no admitiendo ello discusión alguna. Habiendo aclarado esto, se puede mirar el ordenamiento que le sucede en segundo plano, encontrándonos de esta manera con el Código Civil Argentino y la ley nacional 26.061 ambos de igual jerarquía legal. Si bien ambas se hallan emparentadas en el orden jerárquico, y tal como se ha expuesto precedentemente la ley nacional presenta un plus de valoración tácita al resultar ser una ley que reglamenta la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional, ello implica darle operatividad a una norma que posee el mismo valor que nuestra Constitución Nacional.

Considera el hacedor de estas palabras, que el criterio a utilizar es primeramente la norma madre, es decir la Constitución Nacional, y los tratados que posean igual valor jerárquico, como

sucede con la Convención de los Derechos del Niño. Luego de ello, es de aplicación la ley nacional 26.061 al resultar operativa de la Convención, no solo por el plus que significa resultar complementaria y realizadora de un tratado internacional, sino que representa el nuevo valor que se le ha impregnado a la minoridad, mostrando una verdadera revolución de derechos en pos de lograr la mayor efectividad de beneficios para una sana minoridad. Esto no significa desmerecer el valor que presenta nuestro Código Civil, sino que se aprecia un valor más alto que debe ser respetado y que es el interés superior del niño. Restringir la participación del menor mediante obstáculos basados en consideraciones teóricas no ayuda a mejorar como sociedad, el punto importante aquí no es brindarle a los niños las herramientas para que hagan lo que quieran, sino es estudiar caso por caso para saber qué es lo mejor para cada niño o adolescente en particular, aplicando el cumulo de prerrogativas que se les conceden.

En cuanto a las provincias y tal como se ha desarrollado, tendrán la tarea de adecuar las legislaciones locales a la nueva mirada que propone la ley nacional 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño, para efectivizarlas y adecuarlas en sus realidades locales.

Capítulo 5: Análisis jurisprudencial

***C. N. Apel. Civ., Sala “B”, “K., M. y otro c. K., M. D. 19/03/2.009, Cita online: www.laleyonline.com.ar AR/JUR/3038/2009.**

En las actuaciones referenciadas, una madre contrató una abogada para que patrocine a sus hijos menores de edad en un juicio sobre incumplimiento del régimen de visitas. En primera instancia el juez rechazó el pedido formulado directamente por los menores a través del patrocinio de su abogada. Luego de ello el tribunal de alzada compuesto por los doctores Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo y Mauricio Luis Mizrahi, confirmaron lo dispuesto en primera instancia designando como abogado de los menores a quien hasta ese momento había actuado como tutor especial, el doctor R. S. F. como abogado de los jóvenes A. S. K. y M. K.

Se trata de un fallo de gran importancia a los fines señalados en este trabajo. En la causa, a una madre de dos menores se le atribuye el haber obstaculizado la revinculación de sus hijos con el padre no conviviente. En virtud de los obrados contrata una abogada para que patrocine a sus hijos en el juicio que mantiene contra su ex pareja con motivo del incumplimiento del régimen de visitas. En primera instancia se rechaza el pedido presentado por los menores patrocinados, en tanto que posteriormente el tribunal de Cámara confirma la sentencia apelada.

El tribunal de segunda instancia como primera medida dispuso analizar la capacidad de los menores con el objeto de determinar si es factible su participación en el proceso con asistencia de un abogado patrocinante.

El tribunal reconoce la nueva capacidad, llamada “capacidad progresiva” en torno a las previsiones de la Convención de los Derechos del Niño con jerarquía constitucional por medio del artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, por el que la actuación del menor se ajusta a

parámetros reales vividos, es decir a su grado de autodeterminación y madurez y no a parámetros rígidos como lo es la edad, entendiendo el tribunal que el menor puede participar en el proceso cualquiera sea su edad, y que en el caso de aquellos que no obtengan la madurez suficiente es válida la participación del abogado, siendo al mismo tiempo representados por un tutor especial. Reconociendo los derechos que la norma internacional brinda, entre ellos el derecho de ser oídos, y que han surgido como consecuencia de una nueva cosmovisión de la minoridad, reconoce el tribunal que los menores involucrados pueden participar con patrocinio letrado. Asume la normativa de la ley nacional 26.061, y que los menores pueden participar solos en el proceso asistidos por su abogado aun cuando no existan intereses contrapuestos.

En el caso planteado dos menores pretenden participar con una abogada designada por la madre de ellos, no haciendo lugar el tribunal por las razones que se detallarán:

Analizado diversas presentaciones formuladas por los menores en el juicio con asistencia de su letrada patrocinante, el tribunal da cuenta que son artilugios de la madre, la señora M. K. S. con el objetivo de ingresar al juicio su criterio personal disfrazado en la figura de la abogada de sus hijos, corriendo con el pago de la remuneración a la letrada.

Considera el tribunal que el abogado de los niños no debe pertenecer al ámbito de influencia de ninguno de los padres y menos aún ser remunerados por estos, y que de así suceder, las declaraciones de los menores no resultan de sus verdaderos intereses sino que son fruto del manipuleo de los progenitores.

Por esta cuestión el tribunal ha rechazado todas las presentaciones de los menores, y conforme surge de informes realizados, la madre es responsable de modificar la conducta de sus

hijos. Esto trae como lógica consecuencia la dificultad de revincular a los menores con su padre.

En el año 2.007 ante reiterados incumplimiento de la madre para intentar revincular al padre con sus hijos, y ante la falta de defensa de sus hijos, constatando que la madre obstruye los encuentros de sus hijos con su padre, la Defensa Pública de los Menores destaca que los niños menores se encuentran “desprotegidos y en riesgo”. Como consecuencia se designa al doctor F. como tutor especial.

En noviembre de 2.007 el tutor señala que la madre tiene un protagonismo tal con sus hijos, que impide que éstos tengan un juicio y discernimiento independiente y autónomo, por lo que la supuesta voluntad de los hijos está compuesta por el “mal querer” de la madre a cargo de su guarda.

A lo antes expuesto, se agrega la denuncia del padre respecto a la presencia de los menores con una abogada la doctora L. V., considerada como una maniobra de la madre para dilatar el fondo de la cuestión que es la revinculación paterno-filial.

Por las razones que se exponen el tribunal dispuso la decisión de apartar a la doctora L. V. como abogada de los menores, pues su labor importa una tergiversación de las previsiones dispuestas en el artículo 27 de la ley 26.061, ya que los escritos que presentan ocultan la voluntad de la progenitora no mostrando el real interés del menor.

En consecuencia el tribunal determina que los menores A. S. y M. no se encuentran en condiciones psíquicas ni emocionales para proponer abogado que los patrocine, pudiéndose advertir la trama perversa familiar, entendida como la influencia materna que impide proponer un abogado que lo asista.

De esta manera dada las circunstancias que se detallan el tribunal dispuso designar como abogado de los menores A. S. K. y M. K al tutor de ellos, el doctor R. S. F. en virtud del artículo 27 inciso c de la ley 26.061, quien desempeñara sus funciones en una doble condición, la de tutor especial y abogado de los mencionados menores.

Por otro lado dispuso con respecto a la madre, que esta tiene el deber y la obligación de facilitar la comunicación del tutor y abogado R.S.F. con sus hijos.

Por otro lado ordena rechazar las pretensiones de los menores con patrocinio de la abogada contratada por la madre, surgiendo que los escritos presentados son artilugios de la madre imponiendo un criterio bajo la apariencia de una autentica intervención, lo que trae como consecuencia que la acción perturbe la vinculación de los hijos con su padre no conviviente.

A mérito de las consideraciones el tribunal resuelve:

- 1- Confirmar la resolución de primera instancia en cuanto dispone rechazar las presentaciones de la doctora L. V. abogada de los menores, con la firma conjunta de sus asistidos.
- 2- Hacer saber a la doctora L. V. que deberá abstenerse en lo sucesivo de presentar escritos judiciales que lleven conjuntamente su firma y la de los jóvenes referenciados en autos.
- 3- Designar al doctor R. S. F como abogado de los jóvenes A. S. K y M. K. quien desempeñara sus funciones en una doble condición, como tutor especial y abogado de los adolescentes, revistiendo los menores la calidad de parte en el proceso.
- 4- Declarar que la actuación del tutor especial y ahora abogado de los jóvenes, doctor R. S. F. comprende no solo las actuaciones presentes, sino todas las conexas, presentes y futuras.

- 5- Cumplidas con las notificaciones dispuestas y celebradas la audiencia determinada por el tribunal, devuélvanse a primera instancia las presentes actuaciones y sus conexas.

Gerónimo Sansó - Claudio Ramos Feijóo - Mauricio Luis Mizrahi.

Conclusión:

Este precedente jurisprudencial de la sala B, es un gran avance en la puesta en marcha de la doctrina de la protección integral, al reconocer y hacer cumplir el orden normativo de la Convención de los derechos del Niño y la ley nacional 26.061. Aquí el magistrado fue el encargado de evaluar junto al equipo interdisciplinario la capacidad de discernimiento de los menores involucrados a fin de autorizar su participación judicial. Este fallo reconoce que el sistema de capacidad basado en edades cronológicas contenido en el orden interno (artículos 54, 55 y 921 del Código Civil) ha sido complementado por un criterio de capacidad y discernimiento real, y por medio de este último el magistrado determinará si el menor cuenta con la madurez suficiente para llevar adelante una determinada actuación, no siendo la edad una restricción al ejercicio de sus derechos. El tribunal reconoce el derecho al menor a contar con asistencia letrada, no considerando la edad como criterio a tener en cuenta sino su capacidad progresiva tal como lo ordena la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo atendiendo a las circunstancias vividas por los menores se apreció el grado de influencia de la madre en las presentaciones de los menores, por lo que al resultar vulnerados sus derechos, consideró el tribunal que los menores carecen de la suficiente autodeterminación para afrontar el proceso por sí mismos.

Ante el grado de conflictividad familiar al existir intereses contrapuestos de los progenitores, y la ausencia de autodeterminación de los menores, no surgió más remedio que asignar a los menores un tutor que a su vez ejerza las funciones de abogado del niño patrocinando los intereses de estos. Criterio que comparte el redactor de esta obra, con las mismas consideraciones del tribunal, solución que se aprecia como correcta, y se muestra a claras lo importante de la incorporación de la figura del abogado del niño, no resultando útil la sustitución con otras figuras del proceso.

Este precedente jurisprudencial, significa un enorme avance al reconocer la nueva doctrina de la protección integral, con todo lo que implica en cuando a la consideración de la nueva capacidad de los menores llamada ahora capacidad progresiva, y la no consideración de la edad como parámetro indicador, muestran a claras la posibilidad cierta de la aplicación de la figura del niño y su utilidad práctica en casos donde se hallen comprometidos derechos de los menores. A pesar que en el precedente jurisprudencial no fue de la mejor manera, es decir no fue resultado de la pura decisión del menor, se muestra la viabilidad de utilización de la figura del letrado patrocinante y la importancia de su incorporación en el proceso donde se involucren menores.

***C. N. Apel. Civ., Sala "I", "L., R. c. M.Q., M. G" 04/03/09, Cita online: www.laleyonline.com.ar AR/JUR/751/2009.**

En el juicio se discute la tenencia de dos menores de 15 y 12 años, el Juez de primera instancia tuvo a estos como parte. La Cámara confirmó el fallo apelado. Del sumario se destaca que: si los menores tienen intereses contrapuestos con sus progenitores, en función del interés

superior del niño, torna conveniente que los menores tengan una asistencia letrada que traiga al juicio su voz, en forma separada al planteo de sus progenitores, e independientemente de la representación promiscua que incumbe al Ministerio Público de la Defensa. La discusión se centra en la posibilidad de que los menores se presenten en juicio por su tenencia con su propio patrocinio letrado y con éste formulen por sí peticiones procesales sin la intervención de representantes legales, salvando la participación del Ministerio de Menores.

La Cámara Nacional Civil, “sala I” en el fallo referenciado no comparte un criterio unánime y permite la participación procesal con asistencia de abogadas patrocinantes a dos hermanos de 15 y 12 años determinando que difícilmente un niño pueda entender que desde el órgano judicial se transmita un mensaje donde se le permita la participación de uno de los hermanos por el solo hecho de contar con dos años más que él, existiendo los mismos intereses en el juicio. El pronunciamiento está orientado a priorizar un criterio armonizador que sea más beneficioso para los niños.

En primera instancia el juez tuvo por presentados y por parte a los menores C. y R. L., patrocinados por las doctoras M. T. M y A. M. G.

Por su parte el progenitor de los menores impugna la decisión, interponiendo recurso de reposición y apelación en subsidio, siendo el primero rechazado y el segundo concedido con efecto suspensivo.

Ante ello, el tribunal previo a resolver convoca a una audiencia a los menores involucrados

Los fundamentos de los jueces son:

1- Doctor Julio M. Ojeda Quintana:

Expone que el padre cuestiona la capacidad procesal de sus hijos para ser tenidos como partes en el proceso con el patrocinio pretendido por carecer de sustento legal. Argumentando el padre una evidente captación de a voluntad de sus hijos por parte de su madre.

El magistrado determina que no se trata de una nueva representación que reemplace o concurra con la representación necesaria de los padres, la representación promiscua del Ministerio de Menores o la propia del tutor *ad litem* que pueda designar el juez. En este caso la actuación de los menores por derecho propio con patrocinio letrado no implica sustituir su voluntad sino brindarle asistencia y orientación jurídica en el juicio en que se hallan involucrados.

Sin embargo el magistrado relata que la intervención del menor en el juicio por derecho propio con patrocinio letrado, debe armonizarse con las previsiones del Código Civil, siendo que este último dispone que los menores de catorce años no pueden gozar de tal prerrogativa (artículo 127) y esto se debe a que el acto de designación es un acto jurídico, a los que los menores de esa edad se halla vedado por carecer de incapacidad absoluta (artículo 54 inciso 2) siendo que sus actos se reputan efectuados sin discernimiento si son actos lícitos (artículo 921). Resumiendo, el juez interpreta que el artículo 27 inciso c de la ley 26.061 en conjunción con lo dispuesto en el Código Civil, respecto a la participación del menor por sí mismo en juicio con patrocinio letrado, solo le cabe a aquellos menores que hayan alcanzado la edad de catorce años.

A pesar de ello no desconoce el derecho del niño a participar en los asuntos que lo involucran manifestando el respeto que se le debe al menor en atención a su derecho de ser escuchado.

Siguiendo en la exposición de motivos dice que en el caso de existir intereses contrapuestos de los menores con sus progenitores, o aun cuando el Ministerio de Menores no cumpla con la debida protección, el juez puede recurrir a la figura del tutor *ad litem*.

Sin embargo nada impide que los menores que hayan cumplido la edad de catorce años puedan acceder al derecho acordado en el artículo 27 inciso c de la ley 26.061 para intervenir en un juicio con patrocinio letrado. Pero esta elección no se halla fuera del control judicial, ya que será tarea del magistrado determinar que la designación no sea fruto de una decisión apresurada o antojadiza o bien fruto de influencias de los progenitores o personas que ejerzan alguna potestad sobre el menor, sino que la designación sea ejercida con plena capacidad y discernimiento

En un análisis de los menores expresa que C. L. nació el 29 de enero de 1.994 y R. L. el 15 de octubre de 1.996 de manera que al presentarse en el pleito contaban con catorce y once años respectivamente, siendo que a la fecha cuentan con quince y doce años. En estas condiciones solo el primero se halla habilitado para ejercer tal derecho.

En la entrevista con los menores destaca la espontaneidad de la decisión del menor C. L. aunque reconocen que la idea de presentarse en juicio con las doctoras M. y G. fue sugerida por la abogada de su madre y apoyada por esta última. Se advierte que a pesar de ello el menor C. L. acepto el camino propuesto con la suficiente conciencia de las implicancias que la decisión traía, para alcanzar los propósitos relacionados con el modo de vivir con sus progenitores.

Finalmente dispone revocar el auto que dispone tener por parte al menor R. L. patrocinado por las doctoras M. y G., mientras que confirma en los mismos términos respecto al menor C. L.

2- Doctor Jorge A. Giardulli:

Este magistrado trae a consideración que los menores C. L y R. L. son partes en el proceso en el que sus padres litigan, teniendo en cuenta lo que para el derecho implica ser parte, expresando que “toda persona física o jurídica que reclame en nombre propio, o en cuyo nombre se reclame la satisfacción de una pretensión y aquella frente a la cual se reclama dicha satisfacción, citando a Palacio, Lino Enrique, Derecho procesal civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, tomo III, pág. 8.

Considera que lo trascendental en la conflictiva es determinar el grado de influencia de los padres respecto de sus hijos y la posibilidad de que los menores participen con patrocinio letrado propio. Por ello es de importancia considerar la interpretación del artículo 27 inciso c de la ley 26.061 y su armonización con las disposiciones del Código Civil.

Sostiene que si bien el Código aplica un criterio rígido, hay que destacar que conforme el artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, debe prevalecer lo que resulte más beneficioso para el menor, evitando un pronunciamiento que resulte perjudicial para el niño.

De la entrevista personal que ha tenido con los menores C. L. y R. L., ambos hermanos, y de la apreciación de la psicóloga presente se advierte que los niños están plenamente identificados en una suerte de comunidad de intereses, que dada las circunstancias del caso no es conveniente separar. Es por esas razones que confirma la providencia apelada, donde el juez de primera instancia tuvo por presentados y por partes a los menores C. L. y R. L. patrocinados por las doctoras M. T. M. y A. M. G.

3- Doctora Marcela Pérez Pardo:

La magistrada determina que de las constancias de la causa surge que los menores C. y R. tiene intereses contrapuestos con sus padres lo que amerita una asistencia jurídica distinta a la de sus progenitores.

Considera que el hecho de que los menores hayan querido intervenir independientemente de sus padres por medio a la figura del abogado del niño, prevista en el artículo 27 inciso c de la ley 26.061 da cuenta que los menores consideran que la sola intervención de sus padres no es una solución a sus problemas.

En el caso concreto no aprecia impedimentos para la aplicación directa del derecho dispuesto en el artículo 27 inciso c de la ley 26.061 referente al letrado del niño, sin desconocer otras medidas que se pueden disponer como es la participación de un tutor *ad litem*.

Por lo expuesto considera que habiendo intereses contrapuestos entre los menores y sus padres, y teniendo en cuenta el interés superior del niño (de jerarquía constitucional), es sano que los menores tengan asistencia letrada distinta de la de sus padres, independientemente de la participación promiscua del Ministerio de Menores.

Coincide la magistrada con el doctor Giardulli en cuanto no resulta conveniente separar en el caso la comunidad de intereses que se aprecia entre ambos hermanos adhiriendo a la propuesta de confirmar el proveído que tiene a los menores por parte con asistencia letrada propia.

Por los fundamentos expuestos y por mayoría de votos el tribunal RESUELVE: 1) Confirmar la decisión de fojas 786 en cuanto ha sido materia de recurso; 2) Imponer las costas de

la sentencia en el orden cursado - Julio M. Ojeda Quintana (en disidencia) - Jorge A. Giardulli - Marcela Pérez Pardo.

Conclusión:

Del fallo analizado se desataca la correcta interpretación de la norma por parte de los doctores Giardulli y Pérez Pardo, quienes hacen valer correctamente el interés superior del niño, concepto que si bien es propuesto por la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional, tiene una resistencia con fundamentos en el criterio cronológico del Código Civil, al considerar nula la actuación de un menor de catorce años.

Vale el mérito de los magistrados aludidos, quienes han aplicado correctamente el orden jerárquico de las normas, dando cuenta además que el interés superior del niño es una disposición del orden internacional que actualmente posee jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22). A criterio del suscripto merece destacarse, que en el caso propuesto, los magistrados Giardulli y Pérez Pardo tuvieron en cuenta el fin último de la norma, el propósito que inspiró al legislador a la hora de crear la ley, que es simplemente la búsqueda de lo que mejor resulte a los intereses de los menores. La Convención de los Derechos del Niño se embandera y pregona por la validez del mayor número de derecho en defensa de los menores. En esa tarea la ley nacional 26.061 le ha brindado operatividad a la normativa internacional, por ejemplo a través del artículo 27 inciso c que otorga a los niños y adolescentes la posibilidad de actuar en el proceso que los involucra con un letrado que los asista. No se trata de un nuevo esquema que proteja a los menores desde lo que no tiene permitido, sino desde su condición de sujeto de derecho.

A criterio personal resulta acertado la resolución a pesar de la disidencia del doctor Ojeda Quintana, ya que la sentencia no se limitó a la aplicación de un régimen rígido propio del Código Civil que limite los derechos de los menores, sino que flexibilizó el tratamiento para adecuarlo a lo que resulte mejor para ambos hermanos, sin la limitación de la edad, teniendo en cuenta que sus voluntades no habían sido condicionadas por su madre, sino que esta última resultó una guía para que los menores puedan tomar sus propias decisiones, y sobre todo se apreció la comunidad de intereses que guiaban a ambos hermanos, la cual necesitaba la asistencia de un letrado que lleve sus voces al proceso.

Este precedente jurisprudencial crea un antecedente para otros que resulten de situaciones similares, cuando en una cuestión de intereses que comprometen a menores de edad, la ley brinde a los niños o adolescentes la posibilidad de que su posición sea respetada, sin la injerencia de sus padres. La figura legal del abogado del niño resulta de utilidad en el fallo estudiado, donde si bien no se desconoció los límites etarios que dispone el Código Civil, se priorizó el interés superior del niño, aplicando correctamente el orden de prelación de las normas, donde la capacidad progresiva ha triunfado ante la inevitable concurrencia con una norma de menor jerarquía.

***C. S. J. N., “P., G. M. y P., C. L.”, 27/11/12, Citar online: www.abeledoperrotonline2.com-
Nº: AP/JUR/3498/2012.**

En el presente caso de fecha 2/11/2012, caratulado P.G.M. y P.C.L. sobre protección de persona, que ha llegado hasta el máximo tribunal de nuestro país, la Corte Suprema de Justicia, la cual confirma la sentencia de Cámara, rechazando la presentación de dos hermanos impúberes

con patrocinio letrado elegido por ellos mismos.

Los menores P. G. M. y P. C. L. habían nacido el 21/12/2.000 y el 11/05/2.002 respectivamente. En tanto las actuaciones se inician en el año 2.004, con la presencia de la progenitora de los menores, la señora L. A. T quien solicita la intervención de un juez debido a la situación de desamparo en la que se encontraba junto a sus hijos menores de edad.

Posteriormente en el año 2.005 los menores citados ingresan al Hogar “Adand”, donde permanecen por un año, no siendo visitados por su madre, ya que según lo manifestado por esta última, se debía al cuidado de un tercer hijo que había dado a luz. Luego del nacimiento los menores son reintegrados a su madre la señora L. A. T.

En el transcurso del año 2.007 al 2.011 los menores fueron alojados en diversas instituciones infantiles ante la falta de medios de la progenitora, y entre las cuestiones que se citan con motivo de la desvinculación, es el nacimiento en el año 2.009 de un cuarto hijo de la señora L. A. T.

En la cuestión traída a conocimiento de la Corte Suprema, los menores P. G. M. y P. C. L. expresan su deseo de volver a vivir con su madre, y ante ello requieren la implementación de medidas necesarias para fortalecer el vínculo materno filial.

Ante ello y sobre la base de lo dispuesto por el artículo 27 inciso c de la ley 26.061, solicitan la presencia de un abogado patrocinante, lo cual es rechazado en primera instancia, determinando el juzgado interviniente que la defensa de los intereses de los menores P. G. M. y P. C. L. se deben a la representación de la progenitora y a la intervención promiscua del Ministerio Pupilar.

Ante ello la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala K, confirma lo resuelto expresando que el hecho de que los menores al momento de la solicitud tuvieran ocho y nueve años de edad,

impide que pueda considerarse la actuación de los menores con presencia letrada propia ya que están imposibilitados de comprender la trascendencia de la situación.

Entre otras cuestiones referenciadas se destacan que la ley 26.061 debe ser interpretada juntamente con el ordenamiento vigente y no de manera aislada, ya que aún se encuentra vigente el sistema que legisla sobre la capacidad de los menores clasificándolos en impúberes y adultos, siendo que los primeros, son aquellos que no han alcanzado la edad de catorce años, contando con una incapacidad absoluta, no pudiendo entre otras cosas realizar actos jurídicos como sería la designación de un abogado patrocinante.

El hecho de la designación convierte al acto nulo de nulidad absoluta conforme lo prevén los artículos 1.041 y 1.047 del Código Civil.

Ante la resolución de la Cámara de rechazar el pedido de presentación de los menores como partes con asistencia letrada, éstos interponen recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia.

En el ámbito del recurso extraordinario se expuso el cuestionamiento del alcance del artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 27 de la ley 26.061, por lo que los jueces entienden que los menores impúberes no gozan del derecho de asistencia técnica por sí mismos.

Se ha cuestionado además la capacidad progresiva al considerar que los menores involucrados son incapaces de hecho haciendo prevalecer la norma del Código Civil por sobre la Convención siendo que esta posee jerarquía constitucional.

Se alegó en favor de los menores, que el fallo de Cámara que niega la participación de un letrado es de carácter arbitrario, ya que los magistrados sin conocer a los menores disponen que éstos no pueden entender la significación de la designación de un letrado, ello es respaldado en el dictamen de la Defensora de Cámara donde se solicita una audiencia para evaluar la comprensión

de la realidad por parte de los menores G. M. y C. L. Ante ello la aseveración de la Cámara sobre la falta de discernimiento sería dogmática desconectadas de la realidad y del derecho vigente.

Entre otras cosas se argumentó que la representación de los padres y del Ministerio Pupilar era insuficiente para garantizar los derechos de los menores involucrados.

La designación de un letrado en virtud del artículo 27 de la ley 26.061 se lleva a cabo sin perjuicio de la participación del Ministerio de Menores, siendo un derecho que ampara a los menores sin distinguir edades.

La Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 implican una inversión del principio de incapacidad dispuesto por el Código Civil, por lo cual debe presumirse la capacidad del niño para designar, remover y dar instrucciones a un letrado.

A favor de los menores la Defensora de Cámara argumenta que el derecho a una audiencia con los menores es un aspecto material de defensa de los niños. El derecho de acceder a un letrado debe ser llevado a cabo teniendo en cuenta la madurez del niño y no su edad.

De tal igual manera que la sala K, la Corte avalo injustificadamente la decisión de primera instancia, que redujo la pasividad defensiva de los menores G. M. y C. L. a la representación de sus padres y promiscua del Ministerio Pupilar, cuando se trata de personas en formación.

Por todo ello el máximo tribunal considerando lo siguiente:

- 1- Que la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la presentación de los niños G. M. P. y C. L. P. con patrocinio letrado.
- 2- Que para resolver así el a quo distinguió entre menores impúberes y adultos atento a las previsiones del Código Civil. Asimismo el artículo 27 de la ley 26.061 obliga a los organismos del Estado a garantizar a las niñas, niños y adolescentes entre otros derechos:

- a) el de ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo solicite, b) que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta, c) ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, d) a participar activamente en todo procedimiento.
- 3- Que teniendo en cuenta el ensamble de las normas concluyó la alzada que desde los catorce años y hasta alcanzar la mayoría de edad (18 años), el adolescente además de ser representado por sus padres y el Ministerio Público de Menores, podía si lo deseaba designar un letrado que ejerza la defensa de sus pretensiones, y que la nueva normativa de la ley nacional debe ser interpretada con la existente en el Código Civil, por lo que aplicando una interpretación armónica permite concluir que la escasa edad de los menores (ocho y nueve años) impedía que pueda considerarse la actuación de una letrada elegida por los menores, ya que estos están imposibilitados de comprender la trascendencia de dicha actuación.
 - 4- Que ante la negativa de contar con asistencia letrada, los niños interpusieron recurso extraordinario federal al que adhirió la Defensora de Menores de Cámara, lo que fue concedido. Señalando que se les ha vulnerado su derecho de defensa en juicio y su capacidad progresiva reconocida por normas de jerarquía constitucional, bajo el pretexto de aplicar normativa civil de inferior jerarquía. Además que nada se ha hecho para conocer su grado de discernimiento real, por aplicarse el discerniente en base a la edad que presentan tal como sucede en el Código Civil.
 - 5- Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible ya que se encuentra en juego la interpretación de las normas de la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional
 - 6- Respecto a la capacidad de los niños para poder designar un letrado patrocinante que los

asista en los términos del artículo 12 inciso 2 de la Convención de los Derechos del Niño y 27 inciso c de la ley 26.061, la Corte Suprema ha señalado que la Convención de los Derechos del Niño, ha reconocido que el niño es sujeto de derecho, no desconociendo que se trata de una persona que transita en un proceso de constitución de su aparato psíquico.

- 7- Que la ley 26.061 no debe ser interpretada de manera aislada sino en conjunto con el plexo normativo aplicable. Además que las disposiciones del Código Civil que legislan sobre capacidad de menores no hay sido derogadas por la ley 26.061
- 8- De acuerdo al régimen de fondo los menores impúberes son incapaces absolutos por lo que los menores G. M. y C. L. no pueden realizar actos jurídicos por sí mismos como sería la designación o remoción de un letrado patrocinante.
- 9- En las condiciones expuestas, confirma la sentencia apelada toda vez que la designación de una asistencia letrada por parte de los menores constituye un acto nulo, de nulidad absoluta (artículos 1.041 y 1.047 del Código Civil).
- 10- A pesar de ello la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12 le reconoce a los menores el derecho de expresar su opinión y ser escuchado sea directamente o por medio de representantes o de un órgano apropiado.
- 11- De la causa no surge que los menores hayan podido acceder al derecho de ser escuchados, pues al margen de la presentación efectuada que dio origen a la presente causa, en el expediente solo consta el llamado a una audiencia a la que debían concurrir los menores, la cual no pudo realizarse y un nuevo pedido efectuado por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara que no fue considerado.
- 12- Teniendo en cuenta los considerandos, los menores no han sido oídos en el proceso, y por

lo tanto debe atenderse al interés superior del niño, por lo que corresponde solicitar al juez que les designe un letrado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos.

Por todo ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia de Cámara. Hágase saber al juez de la causa que deberá designar un letrado especializado en la materia a los efectos de que patrocine a los niños G. M. y C. L. en el proceso. Sin expresa imposición de costas atento a las particularidades del caso. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Ricardo L. Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - E. Raúl Zaffaroni - Enrique S. Petracchi - Juan Carlos Maqueda - Carmen M. Argibay.

Conclusión:

Este fallo da cuenta de la limitada interpretación de los tribunales argentinos en para dar operatividad y alcance tanto a la Convención de los Derecho del Niño de jerarquía constitucional como así mismo de la ley nacional 26.061. A criterio personal, veo interesante y oportuno las opiniones y fundamentos vertidos en atención a la defensa de los menores involucrados en cuanto a que se intenta que sean considerados como sujetos de derechos, y a través del instrumento internacional que es la Convención de los Derechos del Niño que sea considerada su capacidad progresiva, para admitir su derecho a poder designar un abogado patrocinante.

Se aprecia una débil representación por parte de la progenitora, atento a la desvinculación con los menores, lo que a criterio personal debió la juez de primera instancia asignar a los menores un tutor para que los represente ante sus necesidades. Un tutor *ad litem* sería la figura ideal indicada para intervenir en esta clase de cuestiones.

A pesar que no se observa una conflictiva familiar y no hay intereses contrapuestos a resolver, se aprecia justificada la solicitud de los menores de contar con un abogado que patrocine sus derechos. La trama familiar lo requiere, ya que principalmente una de las cuestiones que se observó es la ausente voz de los niños, la cual es de significativa importancia para desentrañar verdaderamente los sucesos y dar una justa solución. Esto último se hubiera cumplido con la participación de un letrado patrocinante, cuya actividad debió hallarse presente, ya que este a diferencia de la figura de los padres, el asesor de menores, o el tutor no representa la voluntad del menor interpretando su voluntad, sino que gestiona para que la voluntad del menor llegue de manera directa ante el juzgador.

Pero para que lo expuesto en el párrafo presente se lleve a cabo, se debió haber considerado la capacidad progresiva de los menores involucrados, su grado de evolución personal, y no su edad biológica, siendo que la capacidad progresiva es un parámetro superador dispuesto en la Convención de los Derechos del Niños de jerarquía constitucional. En el caso traído a estudio, ni siquiera se les dio la posibilidad de ser escuchados.

Esto atenta contra el orden constitucional ya que tanto la capacidad progresiva como el derecho de ser oídos se encuentran expresamente legislados en la Convención de los Derechos del Niño de idéntica jerarquía que nuestra Carta Magna.

A pesar que en la disposición final se les brinda a los menores la posibilidad de contar con un abogado que patrocine sus derechos, este es al solo efecto de ser oído, ya que la corte confirma el dictamen de la Cámara el que consiste en rechazar la participación de los menores en el proceso.

La decisión muestra una justicia limitada, una Corte de Justicia de la Nación reacia al nuevo estándar de minoridad. Determinó que las actuaciones sean devueltas para designar el

abogado requerido, con las limitaciones expuestas, ya que aún considera a los menores incapaces absolutos atento a su edad, no dando lugar al amparo de los derechos reconocidos a los menores de jerarquía constitucional, como su condición de sujeto de derecho, su capacidad progresiva, el derecho de defensa en juicio.

A criterio personal el suscripto no comparte el criterio de la Suprema Corte de Justicia, por atender la misma contra lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, donde se jerarquiza a la Convención de los Derechos del Niño pasando a tener ésta igual valor que la Constitución Nacional, además de negar el auténtico derecho de los menores a una defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional), ya que la misma Convención faculta a los menores como sujetos de derechos. Asimismo la resolución va en contra de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al discriminar arbitrariamente a los menores sin consultar su capacidad de discernimiento, cuando la Convención impone un criterio determinante de la capacidad que es la llamada capacidad progresiva, sin atender a la edad. El tribunal efectúa una distinción que ni la ley nacional 26.061 ni la Convención de los Derechos del Niño realizan.

Al confirmar la sentencia de la Cámara, la Corte se coloca en una postura restrictiva respecto de la participación directa de los menores con patrocinio letrado, atento a la incapacidad absoluta que aprecian de los menores para realizar por si solos actos jurídicos, considerando que de realizarlos se trataría de un acto nulo, atento a las previsiones del Código Civil. El tribunal se adscribe ciegamente en el Código Civil, dejando de lado dos normas de igual y superior jerarquía que son la ley nacional 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño.

A pesar de considerar incapaces absolutos a los menores, insta al juez de la causa para que designe un abogado especializado que patrocine los derechos de los menores, en resguardo de su

derecho de ser oídos y del interés superior del niño que no han sido procurados, lo cual muestra una sentencia débil en fundamentos y netamente contradictoria.

La figura del abogado resulta de trascendental importancia para la garantía del debido proceso que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional, pudiendo coexistir con las otras figuras procesales tales como los padres, el tutor, asesor de menores, siendo que el abogado asiste y no representa la voluntad del menor.

En este caso a criterio personal debió haberse designado primeramente un tutor ad litem que represente los derechos del menor ante la ausencia materna, función que además pudo haber sido ejercida por un letrado reuniendo en una persona ambas funciones.

En el caso planteado la decisión adoptada por la Corte Suprema consolida una posición reduccionista del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño al no admitir el sentido dinámico del derecho a ser oído del niño, lo que implica su intervención personal en todo asunto que lo afecte, con su correspondiente derecho a la asistencia de un abogado personal

El tribunal debe tomar las decisiones garantizando la igualdad ante la ley, atento el nuevo paradigma de la minoridad, garantizando el debido proceso legal sin restricciones para el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, lo cual no fue llevado a cabo en el presente caso.

***C. N. Apel. Civ., Sala “I”, “B. L. A. E. c. G., Y. A. s/ régimen de visitas”, 15/10/13, Cita online: www.laleyonline.com.ar AR/JUR/69621/2013.**

Las presentes actuaciones surgen en torno a la fijación de un régimen de visitas a favor de un padre para poder ver a sus hijas menores. La juez de primera instancia dispuso la designación de un tutor *ad litem* para las menores involucradas ante la apreciación de una gran influencia por

parte de la progenitora sobre las acciones de sus hijas. Ante ello la madre apela, solicitando la designación de un abogado del niño para sus hijas. A consecuencia de lo solicitado la Cámara rechaza el recurso.

En primera instancia la juez interviniente dispuso la designación de un tutor *ad litem* para representar a las menores involucradas en el proceso tras advertir que la revinculación de las mismas con el progenitor se ha tornado dificultoso, ante las actitudes tomadas por parte de la madre.

En cuanto a la solicitud propiciada por la madre en base al artículo 27 inciso c de la ley 26.061, por el cual se le acuerda a un menor actuar por sí con patrocinio letrado, el juzgador considera que no puede ser llevado a cabo cuando el menor no ha alcanzado la edad de catorce años.

La designación del tutor *ad litem* para las menores, se llevó a cabo valorando que habiendo transcurrido diez meses desde la fijación de un régimen de visitas a favor del padre, éste a la fecha (15/10/13) continuaba sin poder tener contacto con sus hijas, no apreciando el tribunal una actitud propicia a la revinculación por parte de la madre.

Considera el juzgador que la solicitud de un letrado para las menores por parte de la madre responde a intereses personales de esta última y además que por tratarse de menores impúberes no pueden realizar la designación por sí mismas.

Ante ello la madre apela exponiendo que en lugar de procurar un tutor *ad litem*, quien sustituye la voluntad del menor, debió la justicia haber otorgado un abogado del niño para sus hijas, no respetando con tal decisión el derecho que les cabe en virtud del artículo 27 inciso c de la ley 26.061 a contar con patrocinio letrado para hacer valer sus derechos como es el de ser oídos y el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Atento a ello, el juzgador reconoce la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional que en su artículo 12 dispone que los menores tienen el derecho de ser oídos en todo procedimiento judicial, asumiendo además las previsiones del artículo 27 inciso c de la ley 26.061 que garantiza a los menores el derecho de contar con un abogado que patrocine sus intereses. Siendo que este último no sustituye la voluntad del menor, sino que su tarea es proporcionarle asistencia y orientación.

Sin embargo armonizado la legislación citada con lo dispuesto en el Código Civil, se aprecia que tal designación supone un acto jurídico lo cual está restringido para aquellos menores que no han alcanzado la edad de catorce años.

Se determina que la ley 26.061 al no haber dispuesto la derogación del régimen del Código Civil, tácitamente se acepta las limitaciones que este último cuerpo legal dispone.

Por otra parte tampoco desconoce el sistema de capacidad progresiva por el cual se toma en consideración el nivel de madurez del menor y su capacidad de autodeterminarse, sino que debe ser interpretado en el sentido de agruparlo en base a categorías fijas como es la edad, a fin de brindar seguridad a las relaciones jurídicas.

Sin embargo no desconoce el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos en los que se hallan involucrados, pero la designación del letrado por parte de menores impúberes, es decir cuando no hubieran cumplido la edad de catorce años convierte al acto en nulo (artículos 1.041 y 1.047 del Código Civil).

El juzgador apreciando las circunstancias vividas en la causa advierte la existencia de intereses contrapuestos entre los menores y sus representantes necesarios por lo que se dispuso la participación de un tutor *ad litem* quien reemplaza a la madre en el litigio, considerando que se dan los presupuestos para tal designación.

Entre los actos que la madre ejerce obstaculizando la revinculación del padre con sus hijos, se puede hacer mención a la ausencia de la madre junto a sus hijas en audiencia ante una psicóloga previamente designada por el justiciable, como así mismo ante las propuestas por parte de la trabajadora social, entre otras.

Por lo motivos expuestos determina el tribunal que no cabe en este estado la designación de un abogado patrocinante para las niñas por tratarse de menores impúberes. Sin embargo ello no quita que al llegar a la edad de catorce años puedan hacer uso de ese derecho.

Por todo esto el tribunal resuelve: confirmar la decisión apelada, no haciendo lugar a la designación del letrado patrocinante. Imponer las costas a la apelante vencida.

En este precedente la Dra. Castro no firma por hallarse en uso de licencia, firman: Carmen N. Ubiedo - Hugo Molteni.

Conclusión:

El estudiado precedente jurisprudencial, en el que se pugna para hacer valer el régimen de visitas de un padre no conviviente con sus dos hijas menores, la juez de primera instancia ante reiteradas acciones por parte de la madre para impedir el contacto de sus hijas con su ex pareja, dispone la participación de un tutor *ad litem* que represente a las menores involucradas. Este criterio es compartido por el suscripto, al existir una notoria influencia de la madre sobre las persona de sus hijas. El tutor brinda un marco de amparo para que los derechos de los menores sean protegidos desde una mirada objetiva, sin embargo tal como fundamento la progenitora no deja de reemplazar la voluntad de sus representadas.

Por otro lado el rechazo del tribunal en referencia al pedido de la madre para la designación de un abogado patrocinante para sus dos hijas menores, resulta correcto, por las

mismas razones expuestas en el párrafo precedente, es decir ante la gran influencia materna sobre sus dos hijas menores. En este caso es el juez quien debe arbitrar los medios necesarios para proporcionar a las menores un abogado que patrocine sus derechos, pero a su vez que no resulte del ámbito de influencia de los progenitores, cuando no alcancen el suficiente grado de autodeterminación para tomar trascendental decisión. Sin embargo al contar con capacidad progresiva suficiente, la solución posible propuesta por la magistrada podría ser que las propias menores elijan a un letrado de una lista de abogados proporcionados por el Estado logrando una independencia absoluta en la toma de decisiones.

La tarea del letrado será llevar la voz de las menores ante el juzgador de manera directa, sin interpretar su voluntad tal como lo hace el tutor, por ello una posible solución al conflicto sería que el juez designe o bien brinde la posibilidad que las mismas menores escojan su propio abogado defensor si cuentan con capacidad decisoria necesaria, quién además puede desempeñarse como tutor *ad litem* al existir la referida influencia por parte de la progenitora. De manera tal que el letrado cumpliría una doble función que es la de abogado y tutor *ad litem* al mismo tiempo.

No se desprende de las actuaciones que se haya realizado un examen exhaustivo respecto a las capacidades de las menores (impúberes por cierto) para determinar el nivel de entendimiento y madurez para la toma de una decisión tan trascendental como lo es la designación de un abogado patrocinante.

Resulta a criterio personal contradictorio los fundamentos expuestos, ya que si bien se reconoce la jerarquía constitucional de la Convención de los Derechos del Niño, como así mismo valora lo dispuesto en la ley nacional 26.061 que proponen una capacidad progresiva sujeta al entendimiento del menor y su grado de evolución personal, aminora a ésta última por el solo

hecho de no haber derogado artículos del Código Civil referente a la capacidad de los menores. Ajusta la designación a lo dispuesto por la norma de inferior categoría como lo es el Código Civil que se basa en un parámetro rígido como es la edad.

Si bien el juzgador reconoce el derecho de los menores a la asistencia letrada propuesta por la ley 26.061, pero sin embargo con los mismos fundamentos del párrafo precedente, coarta la posibilidad a los menores impúberes limitándolos a ejercer tal derecho a partir de los catorce años, siendo que la ley nacional nada dice respecto a la utilización de un criterio etario en la designación de un abogado defensor. El suscripto no comparte el criterio del tribunal, ya que a pesar que la ley nacional presenta igual jerarquía que el Código Civil, la primera debe ser interpretada en conjunción con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, ya que se trata de una ley operativa de esta última, destacando que la Convención desde el año 1.994 posee jerarquía constitucional.

En conclusión, se debió analizar la capacidad progresiva de las menores sin considerar su edad atento a las previsiones de la ley 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño, y en virtud de tal estudio, proclamar la intervención de un abogado que patrocine los derechos de las menores.

En el caso estudiado al existir intereses contrapuestos y una gran influencia de la madre, comprobada por el juzgador, es correcto la participación de un tutor *ad litem*, pero se desconoció el derecho de las menores a poder hacer valer su voz de manera directa ante el tribunal, lo cual no ocurre con el tutor al ser un representante, es decir un intermediario. Esto sin embargo pudo haberse subsanado, si se hubiera propuesto un letrado que cumpla una doble función, la de abogado del niño y la de tutor *ad litem*, atento a la falta de autodeterminación de las menores y aun con capacidad progresiva suficiente, se advierte igual solución ante la gran influencia

materna. Esta solución obviamente debe llevarse a cabo por medio del magistrado

***C. N. Apel. Civ., Sala “C”, “H., R. A. c. B., M. J. s/incidente familiar”, 30/07/13, Cita online: www.laleyonline.com.ar AR/JUR/41472/2013.**

En el presente caso el menor A. por derecho propio solicitando se patrocine por el doctor A. M. conforme lo prescribe el art. 27 inciso c de la ley nacional 26.061

En primera instancia el juez desestima la presentación, rechazando el pedido debido a que quien le ha presentado el abogado al menor ha sido uno de sus progenitores. Interpretando el magistrado, que el menor no actuó con verdadera autonomía en dicha designación, no estado libre de influencias por parte de su progenitor.

Se argumenta que si bien el niño cuenta con el derecho a participar activamente del proceso judicial asistido por un abogado patrocinante, es el juez quien debe determinar si el menor cuenta con la capacidad suficiente para llevar a cabo tal decisión, controlando que la decisión no sea de carácter antojadiza o apresurada e inclusive que no esté sujeta a influencias de los padres, ya que actos de tal naturaleza atentan contra la autonomía del menor en el proceso.

Se destaca que tanto la participación del niño en el proceso como así mismo la designación de un abogado que patrocine al primero, no se hallan sujetos a un límite etario, sino que el nuevo parámetro indicador es el grado de madurez y desarrollo.

Ante la presentación del menor que fue desestimada por entender la magistrada que la voluntad del menor ha sido condicionada por la influencia de su padre, designa un tutor *ad litem* para que represente al menor en el proceso.

En este escenario interviene la Defensora Pública de Menores de Cámara quien argumenta

que ante nada, el principio rector para la determinación de cualquier decisión relacionada con el niño es el interés superior del menor, debiendo resolverse ello atendiendo a su bienestar lo cual se encuentra estipulado en el artículo 3 inciso 1 de la Convención de los Derechos del Niño el que dispone que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales... una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño. Se trata de un concepto abierto de carácter práctico que los jueces deben darle un contenido preciso.

Ante el decisorio de primera instancia la Cámara Nacional de Apelaciones sala C, confirma lo decidido por el juez de primera instancia.

La Cámara de Apelaciones reconoce las garantías que dispone el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que garantizan al menor la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial. Asimismo, los artículos 24 y 27 de la ley nacional 26.061 se refieren al derecho de niños y adolescentes de opinar y ser oídos, como el derecho a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia en todo procedimiento que lo incluya.

En este orden de ideas el menor conforme la legislación citada se encuentra legitimado para tal actuación por derecho propio con patrocinio propio, no siendo la edad un elemento condicionante.

A pesar de lo relatado no se desconoce la vigencia del Código Civil que categoriza a los menores en dos grupos: por un lado los menores impúberes (0 a 14 años) y los menores adultos (14 a 18 años), siendo que los primeros son incapaces absolutas reputándose sus actos realizados sin discernimiento si son actos ilícitos (artículo 921). Por ello estipula el sistema de representación a través de diversos institutos como son los padres, tutores, curadores, Ministerio

de Menores.

Ambos regímenes deben armonizarse, sin embargo no se debe dejar de lado que la Convención de los Derechos del Niño se transformó en norma constitucional en el año 1.994 tras la reforma operada en el artículo 75 inciso 22.

De manera tal, se han incorporado a nuestro derecho conceptos tales como autonomía y capacidad progresiva que apunta al ejercicio de los derechos de los menores, debiendo el juez evaluar la actuación del menor en atención a su capacidad progresiva para determinar si pueden llevar a cabo tales actos, ya que según este criterio, aún en el caso que un menor no cuente con la edad de catorce años, puede ser autorizado a llevar a cabo un acto y considerarlo eficaz.

En este contexto se desprende de las actuaciones que el menor manifiesta que “no sabe muy bien porque motivo” su padre lo llevó a una Defensoría Zonal, aunque el menor expresa que era para hablar y que tras las charlas que había tenido con la abogada y una psicóloga, le dijo a su papa que quería tener un abogado, de esa manera por intermedio de su padre llegó al doctor Alejandro C. Molina.

Si bien el justiciable reconoce que los hijos no tienen la suficiente madurez para elegir un abogado, nadie está en mejores condiciones para elegir un abogado que sus propios representantes legales, lo cierto es que tampoco deben admitirse presentaciones judiciales de supuestos patrocinantes de menores, cuando en realidad son artilugios de los padres, siendo esto lo que resulta de las actuaciones, ya que quien le ha presentado el abogado al menor es el progenitor con quien el niño quería vivir según se desprende de las actuaciones, por lo que a juicio del justiciable dichos actos ponen en tela de juicio la actuación del menor Arik, ya que su decisión no parece libre de influencias, por lo que la Cámara confirma la resolución de primera instancia.

Por todo ello ante la compleja trama familiar y la posibilidad de que existencia de intereses contrapuestos entre los padres entre sí y con respecto a su hijo, teniendo en cuenta el derecho de defensa de éste último, la magistrada había decidido designar un tutor *ad litem*, siendo que la tarea de este es tutelar los intereses del menor como portador de intereses diferentes a los de sus padres y que además garantiza el derecho del menor a ser oído.

Por todo ello, resuelve: Confirmar la resolución recurrida, debiendo notificar oportunamente.

La Sra. Juez de Cámara Dra. Beatriz L. Cortelezzi, no firma la presente por hallarse en uso de licencia. — Omar Luis Díaz Solimine. — Luis Álvarez Juliá.

Conclusión:

En el caso desarrollado, ante la solicitud del menor de intervenir en el proceso con asistencia letrada propia, fue rechazada tanto en primera instancia como en el fallo de Cámara. Se tomó en consideración que en el caso planteado el menor no gozaba de entera libertad en la elección del letrado por cuanto uno de los progenitores había llevado al niño a una defensoría zonal, donde tras una charla con una abogada y una psicóloga, decide participar en el proceso que lo involucra, asistido por un abogado.

A criterio personal resulta acertada la resolución tanto de primera instancia como de la Cámara de Apelaciones, ya que el derecho del menor a contar con su propio abogado defensor debe ser ejercido al igual que lo ejerce un adulto, es decir sin influencias o vicios que afecten su voluntad.

Como punto importante se destaca la jerarquía constitucional que presenta la Convención de los Derechos del Niño.

Establece entre otras cuestiones que se deben conjugar los sistemas que contemplan el régimen de la minoridad, es decir el dispuesto por el Código Civil con el determinado en la ley nacional 26.061 y la Convención de los Derechos del niño, destacando que hay que adaptarse a los cambios que se vienen y los que se relacionan con la capacidad del menor no sujeta a edades determinadas.

Se tomó una base de gran valor y que resulta acertada, que es el criterio del interés superior del niño, el mejor beneficio para el menor, siendo a modo de ver del suscripto el primer indicador de cómo llevar adelante el proceso.

A pesar de todos los puntos a favor que merece el fallo reseñado, se estima que en este caso al igual que otros previamente referenciados, se pudo haber utilizado el figura del abogado del niño, juntamente a la del tutor *ad litem* ambas fusionadas en una misma persona. En su tarea no solo cumpliría la misión de defender los intereses del menor, sino que además la asistencia del abogado permitiría no mediatizar su opinión y que esta llegue directamente al juzgador

Conclusión General

Finalizando este trabajo, respecto del régimen clásico y moderno de la minoridad se concluye que:

- 1- Existen en nuestro país dos realidades legales de distinta naturaleza: por una parte la mirada tutelar, proteccionista y limitada como lo es la doctrina de la situación irregular

que guía nuestro Código Civil, la que encasilla a los menores en parámetros etarios con edades a cumplir para poder acceder a derechos propios, considerando a los menores incapaces como reglas, pudiendo actuar solo cuando la ley lo dispone. Mientras tanto por otro lado surge una nueva mirada totalmente distinta de la minoridad denominada doctrina de la protección integral, surgida a partir de la Convención de los Derechos del Niño la que es acompañada por la ley nacional 26.061, ambas estableciendo un nuevo régimen donde se considera que los menores no sienten, piensan y se desarrollan de igual manera. Este nuevo pensamiento implica que la evolución personal y el grado de entendimiento no pueden limitarse a quedar comprendidos dentro de un parámetro etario. El sistema de protección integral propone una interacción más igualitaria en la relación de menores-adultos, donde participa el menor y su medio su medio familiar y social. Se propone que la función formativa de la familia se lleve a cabo sin el marco de rigidez, lejos de aquella concepción donde el menor asumía un lugar de sumisión.

- 2- El paradigma de la protección integral, tanto en la normativa internacional como en la nacional, trajo consigo una nueva mirada, transformándose el menor en un ser visible donde se le brinda un espacio en el que participa activamente en temas que lo afecten, en el que puede ser oído y respetado, siendo parte del cambio radical en que se ha visto involucrada la minoridad. Este nuevo paradigma de la protección integral, merece la estima del redactor de esta obra ya que implica un avance no solo de carácter legislativo sino sobre todo social. Surgen a partir de la nueva doctrina normas revolucionarias para la población. Así, deberá entenderse que los menores han cambiado y que la sociedad también lo ha hecho. Era necesario un cambio ya que no es lo mismo un menor del siglo XIX, época en que se sancionó el Código Civil que uno del año dos mil quince.

- 3- La nueva doctrina produce una transformación del régimen que guía al Código Civil, afectando como consecuencia las instituciones vinculadas a la minoridad como lo son la figura de los padres, el tutor, el asesor de menores. Esto resulta sano a nuestra sociedad, ya que aleja el criterio discriminador del sistema tutelar colocando a los niños y adolescentes en el lugar de sujetos de derechos. Esto permite que salgan a la luz muchas cuestiones que quizás antes no se develaban, ya que el mismo sistema tutelar no le permitía al menor hacer valer sus derechos. A partir de la nueva minoridad el menor puede participar personalmente en los asuntos que lo afectan.
- 4- Todo lo mencionado se construye teniendo en cuenta el interés superior del niño, entendiendo por tal al mejor interés para la protección y desarrollo de su vida, el cual se determina conforme al singular, irrepetible y puntual niño. Aquellas potestades que se le han otorgado a los padres o representantes legales de los menores, para actuar en interés de éstos, no debe significar un medio que afecte o suprima los derechos que se les reconocen a los niños o adolescentes. Ha sucedido y sucede que aquella potestad protectora de los menores, por medio del instituto de la representación (padres, tutores, curadores, asesor de menores), se desenvuelve desplazando la voluntad del sujeto menor de edad, obstaculizando el conocimiento de sus verdaderas necesidades y deseos, de quien resulta su único titular, por lo que el redactor estima que la doctrina de la protección integral representa la solución para la correcta defensa de los derechos de los niños y adolescentes.
- 5- Intentando una postura conciliadora, merece hacer mención que cuanto el artículo 57 del Código Civil prescribe que “los padres o tutores son los representantes de los menores no emancipados”, teniendo en cuenta la nueva mirada de la minoridad, se debería interpretar

en el sentido de que dicha representación no impide que cuando los derechos de los menores se encuentren en contraposición con los de sus representantes o no estén gestionados correctamente, se le permita al menor, cualquiera fuere su edad concurrir a luchar por sus derechos mediante patrocinio letrado propio, a los efectos que su abogado gestione sus intereses sin sustituir su voluntad. Prerrogativa esta que podrá ser llevada a cabo por el propio menor si cuenta con el grado de madurez y desarrollo personal necesario, caso contrario el juez podrá asignarle un letrado atento a las circunstancias particulares del caso.

- 6- Surge en la realidad normativa, una solución a los pesares de los menores, mediante la figura del abogado del niño (artículo 27 inciso c, ley 26.061), cuya tarea principal es llevar la voz de su patrocinado (el menor de edad) ante el juez, haciendo valer sus derechos y garantías, pero como nota distintiva la voz del menor no es interpretada como sucede con el actuar de las figuras de la representación (padres, tutores, asesor de menores), sino que llega directamente al magistrado, sin mediatización. Se trata de un enorme avance en lo que hace al régimen de la minoridad, al hallar el camino para que los derechos de los niños y adolescentes se hagan valer, tal como deben ser, es decir por quienes resultan afectados.
- 7- En opinión personal, no es útil una postura tibia respecto a la participación del menor asistido por un abogado patrocinante. La determinación de la participación, es un hecho que debe consumarse en la realidad. Si bien las disposiciones del Código Civil no han sido derogadas, y muchos opinan que debe haber una armonización, entre lo dispuesto por el Código y la ley nacional, esa armonización debe ser llevada en gran escala, ya que no solo se incorpora una nueva figura legal al proceso en que se halla involucrado un

menor, sino que se plantea un escenario distinto en donde se modifican los roles de todos los actores procesales, entre ellos el mismo menor que adquiere una serie de prerrogativas totalmente distintas considerándolo sujeto de derecho, con una capacidad ampliada, llamada ahora capacidad progresiva.

- 8- El legislador ha sancionado una nueva normativa legal de carácter nacional que es la número 26.061 sin modificar el sistema de representación necesaria de los menores, ni el régimen de capacidad que dispone el Código Civil, los que son determinados en base a edades cronológicas. Esto lleva a interpretar que ambos deben ser armonizados, siendo el criterio imperante aquel que guarde afinidad con las reglas consagradas en instrumentos de superior jerarquía como lo es la Convención de los Derechos del Niño de idéntico posicionamiento que nuestra Carta Magna, por lo que se concluye que el criterio imperante es el de capacidad progresiva de los menores y no uno basado en periodos cronológicos.
- 9- Aquellos niños que tengan intereses en un proceso que los involucra, cualquiera sea su edad, pueden designar un abogado patrocinante. El patrocinio letrado no se encuentra condicionado a edades cronológicas, sino a la capacidad progresiva, esto constituye un derecho y una garantía mínima del procedimiento por lo que la designación es un requisito insoslayable en aquellas cuestiones que ameriten su participación. El derecho a contar con patrocinio letrado es un derecho constitucional (artículo 18), válido para todo habitante de nuestra nación, máxime cuando la persona es considerada sujeto de derecho y capaz por regla, lo cual permite concluir que el hecho de no contar con la edad de catorce años, no implica un impedimento para que un menor pueda hacer uso de ese derecho, lo cual de resultar así, implicaría efectuar una distinción donde la ley no lo hace.

10- Es importante entender que los niños y adolescentes deben ser incorporados a todos los procesos que se hallen involucrados sin trabas, se les debe permitir participar en el proceso, ser escuchados, que su opinión sea considerada dándole el valor que merece en la resolución del juzgador, y al hacerlo con patrocinio letrado le va a permitir efectuar pruebas, cuestionarlas, recurrir decisiones que lo afecten de igual modo que lo hace un adulto, ya que su calidad de sujeto de derecho así lo permite. Siempre, claro está, que su capacidad progresiva lo faculta. Sin embargo el hecho de no contar con tal capacidad, no impide tal proceder, pudiendo actuar el letrado asumiendo además de su función, la de tutor *ad litem*, solución esta que se ha propuesto en la presente obra, siempre claro está, quedando subordinada al criterio del magistrado interviniente.

11- Por su parte, las medidas tomadas en el marco del sistema de protección integral, deben ser fuertemente fundadas, acompañadas de informes interdisciplinarios a cargo de profesionales especializados, tales como psicólogos, terapeutas y asistentes sociales, profesionales que permitan evaluar la subjetividad del menor involucrado, lo cual va a permitir conocer con certeza la situación del niño o adolescente.

12- Para lograr todo ello, y que no quede resumido en simples anhelos, es necesario que se permita a los niños y adolescentes el acceso a un abogado patrocinante de menores. El redactor considera que es un gasto que debe subsidiar el Estado, atento al carácter del sujeto involucrado, siendo una persona vulnerable que se encuentra en desarrollo. En esta tarea los colegios públicos de abogados son la respuesta para lograrlo, tal como se implementó en la provincia de Buenos Aires a través de defensorías zonales, pero sin embargo en la mayoría de las provincias de nuestro país se halla inexistente. El nuevo enfoque de la minoridad resulta positivo y útil si el recurso es bien utilizado, para lograrlo

se requiere primeramente buena información mediante campañas de difusión acerca de esta nueva temática para el reconocimiento de la población, comprendiendo que se trata de una nueva mirada en la cultura de la minoridad, que presenta nuevas herramientas para ser utilizadas. Este nuevo paradigma no se introduce de un día para otro, socialmente se va logrando de a poco, para ello es necesario el apoyo de la población para que definitivamente se concrete. Esto se puede ir llevando a cabo desde el lugar que ocupamos para que esta nueva minoridad sea conocida por todos. Por parte de los profesionales es requisito insoslayable su capacitación.

13- Esta transformación implica un desafío para el derecho y la justicia. En una sociedad que no lo permitía, ahora el niño o adolescente participa activamente en todo proceso que lo involucre, pudiendo contar con la asistencia de un abogado patrocinante, lo cual lleva inevitablemente a modificar conceptos arraigados en la familia y en la sociedad para que los menores puedan acceder a un proceso mediante su participación auténtica, tal como lo garantiza la ley nacional 26.061. Es el interés superior del niño el que guía el sistema, un concepto tan importante que merece ser destacado, se trata de un pilar fundamental, una guía que debe imperar en toda cuestión que atañe a la vida del niño o adolescente.

14- En respuesta a la pregunta de investigación, se concluye que un menor de dieciocho años, puede designar su propios abogado defensor, actuando con independencia de su representante legal, tanto para un proceso administrativo como judicial, siempre que se halle involucrado, se trata de un derecho que le pertenece a todo niño, siendo su designación potestad facultativa del menor, resultando sin inconvenientes a partir de los catorce años. El mismo razonamiento resulta aplicable para aquellos que no cuenten con la edad de catorce años, siempre que su desarrollo y grado de madurez lo habiliten y le

permitan formarse un juicio propio, lo cual le va a permitir no solo participar en el proceso que los encuentren, sino además instruir al abogado para que sus pretensiones se hagan valer en la causa. Respecto de aquellos menores que no cuenten con la madurez suficiente, y no tuvieran la necesaria capacidad de comprensión, el vínculo con el asesor letrado se encontrará mediatizado por un representante legal. Más allá de ello el abogado debe mantener un contacto personalizado con el niño para conocer y comprender sus inquietudes y deseos, brindándole una correcta y efectiva protección de sus intereses.

15- Si bien las sociedades van mutando y el cambio social deviene con el paso del tiempo, acompañado de un cambio jurídico, esto se produjo en nuestro país, aunque con tardanzas. En Argentina fue necesario que el régimen de la minoridad se adaptara a las nuevas miradas que se veían en el mundo y las que se aprecian en su misma sociedad. Ello trajo como consecuencia la incorporación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño al orden interno, su posterior jerarquización constitucional y el surgimiento de un instrumento legal que lo reglamentara y haga efectivo, sucediendo esto con la sanción de la ley nacional 26.061. El indicador que nos permita determinar que norma ha de aplicarse es nuestra Constitución Nacional, como norma que se halla en la cima del ordenamiento de este país, la cual además ha dispuesto en el año 1.994 que ciertos instrumentos internacionales posean su misma jerarquía, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño. Esta pauta permite mirar cual es la directriz a tener en cuenta.

16- En el orden interno encontramos que nuestro Código Civil y la ley nacional 26.061 presentan igual jerarquía legal, encontrándose emparentadas en aplicabilidad. Sin embargo se destaca que la ley nacional presenta un condimento extra en su valorización, al resultar reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño, por lo que ante un

conflicto de calificación el criterio personal del redactor es la prevalencia de la ley nacional.

17- Finalmente, resta decir que se considera saludable el surgimiento de la figura del abogado del niño como un nuevo mecanismo de protección de la integridad de los niños y adolescentes, y de garantía en los procesos donde los derechos de aquellos puedan ser afectados, siempre con la mirada puesta en el interés superior del menor. Estamos ante un proceso innovador, que brinda un encuadre diferente, lo cual trae como consecuencia un desafío para los operadores del derecho. La participación del menor en los procesos como sujeto activo de derecho a través de la figura del abogado del niño, no implica desconocer la representación de los padres, tutores y la promiscua intervención del Ministerio Público de Menores. En estas cuestiones un problema frecuente será la autorización de los padres para que los menores estén en juicio por si solos, lo cual será resuelto por el juez, cuando existan conflictos de intereses, no debiendo admitir aquellas oposiciones sin sentido por parte de los progenitores, atendiendo la cuestión siempre en resguardo del interés superior del niño como pauta primera, teniendo en cuenta su capacidad progresiva. El derecho del menor para acceder a la justicia es tan importante como la educación, el esparcimiento, etcétera, no debiendo quedar entorpecido por ninguna norma. Es aquí donde se requiere la presencia activa del juez, quien debe propiciar el desarrollo de un proceso justo, con la pertinente escucha del menor, debiendo controlar y cuidar que la intervención del menor con su letrado se lleve a cabo protegiendo los intereses que fueron dañados, y evitando que el niño o adolescente sea objeto de influencia de adultos.

LISTADO DE BIBLIOGRAFIA:

LEGISLACION:

*Código Civil Argentino: artículos: 30; 54; 54 inc. 2; 55; 57; 57 inc. 2; 58; 59; 61; 62; 127; 128; 264; 264 *ter.*; 264 *quater* inc. 5; 265; 274; 282; 286; 307; 377; 386; 397, inc. 1,4,5; 399; 411; 412; 413; 414, 416; 491; 492; 493; 494; 921 y 1.041.

*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: artículos: 36, inc. 2 y 4.

*Constitución Nacional: artículos: 16; 18; 23 primer párrafo; 31; 75 inc. 22; 75 inc. 23; 31.

*Convención de los derechos de los niños- New York, 1.989-: artículos: 1; 2; 3; 4; 5; 8 inc. 1; 9; 12 inc. 1, 2; 13 inc. 1; 14 inc. 1; 18, primer párrafo; 20; 29 inc. d.

* Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados del año 1.969: artículo: 27.

*Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Convención Americana de Derechos Humanos -“Pacto de San José de Costa Rica”- 7 al 22 de noviembre de 1.969: artículo 1, inc. 1; 2 y 8, inc. 2, apartado e.

*Decreto Reglamentario de la ley 26.061, 415/2006.

*Ley Nacional 23.849, B.O. 27/09/1.990.

*Ley Nacional 26.061 “De protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, B. O. 27/10/2.005: artículos: 2 primer párrafo; 3 inc. a, b, c, d, e, f; 5; 7; 9; 14; 15; 19 inc. a, b, c; 23; 24 inc. .a, b; 27 inc. a, b, c, d, e.; 28; 41 inc. a; 43; 45; 47; 49; 69 y 76.

*Ley Nacional 26.579, B.O. 22/12/2.009, artículo 1

DOCTRINA:

Libros Impresos:

*Álvaro Velloso, Adolfo (2.008), *Introducción al estudio del derecho procesal, primera parte*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni.

* Bidart Campos, Germán (1.995), *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.

*Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. (2.000), *Manual de Derecho de Familia*, (5ta. edición actualizada, 2da. reimpresión), Buenos Aires, Astrea.

*Cifuentes, Santos, (1.997), *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Astrea.

*Cillero Bruñol, Miguel, (2.001), *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva*, *Justicia y Derechos del Niño, n°3*, Buenos Aires, UNICEF.

*Clariá Olmedo, Jorge A. (1.983), *Derecho Procesal*, (t1), Buenos Aires, Depalma.

*García Méndez, Emilio -.compilador- (2008), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, (2° edición) corregida, aumentada y actualizada, Buenos Aires, Editores del Puerto.

*Gil Domínguez Andrés, Fama María Victoria y Herrera Marisa, (2.012), *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada Anotada y Concordada*, Buenos Aires, Ediar.

*Llambías, Alberto J.(1.982), *Derecho Civil I. Parte General Tomo II*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

*Mizrahi, Mauricio L. (1.998), *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Buenos Aires, Astrea.

*Palacio, Lino E., (1.986), *Manual de Derechos Procesal civil, t1*,(6ta. Edición), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

*Palacio, Lino E. (2.005) *Tratado de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

*Rodríguez, Laura (2.011), *Infancia y Derechos: Del patronato del abogado del niño, experiencia de la clínica jurídica de la fundación SUR*, Buenos Aires, Eudeba.

*Zannoni, Eduardo A. (1.998), *Derecho de Familia, t. II*, Buenos Aires, Astrea.

Revistas Especializadas:

*Alé, Romina (2.012), El derecho de los niños a su defensa técnica, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia - Derecho de Familia*, Agosto de 2.012 (4), (pp. 48-54), Buenos Aires, Abeledo Perrot,

*Antón Ricardo E. y Moreno Gustavo D. (2.012), La defensa pública de niñas, niños y adolescentes en las vías recursivas, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia - Derecho de Familia*, Mayo de 2.012 (5), (pp.87-104), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

*Faroni, Fabián Eduardo (2.011), La voluntad de las niñas, niños y adolescentes en la determinación del régimen de comunicación, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia - Derecho de Familia*, Julio de 2.011 (50),(pp. 175-194), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

* Montejo Rivero, Jetzabel Mireya (2.011) Autonomía, participación y capacidad progresiva de niñas, niños, adolescentes, *D. de Familia- Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (51), (pp. 289-290), Buenos Aires, AbeledoPerrot.

*Moreno, Gustavo D. (2.012) La edad del niño para estar en juicio con un abogado propio, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia - Derecho de Familia, Diciembre de 2.012* (6), (pp. 49-60), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

*Rattero Nadia L. (2.013) La participación activa del niño: un modelo para armar y otro para desarmar. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abril de 2.013*, (2), (pp.11-24), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

JURISPRUDENCIA:

*C. N. Apel. Civ., Sala “B”, “K., M. y otro c. K., M. D. 19/03/2.009, **Cita online:** www.laleyonline.com.ar AR/JUR/3038/2009.

*C. N. Apel. Civ., Sala “I”, “L., R. c. M.Q., M. G” 04/03/09, **Cita online:** www.laleyonline.com.ar AR/JUR/751/2009.

*C. S. J. N., “P., G. M. y P., C. L.”, 27/11/12, Citar online: www.abeledoperrotonline2.com- Nº: AP/JUR/3498/2012.

*C. N. Apel. Civ., Sala “I”, “B. L. A. E. c. G., Y. A. s/ régimen de visitas”, 15/10/13, **Cita online:** www.laleyonline.com.ar AR/JUR/69621/2013.

*C. N. Apel. Civ., Sala “C”, “H., R. A. c. B., M. J. s/incidente familiar”, 30/07/13, **Cita online:** www.laleyonline.com.ar AR/JUR/41472/2013.

SITIOS DE INTERNET:

*www.laleyonline.com.ar.

*www.abeledoperrotonline2.com.

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:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Fernando Luciano Oviedo
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	30.504.729
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El Abogado del Niño
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	fernando-oviedo-10@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Lugar: Ciudad de Yerba Buena, Provincia de Tucumán - Editor: Fernando Luciano Oviedo - Fecha: Mayo 2016.

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:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1]	Si
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

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:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

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.