



## **ABOGACÍA**

# **EL ABOGADO DEL NIÑO**

## **Supuestos de Procedencia**

Santiago Pedro Bulacio Pérez

Año 2.017

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como finalidad conocer como a través de la evolución del derecho, primero en el orden internacional para luego ser acogido en nuestra legislación nacional y provincial, se amplió el reconocimiento de facultades, derechos y garantías de los niños niñas y adolescentes (en adelante NNA), pasando de ser objetos de tutela a ser sujetos de derechos.

El dictado de la Convención sobre los Derechos del Niño significó un cambio de paradigma toda vez que legisló una ley marco (suscripta por la mayoría de los países del mundo) que regula y reconoce derechos y garantías mínimos, los que deben ser considerados como la base o piso de todo otro derecho a legislarse.

El NNA pasa a ser el centro y el núcleo de tutela. Los progenitores dejan de ser meros representantes de sus hijos hasta la obtención de la mayoría de edad para ser educadores, de manera que a mayor edad que tengan sus hijos vayan adquiriendo mayor capacidad, de este modo podrán llegar a la mayoría de edad con las herramientas necesarias para encarar sus vidas de la mejor manera, esto es lo que se conoce como capacidad progresiva.

Por último, y a modo de puntapié inicial al desarrollo del presente trabajo, entro otros derechos se reconoció al NNA su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todo proceso judicial o extra judicial en el que se vean involucrados, mismo que deberá ejercerse por medio de un abogado de su confianza especializado en niñez y adolescencia denominado el abogado del niño.

**Palabras claves:** Menor de edad - Capacidad progresiva - Derecho a ser oído - Abogado del niño.

## **ABSTRACT**

The aim of this paper is to learn how the recognition of children and adolescents' powers, rights and warranties has been widen, changing from being object of custody to be subject of rights due to the evolution of law, first in the international order to be then embraced by our national and provincial laws.

The enactment of the Convention on the Rights of the Child meant a change of paradigm since it legislated a framework law (subscribed by the majority of the countries in

the world) which regulates and recognises basic rights and warranties, which must be considered as the basis for any other rights to be legislated.

The child or adolescent becomes the centre and nucleus of custody. Parents cease to be mere representatives of their children until they reach full age, so that the older their children get, the greater capacity they acquire. In this way, when children reach full age, they have the necessary tools to go through life in the best possible way. This is known as progressive capacity.

Finally, and as starting point of the present work, it has been recognised, among others, the children and adolescents' right to be heard and their opinion to be taken into account in every judicial or extrajudicial proceeding; right which must be exercised by a trusted legal representative specialised in childhood and family law, called the child's attorney.

**Key words:** minor child – progressive capacity – right to be heard – child's attorney.

## **INDICE**

Introducción..... Pág. 6

### **Capítulo I: “Régimen de Minoridad y Capacidad”.**

Introducción..... Pág. 11

I.1.- Sistema del Código Civil y Comercial de la Nación..... Pág. 11

I.2.- El régimen de capacidad en el Código Civil de Vélez..... Pág. 12

I.3.- La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061..... Pág. 13

Conclusiones Parciales..... Pág. 16

### **Capítulo II: “La Participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”.**

Introducción..... Pág. 18

II.1.- El lugar del niño y adolescente en el Código Civil y Comercial..... Pág. 18

II.2.- El punto de partida: La autonomía progresiva de niños y Adolescentes..... Pág. 21

II.3.- De la participación en el proceso al carácter de parte procesal..... Pág. 25

    II.3.1.- Niño que participa directamente con su voz o su opinión..... Pág. 27

    II.3.2.- Niño o adolescente como parte procesal..... Pág. 30

Conclusiones parciales..... Pág. 35

### **CAPÍTULO III: “El abogado del niño, principales cuestiones”.**

Introducción..... Pág. 36

III.1.- La representación de los niños, niñas y adolescentes..... Pág. 36

III.2.- El abogado del niño, marco legal, doctrinario y jurisprudencial..... Pág. 39

    III.2.1.- Primer caso jurisprudencial de la Provincia de Salta. Análisis..... Pág. 45

        III.2.1.a.- Presentación..... Pág. 45

        III.2.1.b.- Posturas y Fundamentos..... Pág. 45

        III.2.1.c.- Opinión personal..... Pág. 49

III.3.- El abogado del niño, con relación a la representación de los padres, los tutores y el Ministerio Público de Menores..... Pág. 51

III.4.- Quien designa al Abogado del Niño.....	Pág. 53
III.5.- Quien debe abonar los honorarios del Abogado del Niño.....	Pág. 54
Conclusiones parciales.....	Pág. 55
Conclusiones finales.....	Pág. 56
Bibliografía.....	Pág. 61

## ❖ INTRODUCCIÓN

En el año 1989 se sanciona la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup>(en adelante CDN), que introdujo un cambio de paradigma en la concepción del niño, niña y adolescente, y motivó que los países adherentes adecuaran sus legislaciones, en nuestro caso con la sanción de la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>2</sup>, y el reciente Código Civil y Comercial de la Nación Argentina<sup>3</sup> (en adelante C.C.yC.).

Esta nueva legislación nos llevó a la novedosa figura del Abogado del Niño introducida por el art. 27 de la Ley 26061<sup>4</sup> por la cual se obliga a que la niña, niño y adolescente sea asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

Esta importante empresa en la que nos sumamos nos llevó al problema de conocer en qué supuestos y bajo qué circunstancias el niño, niña o adolescente (en adelante NNA), debe ser patrocinado por el abogado del niño, como así también a la adecuación de las distintas legislaciones provinciales a los fines de garantizar este derecho.

Si bien no se discute que el niño tiene derecho a ser oído en todo proceso que lo involucre independientemente de su edad, jurisprudencialmente hay diversas posturas respecto de a qué edad el niño, niña o adolescente debe participar en el proceso con el patrocinio letrado de este abogado especializado en niñez y adolescencia, aunque la jurisprudencia imperante que viene implementándose a nivel provincial y principalmente la

---

<sup>1</sup> Convención Sobre los Derechos del Niño, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990. [Versión electrónica]. Recuperada el 25/05/2016 de: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-23849.html>

<sup>2</sup> Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada por el Congreso de la Nación como ley 26.061 el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005. [Versión electrónica]. Recuperada el 25/05/2016 de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

<sup>3</sup> Código Civil y Comercial de la Nación, Sancionada por el Congreso de la Nación como ley 26.994 el 01 de Octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014.

<sup>4</sup> Artículo 27 de la Ley 26061. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece que los menores de catorce años son incapaces absolutos de hecho y, por ende, carecen de capacidad para designar un letrado de confianza, en consonancia con los artículos 54 y 921 del Código Civil (Vélez Sarsfield)<sup>5</sup>.

El cambio de paradigma al que se hizo referencia pone la mirada del menor no ya como un objeto de tutela sino como un sujeto de derechos otorgándoles un plus de derechos y garantías por su condición, los que se traducen principalmente en el “superior interés del niño”, “su derecho a ser oído y a que su opinión se tenga en cuenta en función de la edad y el grado de madurez” y a “participar en los procesos en forma directa o por medio de un representante o de un órgano apropiado”.

Es en este último principio que cobra relevancia la figura del Abogado del Niño y lo trascendental de su existencia a los fines de garantizar que el niño, niña y adolescente sea efectivamente parte de todo proceso judicial o administrativo en que se vea involucrado y que su voz sea tenida en cuenta al momento de resolverse la cuestión que lo afecte.

Por lo anteriormente expuesto es que es tan importante identificar los supuestos y las circunstancias previstas por la legislación vigente en la materia en las que el Niño, Niña o Adolescente debe ser patrocinado por el Abogado del Niño analizando la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el Código Civil y Comercial de la Nación en comparación con el Código Civil Velezano anterior; poder explicar y entender las diferencias entre el Asesor de Incapaces, el Tutor Ad hoc y el Abogado del Niño; e identificar las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, entre otros.

Antes de comenzar con la lectura del tema es fundamental entender algunos conceptos básicos que serán mencionados a lo largo del trabajo toda vez que son el núcleo del plus de derechos del que gozan los NNA, ellos son: “superior interés del niño” entendiendo como tal a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos; “su derecho a ser oído y a que su opinión se tenga en cuenta en función de la edad y el grado de madurez” con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; y a “participar en los procesos en forma directa o por medio de un representante o de un órgano apropiado” aquí aparecen las figuras

---

<sup>5</sup> Código Civil de la Nación, Sancionada por el Congreso de la Nación como ley 340 el 25 de Septiembre de 1869. [Versión electrónica]. Recuperada el 25/05/2016 de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

del Asesor de Incapaces, del Tutor Ad Hoc y del Abogado del Niño que serán quienes se encargarán de representar y velar por los derechos de las niñas, niños y adolescentes durante el proceso de que se trate, judicial o administrativo.

El eje central del problema de investigación pretende el análisis del derecho de todo niño, niña o adolescente a participar en todo proceso judicial o administrativo que lo involucre por medio de su letrado patrocinante (abogado del niño), que será el encargado de hacer valer sus derecho en forma directa, colocándolos en situación de igualdad jurídica ante las garantías constitucionales del debido proceso y la legítima defensa, pretendiendo responder a la pregunta de:

¿Cuál es el marco legal de la figura del abogado del niño y su correlativa intervención en los procesos judiciales y extrajudiciales en los que el niño, niña o adolescente debe ser patrocinado?.

Pretendemos con el presente trabajo realizar un análisis de tipo exploratorio y descriptivo, que buscan especificar las propiedades más importantes del instituto sometido a análisis, midiendo, o evaluando sus diversos aspectos, dimensiones o condiciones. Consiste en optar por una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema.

Utilizaré una estrategia cualitativa, que busca descubrir, profundizar, captar el sentido de las instituciones sociales (en nuestro caso, las jurídicas), por medio de la comprensión analítica y/o la interpretación de los significados de las normas que las regulan.

Está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento de algún fenómeno o situación” permitiendo un conocimiento más profundo y crítico de la dimensión normativa y valorativa de los fenómenos estudiados.

Para el desarrollo se recolectará información sobre las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales de la cuestión abordada a fin de comprender los supuestos y las circunstancias en las que el Niño, Niña o Adolescente debe ser patrocinado por el Abogado del Niño.

Partiré del análisis de la Convención Sobre los Derechos del Niño en lo relativo a la figura del abogado del niño y los temas vinculados, para luego analizar la aplicación de esa normativa en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el Código Civil de Vélez Sarsfield derogado, el nuevo Código Civil y



Comercial de la Nación, marcando las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales imperantes, con sus respectivas posturas mayoritarias y minoritarias.

Surge a primera vista la importancia de la temática a desarrollar, toda vez que nos permitirá conocer a fondo la figura del Abogado del Niño y lo trascendental de su existencia a los fines de garantizar que el NNA sea efectivamente parte de todo proceso judicial o administrativo en que se vea involucrado y que su voz sea tenida en cuenta al momento de resolverse la cuestión que lo afecte. Y en contraposición con ello la falta grave que significa en nuestro caso que la Provincia de Salta no tenga legislado al Abogado del Niño, lo que torna en falacia y letra muerta los derechos y garantías constitucionales de los NNA mencionados.

De la Convención de los Derechos del Niño parece desprenderse que la designación de abogados para los niños depende de su capacidad progresiva. Por su parte, la ley 26.061 en su artículo 27, reconoce el derecho de defensa técnica a todo niño, independientemente de su edad y discernimiento. Esto viene a ampliar el piso mínimo de derechos establecidos en la Convención, y debe prevalecer sobre esta por esta misma razón.

De esta introducción se desprende en forma clara la necesidad de intervención del abogado del niño en todo proceso judicial o administrativo en el que se vean involucrados derechos y garantías de los NNA, pero no surge tan claro el alcance de la misma, toda vez que se plantea una discusión doctrinaria respecto de si esa intervención del letrado debe ser independiente de toda edad de su patrocinado o si esta es una condicionante.

En otras palabras, ¿todo niño e incluso un bebé deben tener un letrado patrocinante a quien impartir instrucciones?. Si habláramos de un bebé o un niño con escaso discernimiento el sentido común nos indicaría que esto no es posible, toda vez que sus derechos e intereses estarían de todas maneras resguardados con la intervención del Asesor de Incapaces o del Tutor ad hoc que prevé el Código Civil y Comercial, sin embargo no es lo que indica el art. 27 de la ley 26.061 que prevalece sobre las leyes de fondo.

Ahora bien, una vez alcanzado ese grado de comprensión y madurez referido nada se discute de que el NNA pueda participar en el proceso de que se trate con su abogado particular, aunque esta postura no ha sido favorablemente receptada ni en el fuero de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia de la Provincia de Salta, ni en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, ni en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para el desarrollo del presente trabajo en el capítulo I abordaremos la temática del régimen de minoridad y capacidad en nuestro país, desde el código velezano hasta la

legislación vigente en nuestros días con el nuevo Código Civil y Comercial, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061; luego en un segundo capítulo desarrollaremos lo que es la nueva mirada de la niñez y adolescencia desde la órbita de su participación en el proceso judicial con los principios, derechos y garantías que los gobiernan; para finalizar con un tercer capítulo donde se expondrán las principales cuestiones que se plantean en torno a la figura del abogado del niño que nos ocupa.

# CAPITULO I

## Régimen de Minoridad y Capacidad

### ❖ CAPÍTULO I: RÉGIMEN DE MINORIDAD Y CAPACIDAD.

#### INTRODUCCIÓN

Lo que se pretende en el presente capítulo es tener un pequeño panorama del régimen de minoridad en la República Argentina, en particular respecto del momento en el que se alcanza la mayoría de edad y el régimen de capacidad de los NNA, haciendo un paralelismo con el sistema anterior del Código de Vélez, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061, lo que nos permitirá entender la nueva mirada de los niños que tiene la actual legislación.

#### I. 1.- SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Este “nuevo” código vigente se proyectó y sancionó receptando como fundamento el proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado derivado del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos, que entre sus principios esenciales destaca el de la no discriminación y respeto de la persona y su diversidad, principios estos que entre otros fueron receptados e incorporados a nuestra legislación con jerarquía constitucional de una serie de tratados internacionales en materia de derechos humanos luego de la reforma del año 1994 por medio del art. 75 inc. 22 de la C.N..

Estos tratados han incidido de manera directa en la conciencia del legislador toda vez que al momento de dictar las normas tiene el deber de adecuarlas a esos postulados internacionales causando un fuerte impacto en nuestro derecho interno.

Es así que surge el cambio de paradigma de la mirada hacia los niños que dejan de ser objetos de tutela para ser reconocidos como sujetos de derecho con los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos

por su condición de personas en desarrollo<sup>6</sup>. (Del Mazo, 2010)<sup>7</sup>.

Esto nos apartó del antiguo régimen tutelar y paternalista del estado donde los “menores” (denominación entonces empleada en forma general y comprensiva de la totalidad de niños menores de edad) eran considerado objeto de tutela, en el cual su voluntad era reemplazada por la de su representante legal sin tener derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta para la mayoría de los casos, excepcionalmente podrían otorgar algunos actos en forma válida, pero solo aquellos permitidos por la ley.

Es en esta moderna legislación donde se les reconoce ese plus de derechos, que se traducen entre otros en la capacidad progresiva, en el derecho a ser oídos y que su voz tenga sentido en el resultado del proceso en el que se vean involucrados, y a participar en forma directa por medio de un representante legal especializado en niñez y adolescencia.

## **I. 2.- EL RÉGIMEN DE CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ.**

Comencemos tratando de definir o comprender que se entiende por capacidad. Ésta es tradicionalmente definida como un atributo de la persona (tales como el nombre, domicilio, estado, etc.), e implica la aptitud o idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Se divide en capacidad de derecho o goce y capacidad de hecho o ejercicio. Mientras la capacidad de derecho puede ser restringida (siempre de manera relativa), la capacidad de ejercicio puede tener restricciones inclusive de forma absoluta (ej. personas por nacer), motivo por el cual para su ejercicio se requiere de un representante legal que actúe en nombre del incapaz o que lo asista según el caso. La idea de representación involucra una verdadera ficción jurídica, hay una persona que realiza el acto, pero no lo hace en su nombre sino a nombre de aquel a quien está representando<sup>8</sup>.

El ejercicio de esa capacidad estaba íntimamente ligado con la edad de las personas.

---

6 Este es el principio que surge de la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de agosto de 2002, cuando al referirse a la condición jurídica del niño dispone que no deben ser considerados objeto de protección segregativa, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo. No solo se deben proteger sus derechos, sino también adoptar medidas especiales de protección, conforme al art. 19 de la Convención Americana y un conjunto de instrumentos internacionales en materia de niñez.

7 Del Mazo, C. (2010). Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529. [Versión electrónica]. Recuperada el 25/05/2016 de: <https://catedraderechocivil1.files.wordpress.com/2013/09/capacidad-y-autonomc3ada-de-voluntad-de-menores-del-mazo.doc>

8 Código Civil y Comercial de la Nación, Sancionada por el Congreso de la Nación como ley 26.994 el 01 de Octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014.

Originalmente el Código Civil disponía que la mayoría de edad se adquiría a los 21 años para luego ser modificada en el año 2009 con la sanción de la Ley 26579 a la edad de 18 años. Durante la minoría de edad, existía una incapacidad general de obrar, que mientras para los menores de 14 años (denominados menores impúberes) era absoluta, para los menores adultos cuya edad oscilaba entre los 14 años y hasta los 18 años esa capacidad sería relativa y únicamente para los actos que la ley les permitía otorgar. Esta distinción entre menores impúberes y adultos se fundaba en que consideraban que a partir de los 14 años recién el menor tenía discernimiento para los actos lícitos, es decir aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad.

Se puede dimensionar como el estado regulaba la capacidad de derecho y de ejercicio de los menores a través de edades estancos, es decir hasta los 14 años y luego hasta los 18, rigiéndose por un régimen cronológico, como si de un momento a otro y por el solo paso del tiempo los niños adquiriesen la capacidad de razonamiento necesaria para otorgar actos jurídicamente válidos. En ningún momento se consideraba que esa capacidad podría ser progresiva y que no dependía solo del paso del tiempo sino de otras circunstancias que hacen a la vida diaria de estos pequeños y que influyen en ellos de manera directa, como ser la educación, salud, alimentación, cuestiones socio-económicas que se dan en el seno familiar, situaciones de violencia, abandono, entre otras.

### **I. 3.- LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA LEY 26061.**

Ahora bien, a partir de la incorporación a nuestro sistema jurídico de la Convención de los Derechos del Niño -ley 23.849/90-, a la que luego se le dio rango constitucional en el art. 75 inc. 22 de la C.N., y más recientemente de la ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, es que se produjo el cambio de paradigma de la mirada hacia la persona menor de edad, considerándolo sujeto de derecho.

La CDN incorpora en su artículo 5<sup>9</sup>, el principio de la autonomía progresiva que indica a los Estados parte que deberán respetar los derechos y deberes de los padres o representantes legales, siendo su responsabilidad la de guiar a los niños en la medida de su desarrollo, para que puedan ir aprendiendo y concretando el ejercicio de los derechos que la

---

<sup>9</sup> CDN, art. 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

CDN titulariza en ellos<sup>10</sup>. Visto desde la óptica del menor esta nueva expresión de la autonomía progresiva implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes, de roles o funciones, conforme a su desarrollo y madurez lo cual es absolutamente contrario al sistema rígido y cerrado del Código Civil anterior. Marca una diferencia tajante y radical respecto a la mirada del menor. Ya no se tratan de objetos pasibles de tutela sino de verdaderos sujetos de derechos, respecto de los cuales los padres, tutores, representantes legales, y la sociedad misma tienen la obligación de educarlos, orientarlos, dotarlos de herramientas para que esos derechos que potencialmente poseen pueda ir siendo ejercidos de manera responsable y en forma autónoma por los NNA hasta alcanzar la mayoría de edad, y que no lleguen a este momento inexpertos debiéndose topar con las obligaciones de la vida de un adulto sin la suficiente preparación previa.

También la CDN incorpora en el artículo 12 inc. 1º<sup>11</sup> el derecho de los niños a expresar su opinión en todos los temas que los afectan, la cual deberá ser tomada debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez<sup>12</sup>. Nuevamente aquí se advierte el carácter protagónico que la Convención confiere a los niños en lo que hace al desarrollo de su vida, que contrasta con el perfil meramente tuitivo del Código Civil<sup>13</sup>. No se trata de un simple enunciado sino de una verdadera innovación a la hora de resolver cuestiones que atañen o involucran derechos de los NNA, toda vez que estos deberán ser oídos y su opinión tomada en cuenta, primero por los padres o representantes legales a la hora de tomar decisiones que los involucren como ser la del ejercicio del cuidado personal en caso de separación de los esposos, sino también por el magistrado que deba resolver esas cuestiones cuando se dieron en forma controvertida y fueron llevadas a su conocimiento. Que importante es que el Juez y el Asesor de Menores puedan darle la oportunidad (y al mismo tiempo tenerla ellos) de

---

<sup>10</sup> Al referirse a este artículo N° 5, la Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño dispone en su artículo 7 que el Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos. Tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, de acuerdo con su edad y madurez y proporcionarles un entorno seguro y propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse. Los adolescentes necesitan que los miembros de su entorno familiar les reconozcan como titulares activos de derecho que tienen capacidad para convertirse en ciudadanos responsables y de pleno derecho cuando se les facilita la orientación y dirección adecuadas.

<sup>11</sup> CDN, art. 12. 1. establece: Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

<sup>12</sup> Al referirse a este artículo N° 12 de la CDN, la Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño dispone en su artículo 8 que para que los adolescentes puedan ejercer debidamente y con seguridad este derecho, las autoridades públicas, los padres y cualesquiera otros adultos que trabajen con los niños o en favor de éstos necesitan crear un entorno basado en la confianza, la compartición de información, la capacidad de escuchar toda opinión razonable que lleve a participar a los adolescentes en condiciones de igualdad, inclusive la adopción de decisiones.

<sup>13</sup> Del Mazo, C. (2010). Ob. Cit.

escuchar al NNA involucrado, para poder discernir finalmente conforme a derecho y teniendo en cuenta su interés superior.

La ley 26.061 de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, profundizó estos principios procurando lograr la aplicación concreta y efectiva de las directivas de la Convención materializando el interés superior del niño. Asimismo tuvo el claro propósito de compatibilizar nuestra legislación interna en materia de niños, niñas y adolescentes de conformidad con el compromiso asumido en el art. 4º de la Convención<sup>14</sup>.

Específicamente en cuanto a la capacidad progresiva, el artículo 19, inc. a) establece que las NNA tienen derecho a la libertad, derecho que comprende: a) tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos. Es importante destacar como el mismo artículo hace mención a que esos derechos tienen que ser ejercidos bajo la “orientación” de los representantes legales y no a través de ellos como el régimen anterior de representación.

Asimismo, el artículo 24, determina que tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés. Agrega además que este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. Como puede advertirse, este artículo ha mejorado técnicamente la redacción del artículo 12 de la CDN. Justamente, el derecho a la participación directa del niño ha sido uno de los hitos fundamentales que marcó el dictado de la ley 26.061 y en tal sentido provocó una sustancial alteración en las leyes internas del viejo modelo de la minoridad que destacan el aspecto tutelar y en donde la representación legal adquiere relevancia fundamental. (Solari, 2005)<sup>15</sup>. No se trata solamente de una participación en asuntos judiciales, sino del derecho a participar en todo tipo de cuestiones que consideren importantes, y en todos los ámbitos donde se den. Se trata de una verdadera actitud positiva y activa en la vida diaria, en la que los adultos deben permitir esa participación, escuchando la

---

<sup>14</sup> Ley 26.061, art. 2º: La Convención sobre 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. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

<sup>15</sup> Solari, Néstor E. “El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial”, en Ed. La Ley del 29/11/2005.

opinión del NNA, y procurando que las decisiones que se adopten al respecto sean teniendo siempre en miras su interés.

## **CONCLUSIONES PARCIALES**

Luego de este panorama del régimen de minoridad y su capacidad actual comparado con el sistema del Código Civil anterior, no se puede negar que hoy los NNA son considerados sujetos de derechos con capacidad progresiva, dejando atrás el obsoleto sistema de capacidad/incapacidad, lo que no implica desconocer que por su situación de vulnerabilidad y dependencia, tengan limitaciones para el ejercicio de sus derechos en función de su desarrollo y madurez. Esto es perfectamente entendible desde el punto de vista de que todas las personas son distintas y tienen diferentes capacidades desde la infancia misma, y son influenciadas ya sea de manera positiva o negativa por diversas cuestiones que hace a su desarrollo físico, psíquico y emocional, como ser la educación, salud, alimentación, logros, éxitos, frustraciones, cuestiones socio-económicas que se dan en el seno familiar, situaciones de violencia, abandono, entre otras.

Por ello es que continúan con un régimen de representatividad, pero no el viejo modelo de representación legal de aspecto tutelar, sino uno el en cual los padres, tutores, representantes legales o encargados de los NNA los dirijan y orienten en el correcto ejercicio de los derechos, dotándolos de herramientas para que estos en la medida de su desarrollo, los pueda ir ejerciendo de manera progresiva, hasta lograr una total autonomía. Con esta nueva mirada, los padres o quienes ejerzan el cuidado de los niños, son verdadero educadores y formadores, tiene que tener entre sus objetivos el ir dotando a sus hijos de discernimiento y moldeando su voluntad a la hora de tomar decisiones, de manera que lo hagan en forma responsable, haciéndoles entender que toda decisión trae aparejada una consecuencia que hay que saber afrontar. No se trata ya de que los NNA sean meros espectadores de la vida sino que pasen a tener un rol más protagónico y activo que les permita llegar a adultos preparados.

El siglo XXI está marcado de un modelo netamente humanitario de crecimiento y desarrollo de los niños, distinto al que acompañó gran parte del siglo XX, con relaciones familiares más democráticas e igualitarias, sin perjuicio del rol que cabe a cada uno dentro de la familia. Las exigencias de la sociedad actual aleja rápidamente a los niños de la esfera de control de sus padres y por lo tanto es necesario un esfuerzo adicional de tiempo y dedicación, para poner los límites que sean necesarios para su crecimiento progresivo, pero a la vez



dotarlos de las herramientas para que paulatina pero sostenidamente, puedan ir adquiriendo mayores posibilidades de desempeñarse en forma autónoma en su vida como personas independientes, hasta convertirse en adultos<sup>16</sup>. Este es el gran desafío que se impone a la función parental en el presente siglo.

---

<sup>16</sup> Del Mazo, C. (2010). Ob. Cit.

## **CAPÍTULO II**

### **La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial**

#### **❖ CAPÍTULO II: LA PARTICIPACIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO JUDICIAL.**

#### **INTRODUCCIÓN**

Con la nueva mirada que se tiene del niño como sujeto de derecho en igualdad de condiciones por su condición de persona, más el plus de derechos que se les reconocen por ser personas en desarrollo, su participación en los procesos ya no se discute, su opinión siempre debe ser tenida en cuenta en todo proceso judicial o administrativo que lo involucre, pudiendo participar activamente en ellos por medio de sus representantes legales o en forma directa a través del Ministerio Público, del Tutor especial o de un abogado de su confianza especializado en niñez y adolescencia.

Nada se discute respecto de que el NNA pueda participar en los procesos que le atañen siendo oído (en sus diversas formas), o por medio de sus representantes legales que hacen valer sus derechos. Ahora, lo que no es unánimemente aceptado por nuestra jurisprudencia local y nacional es que una vez alcanzado un cierto grado de comprensión y madurez puedan participar en el proceso de que se trate con su abogado particular.

#### **II.1.- EL LUGAR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.**

El concepto y rol de la infancia y de la adolescencia depende de la construcción social, política y cultural que cada sociedad presenta en determinado tiempo y lugar. (Gil Domínguez, Famá, & Herrera, 2006)<sup>17</sup>. Como se hiciera mención en el capítulo anterior vemos como la misma construcción del concepto y rol que tienen los NNA en la sociedad que

---

<sup>17</sup> Gil Domínguez, A.; Famá, M. V.; & Herrera, M., (2006). Derecho Constitucional de Familia, t. I, Ediar, Buenos Aires, p. 529.

les toca vivir, depende de cómo está organizada política y culturalmente, puesto que no será la misma participación y derechos reconocidos a los niños que nacieron y se criaron en sociedades con estructuras familiares patriarcales y netamente verticalistas, donde continúa la posición dominante del padre de familia; a la de los NNA cuya crianza y educación se dio en el seno de una sociedad democrática e igualitaria, donde se los reconoce como personas sujeto de derechos iguales a los demás adultos integrantes de la familia y la sociedad que lo rodea, en la que además se les reconocen mayores derechos por su condición de vulnerabilidad y de personas en desarrollo.

Este proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado derivado del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos fue receptado e incorporado en nuestra legislación con la reforma del año 1994 por medio del art. 75 inc. 22 de la C.N., al incorporar con rango constitucional los tratados de derechos humanos.

El C.C.yC. sigue de cerca la transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de "democratización" vivenciado en su interior; esta evolución ha impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación cada vez más respetuosa e igualitaria de todos sus integrantes. Asociado a la constitucionalización del derecho privado, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y adolescentes expresada en instrumentos internacionales. (Kemelmajer de Carlucci & Molina de Juan, 2015)<sup>18</sup>.

Conforme esos instrumentos, al igual que los adultos, los niños y adolescentes titularizan los mismos derechos que aquellos por su condición de seres humanos; y a esos derechos se suman otros, que ejercen por ser personas en desarrollo.

En este sentido, el C.C.yC. importa la concreción expresa de los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento internacional que cambió el curso de la historia, al menos en su visión teórica sobre la niñez y la adolescencia. En consecuencia, la normativa local respeta la visión del niño como sujeto de derechos humanos<sup>19</sup>; recepta<sup>20</sup>el

---

<sup>18</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial, publicado en R. C. C. y C. 03/11/2015. [Versión electrónica]. Recuperado el 24/05/2016 de:<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%BDo-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

<sup>19</sup> Dice la opinión consultiva OC-17/2002 de la CIDH sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño: "Los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa' sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todas los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...".

<sup>20</sup> Se suman la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24).

principio del interés superior del niño, de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de la identidad, a los alimentos como derecho humano, etcétera.<sup>21</sup> Nuestra constitución nacional y código civil vigente son un grato reflejo y una síntesis del proceso de constitucionalización de los derechos y garantías de los NNA, son el marco de derechos y garantías mínimo del cual no pueden apartarse los magistrados a la hora de valorar a las personas menores de edad, sea para recomponer derechos vulnerados o garantizar que ellos se mantengan inmunes.

Junto a estos principios troncales, ofrece un conjunto de reglas que garantizan la tutela efectiva<sup>22</sup> de los derechos implicados. Refleja, así, una verdadera toma de conciencia en torno a que la participación en el proceso<sup>23</sup> de las personas vulnerables<sup>24</sup> es un requisito indispensable para hacerla posible<sup>25,26</sup>. Entre ellas podemos mencionar por ejemplo la anulabilidad de las actuaciones en un proceso en el que no se haya dado intervención a un Asesor de Menores en los términos del art 103 del C.C.C., o que para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez (art. 113 del C.C.C.).

La razón de incorporar reglas procesales en un código de fondo se encuentra plenamente justificada<sup>27</sup> y cobra especial relevancia en aquellos asuntos que involucran a los

---

<sup>21</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>22</sup> Conf. art. 8.1° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, incorporada a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).

<sup>23</sup> Este derecho encuentra su fundamento en el art. 12 de la CDN, que establece: "1. Los Estados parte garantizarán que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los conciernan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a su edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante legal o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reguló el derecho del niño a participar, a ser oído y a contar con asistencia letrada (arts. 24 y 27).

<sup>24</sup> Las 100 Reglas de Brasilia han dejado en claro que la edad importa una condición de vulnerabilidad, pues presenta especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia (Regla 3). Esta condición de vulnerabilidad comprende todo niño, niña y adolescente (o sea, persona menor de dieciocho años de edad), excepto que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Indica que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5).

<sup>25</sup> Ampliar en Mizrahi, Mauricio, "El interés superior del niño y su participación procesal", en Krasnow, Adriana (dir.), Tratado de Derecho de Familia, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 319 y ss.; y en Responsabilidad parental, Astrea, Buenos Aires, 2015, págs. 26 y ss.

<sup>26</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>27</sup> Las facultades provinciales no excluyen la posibilidad de que el Congreso de la Nación haga lo suyo a fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo. Para ampliar, Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 42. En esta línea, la Corte Federal afirma que "si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y,

niños. La garantía de su mejor interés impone extremar los recaudos para la protección de sus derechos<sup>28</sup> de manera eficaz, lo que presupone que sea en tiempo oportuno, pues la inconsistencia o dilación de la tutela jurisdiccional se traduce inexorablemente en un déficit de operatividad de las normas sustanciales. Por eso, a lo largo del articulado, el C.C.yC. incorpora pautas de actuación y reglas de valoración de cada intervención permitida a la persona menor de edad; ellas operan como recaudo institucional mínimo aplicable a todas las provincias, por debajo de las cuales no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos<sup>29</sup>. Que importante es que la actuación judicial y del poder ejecutivo a través de sus programas de niñez sea oportuna, expedita y eficaz especialmente en las cuestiones de familia, donde los derechos de estos NNA se encuentran vulnerados y hasta a veces cercenados ante la inoficiosidad de las instituciones que tienen el deber de protegerlos. Existe un axioma popular que sostiene que la justicia tardía no es justicia, si a esto lo trasladamos a la esfera de las personas menores de edad que necesitan de las instituciones para recomponer derechos vulnerados, esta tardanza puede resultar condenatoria. Es fundamental que el estado a través de sus distintos poderes tenga como premisa asegurar el bienestar de los NNA que en definitiva son quienes el día de mañana se ocuparán de llevar adelante nuestro país.

## **II.2.- EL PUNTO DE PARTIDA: LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.**

El nuevo régimen de capacidad prescinde del tradicional binomio capacidad-incapacidad y se asienta en el principio constitucional-convencional de la autonomía progresiva de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos (arts. 3º, 5º, 12º de la CDN, opinión consultiva OC-17/2002 de la CIDH). Se deja atrás el sistema cronológico estanco de capacidad donde los menores hasta los 14 años eran reemplazados en su voluntad por sus representantes legales, y luego hasta los 18 años solo podían realizar aquellos actos jurídicos expresamente reconocidos por ley, lo que se conocía como menores impúberes y menores adultos utilizados en el Código Civil Velezano.

---

por ende, legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos, estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar" (conf. Corte Sup., Fallos 138:157; 136:154).

<sup>28</sup> Ampliar en Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios procesales en el Derecho de Familia contemporáneo", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 51, Abeledo-Perrot, septiembre de 2011 (Informe presentado en la Comisión 3 sobre "Derecho Procesal de Familia" en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe 8-10/6/2011).

<sup>29</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

Los primeros párrafos del art. 26 del C.C.yC. indican: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico". Surge de la norma en forma clara el principio de capacidad progresiva, el NNA podrá ejercer por sí mismo todo acto jurídico permitido por ley en tanto y en cuanto cuente con el suficiente grado de madurez para hacerlo. Ergo a mayor autonomía, menor es el ámbito de actuación del representante, quien además tiene el deber de formar a sus representados de manera tal que esa autonomía, esa capacidad de razonamiento, sea cada vez mayor hasta llegar a la adultez momento ya en el que el NNA debe estar preparado para tomar decisiones en forma responsable.

La norma citada continúa diciendo: "En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona". De aquí se desprenden otros dos de los principios fundamentales traídos a nuestra legislación desde el orden internacional cuales son el derecho del niño a participar en el proceso con un abogado especializado en niñez y adolescencia que lo represente, y a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta en todo proceso judicial o administrativo que lo involucre. Estos principios que venimos desarrollando son algunos de los que surgen de ese plus de derechos que se les reconoce a los NNA por ser personas en desarrollo en condición de vulnerabilidad.

La mayor participación de los niños y adolescentes en las decisiones relacionadas a su vida personal obliga a prever el modo de resolver los conflictos que puedan suscitarse frente a la intervención u opinión de sus representantes. Para estos casos, se permite al niño o adolescente defender su posición con el auxilio de asistencia letrada<sup>30</sup>.

La doctrina discute cuál es la regla, si la capacidad o la incapacidad. Es probable que esta disyuntiva sea un resabio del viejo binarismo que no alcanza a visualizar la dinámica del nuevo sistema. La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan edad y grado de madurez suficiente para la toma de decisiones en el caso concreto (art. 22 del C.C.yC.)<sup>31</sup>. Sin embargo, el C.C.yC. no prescinde de todo límite etario, pues también utiliza la edad de 13 años (adolescentes, conf. art. 25 del C.C.yC.).

El concepto de "adolescencia" no es nuevo; estaba incluido en diferentes normas

---

<sup>30</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>31</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

nacionales y también fue reconocido por muchas legislaciones extranjeras. En cambio, es una novedad el sentido jurídico con el cual se usa esta expresión. No funciona como un parámetro absoluto o infranqueable, sino como un presupuesto para reconocer la creciente autonomía de las personas que se encuentran en esta franja de edad. Pertenecer a la categoría jurídica de "adolescentes" permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de "competencia", que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate, etc. Por eso, la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona<sup>32</sup>.

No creo acertada la condición de "adolescente" definida en el art. 25 del C.C.C., en el sentido de que se vuelve sobre un error conceptual cronológico fijo con el que se viene "criticando" en cierta medida al código Velezano. Si bien es claro que en nuestro código civil vigente está suficientemente legislada la cuestión de la autonomía progresiva, el parámetro de 13 años para comenzar a ser adolescentes, en mi opinión es más de lo mismo que cuando se definía a los menores impúberes y menores adultos. Entiendo que lo correcto a la hora de determinar la capacidad de obrar del NNA siempre se deberá estar al caso concreto, condicionado a su grado de comprensión del acto y madurez alcanzada. Pero claro está que la intención del legislador dista de fijar a la adquisición de los 13 años como un momento fijo a partir del cual se presumen capacidades o razonamientos de los menores, sino que lo que se pretende es que sirva como una edad orientadora, como un presupuesto para reconocer la creciente autonomía del NNA, lo que no quita que se pueda demostrar que ese NNA en cuestión no tenga la capacidad de discernimiento en ese momento para comprender el acto jurídico de que se trate. Si me inclino más por el principio de que la regla general sería la capacidad debiendo estarse siempre al caso concreto. De igual manera más adelante veremos cómo estas posiciones son discutidas aún al día de hoy, porque tampoco se puede caer en el absurdo de pretender que un niño de 2 o 3 años pueda tener esa capacidad de razonamiento necesaria como para dar instrucciones a su letrado patrocinante para hacer defender su postura frente al derecho que se encuentre en conflicto de intereses.

Por ello, a la regla general del art. 26 del C.C.C. el mismo código suma otros ejemplos que demuestran la intención del legislador de la valoración de la capacidad específica del

---

<sup>32</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

NNA en cada caso concreto, como ser los art. 64, 66, 113, 404, 595, 596, 598, 608, 679, entre otros, que a continuación se describen brevemente:

— El hijo matrimonial con edad y madurez suficientes puede solicitar se agregue el apellido del otro progenitor (art. 64). La persona con edad y madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando (art. 66).

— Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez (art. 113).

— La decisión judicial que otorga la dispensa por falta de edad para contraer matrimonio debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial (art. 404). Recordemos que en este caso el mismo artículo dispone que para que sea procedente el matrimonio por dispensa judicial el NNA tiene que ser menor de 16 años, confirmando la postura que venimos analizando de que siempre habrá que estar al caso concreto para valorar la capacidad.

— En la adopción: se enumera entre los principios generales el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y que su opinión se tenga en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 595); se valora su edad y grado de madurez a fin de garantizar su derecho a conocer sus orígenes (art. 596); si el adoptante tiene descendientes, deben ser oídos por el juez, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez (art. 598); el niño o adolescente es parte del procedimiento donde se resolverá sobre su situación de adoptabilidad si tiene la edad y grado de madurez suficiente y comparece con asistencia letrada (art. 608).

— El hijo puede estar en juicio contra sus progenitores si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada (art. 679), etcétera.

En la práctica tribunalicia se ve como cada vez más se cita a los menores cuyos derechos se ven involucrados en la causa, a los fines de ser oídos por el juez y el asesor de menores previo a resolver la cuestión de fondo.

En la provincia de Salta donde todavía no se les está dando la debida participación son en los Centros Comunitarios de Mediación, donde solo se convoca a los adultos (generalmente los progenitores), que son quienes resuelven el conflicto en forma pacífica labrándose el acta acuerdo correspondiente, y recién cuando van a solicitar la homologación



judicial del convenio es cuando se cita a los niños para que puedan dar su opinión. Como se explicara en párrafos anteriores, el derecho a ser oídos de los NNA tiene que darse tanto en la esfera judicial como en aquellas cuestiones extrajudiciales o administrativas, como lo son las audiencias en los centros de mediación extrajudicial.

De todas maneras el estado provincial (siempre refiriéndome a Salta), al no tener en función la figura del abogado del niño, se encuentra incumpliendo todos los tratados, la constitución y leyes por las que está obligado garantizar el acceso a la justicia del NNA en forma directa a través de su abogado de confianza especializado en niñez y adolescencia, cuando debería otorgarlo de oficio para el caso de que la persona menor de edad no pueda cubrir los gastos de representación que ello demanda (art. 12 inc. c) Ley 26061). El hecho de que existan Organismos no Gubernamentales, Fundaciones, Colegios de Abogados, etc. que en la práctica brindan este servicio tanto de asesoramiento como de representación en forma gratuita, no la exime de la responsabilidad nacional e internacional por su incumplimiento, previo procedimiento del control de constitucionalidad de los tribunales inferiores de la Nación y de la Corte Suprema de Justicia, en los términos del art. 116 primera parte de la C.N. que dice: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

### **III.3.- DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO AL CARÁCTER DE PARTE PROCESAL.**

Cuando las pretensiones involucran los intereses de niños o adolescentes normalmente existe algún tipo de participación procesal. Puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo, mientras que si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal; sin embargo, aun en estos casos, se les reserva un espacio de actuación propia<sup>33</sup>.

En otras palabras, ser parte procesal es una de las diversas formas que puede implicar la presencia del niño en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos promover, otras posibles formas de

---

<sup>33</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

intervención<sup>34</sup>, como por ejemplo el de ser oídos.

Las circunstancias que rodean la actuación de un niño o adolescente en la justicia han sido objeto de análisis de la CIDH. La opinión consultiva OC-17/2002<sup>35</sup> destaca: "Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (...) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías". Este también es un ejemplo del como los NNA son considerados con iguales derechos que los que gozan los adultos más un plus de derechos por su condición de vulnerabilidad y personas en desarrollo, en este caso en la órbita procesal.

Por eso, la actuación de las personas menores de edad en el proceso judicial no puede encasillarse en el concepto tradicional de parte procesal, que se refiere a aquel que pretende y frente a quien se pretende; o quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión. El C.C.yC. desborda estos límites y regula a lo largo de su articulado diferentes mecanismos que le confieren protagonismo en la defensa de sus intereses y derechos<sup>36</sup>.

Es relevante recordar la noción de competencia, antes enunciada, pues involucra a todas las personas que no alcanzaron los 18 años. La opinión consultiva OC-17/2002 afirma acertadamente que "hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio".

En este sentido, y con igual criterio, considero que se le debe dar participación a los NNA en todo proceso judicial o extrajudicial en que sus intereses se vean involucrados,

---

<sup>34</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>35</sup> Opinión Consultiva OC-17/2002, aprobada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de Agosto de 2002. [Versión electrónica]. Recuperada el 01/06/2016 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

<sup>36</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

siempre y cuando tengan la suficiente capacidad para hacerlo, por lo que se deberá estar en todo momento al caso concreto. Sería absurdo caer en el extremo de tener que dar participación a todos los menores independientemente de la edad que tengan, como ser a niños de 3, 4 o 5 años por ejemplo. Suficientemente garantizados estarán sus derechos con la intervención del representante legal más la del asesor de menores y la del juez, teniendo especial consideración en que estos últimos tienen la obligación de resolver conforme a derecho y en miras del superior interés del niño.

### **III.3.1.- Niño que participa directamente con su voz o su opinión.**

Aunque la intervención del niño no sea directa, sino "indirecta" a través de sus representantes legales, en una gran mayoría de los casos existe una esfera de actuación directa ejerciendo su "derecho a ser oído".

Este derecho, que se encuentra consagrado entre las reglas generales de capacidad (art. 26 del C.C.yC.) se reitera entre los principios del proceso de familia. El art. 707 dispone que los niños, niñas y adolescentes "con edad y grado de madurez suficiente" para formarse un juicio propio (...) tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso".

Para la observación general OG-12/2009<sup>37</sup>, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera.

Conforme los textos constitucionales-convencionales y legales, para el ejercicio de este derecho no se requiere una edad determinada. En cambio, sí se exige tomar medidas adecuadas que canalicen sus manifestaciones<sup>38</sup>. Ya expuse que en lo personal no considero que se tenga que escuchar a todos los niños en todos los casos en que sus derechos se vean involucrados, toda vez que puede ser que o no estemos hablando de menores con capacidad de comprender como ser el caso de un niño de 2 años, o cuando no se considere necesaria esa

---

<sup>37</sup> Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado. Naciones Unidas. Convención Sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño 51° período de sesiones. Ginebra, 25 de Mayo a 12 de Junio de 2009. [Versión electrónica]. Recuperada el 01/06/2016 de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf?view=1>

<sup>38</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

escucha porque sus derechos no se ven vulnerados, no están en contraposición con los de sus representantes. Imaginemos un caso en el que los esposos deciden divorciarse y uno de ellos por cuestiones laborales se tiene que ir a vivir a otro país, entonces llegan a un acuerdo y se otorga el cuidado personal en forma unilateral al progenitor que permanecerá en su lugar de residencia habitual; díganme qué necesidad de citar o escuchar al niño hay en un caso como este, cuando sus intereses no se van a ver afectados bajo ninguna circunstancia toda vez que permanecerá bajo el cuidado de su padre o madre, no será apartado de su centro de vida manteniendo así sus amigos y familiares cercanos, continuará asistiendo al centro educativo de costumbre, etc. ¿Hay necesidad en un caso como este de hacer comparecer al niño a ser escuchado por el juez con todo lo que ello significa? (citación, policía notificador, traslado, apersonarse a un lugar extraño y tener que hablar con gente desconocida como el juez, el Asesor, etc.), en lo personal considero que la respuesta que se ajusta a derecho es la negativa. Así como este caso pueden haber muchos otros en los que no solo no sea necesario convocar al niño, sino inclusive hasta pueda resultar no conveniente hacerlo a los fines de evitar su revictimización. Se puede dimensionar como volvemos siempre sobre lo mismo en el sentido de que al haber intereses de NNA en juego siempre habrá que valorarse el caso concreto, no pudiendo establecerse reglas generales de aplicación inexorable a todos supuestos.

Toda persona menor de edad tiene derecho a expresarse sin restricciones; ello no quiere decir que su opinión sea vinculante para la decisión. La autonomía progresiva juega un papel importante para valorar la opinión del niño (por ejemplo, no tiene el mismo impacto la negativa de un adolescente de 16 años a mantener la comunicación con uno de los progenitores, que la de un niño de 5 años, en el que probablemente exista algún grado de condicionamiento por parte del otro progenitor. En todos los casos, si bien la opinión de la persona menor de edad no es determinante de la decisión, cuando el Juez decide apartarse de su voluntad debe ofrecer argumentos de peso que la justifiquen<sup>39</sup>.

Queda claro entonces que el ejercicio de este derecho no se sujeta a una edad determinada; que la edad y madurez pueden incidir en la forma o las estrategias a adoptar para la escucha; que las manifestaciones del niño o adolescente para el caso concreto condicionan la valoración que el juez hace de su opinión y que el niño debe ser escuchado toda vez que lo requiera. La negativa del tribunal viola los mandatos constitucionales-convencionales<sup>40</sup>.

Ahora bien, existen algunas dudas sobre la naturaleza de la escucha. ¿Es una facultad

---

<sup>39</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>40</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

o una obligación?

La cuestión reviste cierto interés, no sólo en los procesos en que se ventilan relaciones familiares, sino también en el fuero civil en los asuntos patrimoniales que involucran los intereses de niños o adolescentes (por ej., sucesiones, reclamos de indemnización por daños, cuestiones de naturaleza societaria en la que los niños o adolescentes heredan participaciones, etc.). La regla es que el niño tiene la facultad de peticionar o no. Si peticiona, debe admitirse y ofrecerse las condiciones necesarias para que pueda manifestarse en un ámbito de contención y confianza<sup>41</sup>. No nos olvidemos que su opinión no será vinculante para el juez, aunque si este aparta de la voluntad del niño deberá hacerlo fundado en su interés superior conforme a derecho.

Cuestión diferente es si el juez tiene obligación de citarlo siempre. Ya adelante brevemente mi postura en párrafos anteriores por la negativa debiéndose estar al caso en particular, pues así se traten de pretensiones que se refieren a derechos personales del niño (como ser el cuidado personal, el régimen de comunicación, etc.), o se traten de pretensiones estrictamente patrimoniales, no puede anticiparse una respuesta única aplicable a todos los casos. Si bien en las cuestiones de derechos de familia la respuesta afirmativa parece imponerse no creo que deba serlo en forma absoluta como se viera en el ejemplo del cuidado personal en el divorcio mencionado ut supra.

En cualquier caso, es una decisión del juez, sobre la base de un juicio de ponderación razonable del objeto del pleito, la edad del niño y adolescente, y las circunstancias que rodean el conflicto<sup>42</sup>.

No hay que perder de vista que el niño puede manifestar que no quiere comparecer no pudiendo ser obligado a ello. En este caso, será función del Ministerio Público (art. 103 del C.C.yC.) controlar que la negativa no responda a un condicionamiento de alguno de los adultos que lo rodean<sup>43</sup>.

Muchas veces en la práctica tribunalicia al mantenerse audiencias con NNA y haremos dentro del fuero de familia o el comercial, y no en lo penal donde esta específicamente regulada la escucha con equipos técnicos interdisciplinarios en cámara gesell o circuito cerrado de televisión, se puede palpar cómo el discurso NNA está cargado de palabras que vinieron enseñadas de la casa por el adulto a su cargo, por no decir que se da en la mayoría de

---

<sup>41</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>42</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>43</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

los casos. Es por ello que lo correcto para estas situaciones es contar con un asistente social o un psicólogo que pueda entrevistar al NNA en forma apartada para conocer la verdad real detrás del mensaje que emite. La gran mayoría de los adultos al día de hoy continúan cargando de mensajes y emociones negativas a sus hijos sin poder manejar los conflictos entre adultos y como adultos, tratando mantener al niño lo más resguardado posible, sino que por el contrario los utilizan como objetos de disputa y como medios de obtener beneficios personales. Es por ello que en muchas ocasiones el juez como medidas de mejor proveer ordena a los representantes legales de los menores involucrados a realizar, psico-terapia individual, tendientes a capacitar a los padres en el ejercicio de la responsabilidad parental, o tendientes a la revinculación familiar sobre todo en las cuestiones donde se disputa el régimen de comunicación. Como se vio, cuando hay intereses de menores en juego, las facultades procesales de los jueces son muy amplias, tendientes a garantizar el pleno goce de sus derechos y garantías.

### **III.3.2.- Niño o adolescente como parte procesal.**

Para responder a la pregunta de ¿quién puede ser parte en un proceso? es preciso aproximarse a los conceptos de capacidad y legitimación. En lo que se refiere a la *capacidad*, como ya se viera en el Capítulo I del presente trabajo, el Derecho Civil distingue entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Mientras que capacidad jurídica se refiere a la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones (que corresponde a las “personas” físicas o jurídicas); la capacidad de obrar es la facultad de ejercer estos derechos y obligaciones por sí sin el auxilio de un tercero. En cambio, “la *legitimación* es la aptitud para ser parte en un proceso concreto y determinado (por ejemplo, una persona no puede comparecer en un proceso para pedir unas cantidades que se adeudan a su hermano, aunque tenga capacidad para ser parte)”. (Álvarez del Cuavillo, 2008)<sup>44</sup>.

Ahora bien, parte procesal se refiere a aquel que pretende y frente a quien se pretende; o quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión, es decir que las partes procesales son las personas que intervienen en un proceso judicial para reclamar una determinada pretensión o para resistirse a la pretensión formulada por otro sujeto<sup>45</sup>. A la

---

<sup>44</sup> Álvarez del Cuavillo, A. (2008). Apuntes de derecho procesal laboral. Tema 3. Las partes procesales. [Versión electrónica]. Recuperada el 01/06/2016 de: [https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1271/mod\\_resource/content/1/Procesal3.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1271/mod_resource/content/1/Procesal3.pdf).

<sup>45</sup> Álvarez del Cuavillo, A. (2008). Ob. cit.

persona que ejercita la acción se la llama “actor”, “parte actora”, o “demandante”, mientras que a la persona que se resiste a una acción se la llama “parte demandada”, o “demandado”.

Ser parte procesal es una de las diversas formas que puede implicar la presencia del niño en un proceso, en estos casos, el niño o adolescente puede intervenir en forma directa, si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo, por medio del Ministerio Público (cuando la ley autoriza su actuación en forma principal conf. art. 103 del C.C.yC.) o de un abogado de confianza. Si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal<sup>46</sup>. En este último caso y de conformidad con el art. 103 del C.C.C. el Ministerio Público también intervendrá pero asumirá una representación complementaria y garantista.

Esta primera afirmación despeja una primera duda sobre la superposición de funciones entre uno y otro operador. Se trata de dos figuras diferentes que no deben confundirse. Aquí nos limitamos al análisis de la participación autónoma del niño con un abogado de confianza. Se trata de la manifestación más compleja del derecho a participar, porque involucra dos aspectos en íntima relación: el derecho a la defensa técnica idónea, y el derecho a tener un abogado de confianza. Esta garantía procesal encuentra sustento en la propia CDN. El art. 12, inc. 2º, consagra el derecho a ser escuchado, sea directamente o por medio de un representante; el art. 37, inc. d), reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica, y el art. 40, inc. 2.b), les garantiza el derecho a asistencia letrada en la preparación y presentación de su defensa<sup>47</sup>.

En algún sentido, la ley 26.061 ha ampliado las garantías procesales de la CDN. El art. 27, inc. c), consagra el derecho del niño "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 el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

A pesar de que han transcurrido varios años desde su recepción legislativa, la puesta en práctica de esta figura no resulta fácil ni está exenta de polémicas. Ofrece múltiples aristas para el análisis, imposible de agotar en los límites necesarios de este trabajo. Por lo tanto, intentamos responder las preguntas más frecuentes.

(i) ¿En qué casos el niño o adolescente puede intervenir de manera autónoma?.

---

<sup>46</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>47</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.



El C.C.yC. supedita la participación con abogado a la oposición de intereses del niño con sus representantes legales (arts. 26, 677 y cc.).

(ii) ¿Cómo se define la capacidad procesal para la intervención? ¿Existe una edad mínima para el ejercicio de esta garantía?

Dado que la capacidad procesal es una manifestación de la capacidad de ejercicio, ¿se rige por las mismas pautas de la capacidad de ejercicio y entonces se aplica el paradigma de la autonomía progresiva o sigue sujeta al viejo binarismo asentado en criterios rígidos de edad?

Como premisa, para que sea posible la actuación con defensa técnica, resulta coherente que la persona tenga un cierto grado de madurez.

Antes de la sanción del C.C.yC. se discutió si esa madurez se encontraba supeditada a la edad fijada para realizar actos jurídicos lícitos (art 921 del C.C.) o si debían aplicarse las reglas emanadas de la ley 26.061 y la CDN, haciendo operativa la valoración de la autonomía progresiva de la persona y su capacidad para intervenir en ese caso concreto. Con algunos matices, se han desarrollado tres posiciones que merece la pena recordar, con la advertencia de que la complejidad del tema es tal que ni siquiera la Corte Federal ha brindado una respuesta uniforme<sup>48</sup>.

En un extremo se ubica la postura amplia que admite la designación del abogado, cualquiera que sea la edad de ese niño; en el otro, la visión restringida, que exige discernimiento para los actos lícitos y se sustenta en el criterio cronológico. En el medio, buscando el equilibrio, la que se asienta en la valoración de la madurez del niño y su autonomía progresiva<sup>49</sup>.

La posición más amplia sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal que protege a todos los niños y adolescentes. En este contexto, la designación de un abogado es siempre procedente, con independencia de la edad y madurez. En consecuencia, todo niño que se ve afectado por un proceso judicial tiene derecho a contar con un abogado de su confianza. En caso de que no lo designe él mismo, el Estado le deberá asignar uno de oficio. Para esta línea de pensamiento, no habría diferencias con el ejercicio del derecho a ser oído. En ambos casos deben ser cumplidos, cualquiera que fuera la edad del niño; sólo cambia la consideración subjetiva del juzgador y no la viabilidad de tales derechos. Si el niño no puede dar instrucciones, la función del abogado es asumir la

---

<sup>48</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>49</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.



defensa de sus derechos y garantías; por ello, es muy importante que sea un profesional especializado<sup>50</sup>. La crítica a esta postura estaría dada por el hecho de que de nada serviría tener un abogado defensor al que no se le pueda impartir instrucciones, toda vez que para el caso los derechos y garantías de los niños estarán siempre amparados por el Juez, el Asesor de Menores o el Tutor especial cualquier sea el caso.

En el otro extremo se afirma que para poder intervenir con abogado, el niño debe tener capacidad para los actos lícitos. Antes de esa edad, el sujeto no puede dar mandato ni indicaciones y, por lo tanto, no puede ser parte en el proceso ni contar con la asistencia de un abogado. En estos casos, la representación corresponde a los padres, el tutor o el asesor de menores. Esta posición cuenta con el respaldo de algunos precedentes de la Corte Federal<sup>51</sup>. Esta postura quedó fuera de discusión con la vigencia del nuevo C.C.C. al desaparecer la calificación de menores impúberes y adultos, rigiendo para todos los casos la capacidad progresiva.

Por último, la postura intermedia busca el equilibrio entre ambos extremos; rechaza la fijación de límites etarios excluyentes y aconseja dejar librado a la decisión judicial la procedencia o no de la designación. Parte del reconocimiento de la subjetividad de los niños, que exige considerar las posibilidades de cada uno, determinadas por sus propias circunstancias de maduración y desarrollo. Esta visión viene de la mano del reconocimiento de la autonomía progresiva, que rechaza la aplicación de criterios rígidos fundados en la edad<sup>52</sup>. A mi entender es la posición más justa, no solo por el avance legislativo en torno a lo que es la capacidad progresiva, sino porque considero acertada la posición del legislador al no limitar la capacidad de los menores de edad a límites cronológicos y etarios, sino que se considera a cada niño en particular y en el caso concreto.

¿Cómo se ejerce esta garantía en los casos en los que los niños no han alcanzado la edad o el grado de madurez suficiente? Tanto el criterio restrictivo como el flexible sostienen que toda vez que exista conflicto de intereses entre el niño (sea por su edad en el caso de la postura rígida, o por su falta de desarrollo y madurez en la intermedia), debe designarse un tutor ad litem. En verdad, ambas figuras no son idénticas. El tutor ad litem es un instituto de protección que procede sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público. Representa los intereses particulares del niño en conflicto con sus padres -conf. art. 109 del C.C.yC.- pero

---

<sup>50</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>51</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>52</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

actúa exclusivamente para ese acto único y sin desplazarlos en las restantes esferas de la vida del hijo. Defiende el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, desde la mirada adulta, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión. El abogado del niño, en cambio, lo patrocina, lo escucha e interviene presentando la postura de su patrocinado. Expresa "los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que interviene en carácter de parte, sin perjuicio de la actuación complementaria del Ministerio Público"<sup>53</sup>.

El C.C.yC. se inclinó por un criterio flexible-mixto, que ofrece una variante muy razonable. Como regla, si se trata de un adolescente, su "edad y grado de madurez" se presume. Si es un niño, corresponderá al magistrado valorar en cada supuesto si cuenta con las condiciones necesarias para llevar adelante una participación autónoma<sup>54</sup>. Entiendo que para estos casos habrá que entenderse que la presunción de madurez de los adolescentes deberá ser incondicionalmente *iuris tantum*, justificándose esta presunción en el régimen de la capacidad progresiva.

Lo mencionado encuentra sustento en varias normas que ejemplifican esta premisa: el art. 679 permite reclamar a los progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial si cuenta con la edad, grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Conforme el art. 677, esa autonomía y madurez se presume (con carácter *iuris tantum*), porque desde entonces puede intervenir en el juicio de manera autónoma con asistencia letrada. En consecuencia, la edad de trece años estaría indicando la capacidad para designar abogado. Los menores de esa edad, si cuentan con madurez suficiente previamente valorada por el tribunal, podrían actuar con patrocinio propio. Caso contrario, deben contar con la asistencia de un tutor especial (conf. art. 109 del C.C.yC.)<sup>55</sup>. Aunque parezca sobre abundante, es preciso aclarar que los niños (menores de 13 años) podrán participar en forma directa con la asistencia letrada de un abogado de confianza en tanto y en cuanto el juzgador pueda valorar su capacidad de razonamiento y grado de madurez.

Un supuesto especial de intervención con carácter de parte se regula en el reclamo alimentario. El C.C.yC. confiere a la persona menor de edad legitimación activa para iniciar el proceso de alimentos (art. 661). En efecto, los alimentos pueden ser reclamados no sólo por el

---

<sup>53</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>54</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>55</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

otro progenitor en representación del hijo, sino también por el hijo con grado de madurez suficiente, con asistencia letrada. Este supuesto configura una excepción, fundada en el principio de autonomía progresiva. No fija una edad mínima a partir de la cual el hijo está facultado para efectuar el reclamo; exige que tenga madurez suficiente, cuestión sujeta a prueba, aunque cabría presumirla por el solo hecho de formular la pretensión<sup>56</sup>. Este ejemplo no hace más que traer luces a la postura flexible-mixta que se explicara ut supra, en el sentido de que el art. 661 del C.C.C. no hace mención de edad como así tampoco del adolescente, en su inc. b) solo hace referencia al hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada.

## CONCLUSIONES PARCIALES

De lo expuesto se puede concluir que en nuestro sistema jurídico no se discute si el niño tiene derecho a ser oído, o si este derecho-principio está limitado a un régimen etario, toda vez que la opinión del NNA deberá siempre ser tenida en cuenta en todo proceso judicial o extrajudicial que lo involucre independientemente de la edad de quien pretenda hacerlo valer, se deberá tener en cuenta si el niño o adolescente solicitan ser escuchados o si por el contrario son requeridos por el Juez que interviene, puesto que si bien para el niño es una facultad expresar su opinión para el juez por regla es una obligación requerirla.

Distinto sucede con la participación de los menores de edad que intervienen como partes del proceso patrocinados por un abogado de confianza especializado en niñez y adolescencia, toda vez que, como se vio, existen tres posturas y quizás podríamos decir hasta una cuarta como sucede en nuestro C.C.yC. que sostiene un régimen flexible-mixto. Lo cierto es que como regla general para que el NNA pueda participar del proceso que lo involucre en forma directa el juez deberá valorar su grado de madurez y desarrollo conforme al principio de la autonomía progresiva, capacidad que si se trata de un adolescente se presume mientras que si nos estamos refiriendo a menores de 13 años se deberá valorar cada caso en particular.

Lo importante en todo caso es que la persona menor de edad pueda acceder a una tutela efectiva de sus derechos considerando siempre su interés superior, sea que se trate de una participación indirecta por medio de sus representantes legales, o directa por medio del Ministerio Público o de un abogado del niño, dándoles siempre la posibilidad de ser oídos.

---

<sup>56</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

## **CAPITULO III**

### **El abogado del niño, principales cuestiones**

#### **❖ CAPÍTULO III: EL ABOGADO DEL NIÑO, PRINCIPALES CUESTIONES.**

##### **INTRODUCCIÓN**

En esta etapa del trabajo se quiere enfatizar el marco legal que rige en nuestro país respecto al régimen de la representación de los menores de edad, y cuáles son las principales funciones y diferencias que existen entre las distintas figuras de los representantes legalmente reconocidos como los son los progenitores, tutores, ministerio pupilar, tutores ad hoc y el abogado del niño. De esta manera podrán entender y dimensionar las principales características de cada uno, si se superponen las figuras o se desplazan entre ellas, pero siempre desde la perspectiva que todo el sistema funciona en orden al superior interés de los NNA.

##### **III.1.- LA REPRESENTACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

Luego de lo que vinimos desarrollando es importante destacar, aunque parezca una obviedad, que la representación primordial de los NNA corresponde a sus padres.

El art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece claramente que incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño, con la preocupación fundamental centrada en el interés superior del niño, que a su vez se encuentra reconocido en el art. 3.1 de dicha Convención, y cuyo alcance ha quedado establecido en el art. 3º de la ley 26.061 –a los efectos de esa ley- como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que norma dicha ley, debiéndose respetar entre otras pautas (conf. Art. 3º): “...a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta... d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás

condiciones personales. (Moreno, 2015)<sup>57</sup>.

En su art. 26 el C.C.yC. dispone que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, no obstante los que cuenten con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico, en situación de conflicto de intereses con sus representantes legales, pueden intervenir con asistencia letrada. Estos representantes legales, en lo que respecta a minoridad, se encuentran enunciados en el art. 101 inc. b) que sostiene que para las personas menores de edad no emancipadas lo serán sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, esa responsabilidad la ejercerá el tutor que se les designe. Estos tutores son designados a los fines de brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental aplicándoseles los mismos principios de la responsabilidad parental. (Rajmil, Llorens, 2015)<sup>58</sup>.

Véase como este nuevo régimen de minoridad que reconoce a los NNA como sujetos de derechos se traduce en las normas, donde se utiliza un lenguaje jurídico acorde al sostener que los niños ejercen sus derechos “a través” de sus representantes, dejando de ser meros objetos de tutela sometidos al poder o potestad de los padres, siendo ellos los verdaderos titulares de derechos y sus padres o tutores los orientadores responsables de hacer que sus hijos o pupilos vayan adquiriendo mayor capacidad de ejercicio conforme su mayor desarrollo y grado de madurez hasta llegar a ser adultos.

Este es el verdadero sentido de la responsabilidad parental regulada en el art. 638 del C.C.yC que la define como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado, debiendo ejercerlos respetando los principios del superior interés del niño, su capacidad progresiva y su derechos a ser oído conforme lo preceptuado por el art. siguiente (art. 639 C.C.yC).

Es importante destacar que el Código Civil y Comercial a la luz de los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y de la Ley 26.061 (art. 7), reemplaza el término

---

<sup>57</sup> Moreno, G. D. (2015). I. Introducción: La representación primordial de los padres. La representación supletoria. En Fernández, S. E. (2015). *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes* (1ª ed.) (pp. 2696). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>58</sup> Rajmil, A. B.; Llorens, L. R. (2015). Apuntes acerca del régimen de capacidad de las personas humanas en el Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley 26.994). [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472015000200089](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200089).

“patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, toda vez que de los fundamentos destaca que el lenguaje influye en las creencias e incide en las conductas y actitudes, por lo que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico. Expresiones tales como la de “patria potestad” representan a una sociedad con un modelo de familia patriarcal típico, que se ha reemplazado hoy por el asociativo, de corte igualitario y humanista. (Cataldi, 2015)<sup>59</sup>.

Si bien como dijimos anteriormente la representación primordial de los NNA se encuentra a cargo de sus progenitores, en aquellos casos en los que sus derechos e intereses se ven involucrados sea que se trate de un proceso judicial o extrajudicial, aquella representación debe ir acompañada con la de un Asesor de Incapaces bajo pena de nulidad relativa del acto (art. 103 del C.C.yC).

El Asesor de Incapaces integra el Ministerio Público (que en la Provincia de Salta funciona en forma autónoma e independiente de los demás órganos del Poder Público y en consecuencia, no está sujeto a instrucciones formuladas por ninguno de ellos., tal como surge de los arts. 2º y 4º de Ley 7328), y es el representante de los NNA para la defensa de sus derechos en tanto indisponibles. Su legitimación es anterior al proceso mismo por lo que técnicamente no asume intervención sino que interviene en tanto ya tiene dicha representación por ley, debiendo pronunciarse conforme a derecho, sin necesidad de que ese dictamen adhiera a la posición del niño pudiendo aun contrariarla con sustento en su interés superior.

De la lectura del art. 103 del C.C.C. surge que la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. En el inc. a) se refiere a la actuación complementaria expresando se intervendrá en este modo en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, donde la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. Mientras que en el inc. b) sostiene que será principal cuando i) los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; o iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

---

<sup>59</sup> Cataldi, M. M. (2015). Doctrina del día: El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/09/doctrina-del-dia-el-ejercicio-de-la-responsabilidad-parental-y-la-nocion-de-coparentalidad-autor-myriam-m-cataldi/>

Finaliza el artículo bajo análisis disponiendo que en lo extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

De lo transcrito surge que la representación del Asesor puede ser complementaria (o promiscua) cuando acompaña a la de los representantes necesarios, o principal cuando la reemplaza.

Como se mencionó la representación será promiscua (o sin distinción) cuando acompañe a la de los representantes necesarios y aún a la del abogado del niño; y será principal cuando carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a cargo; o hubiere que controlar la gestión de éstos últimos (art. 54 inc. a y c de la Ley 24.946<sup>60</sup>).

En un primer momento llegó a cuestionarse si la creación de la figura del Abogado del Niño vendría a reemplazar a la del Asesor de Incapaces planteándose distintas teorías al respecto, las que quedaron superadas con el dictado del Decreto 415/2016 -reglamentario de la Ley 26.061- que en su art. 27 expresamente señala: “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”<sup>61</sup>.

Es así que tanto los representantes legales, como el abogado del niño deberán necesariamente coexistir con el Asesor de Incapaces bajo pena de nulidad relativa de lo actuado.

### **III.2.- EL ABOGADO DEL NIÑO, MARCO LEGAL, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.**

El origen de la figura del Abogado del Niño lo podemos encontrar en la Convención

---

<sup>60</sup> Ley orgánica del Ministerio Público N. ° 24946. Sancionada el 11 de Marzo de 1998, Promulgada el 18 de Marzo de 1998. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: <http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/LEY%2024946-98%20LEY%20ORGANICA%20DEL%20MINISTERIO%20PUBLICO.pdf>

<sup>61</sup> Art. 27 del Decreto 415/2006 reglamentario de Ley 26061. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: [http://badaj.org/2015/wp-content/uploads/2014/07/Nacionales/Argentina/Argentina\\_Decreto\\_415\\_del\\_2006\\_Reglamento.pdf](http://badaj.org/2015/wp-content/uploads/2014/07/Nacionales/Argentina/Argentina_Decreto_415_del_2006_Reglamento.pdf)

sobre los Derechos del Niño que en su artículo 12 inc. 1 dispone que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

De la lectura de este artículo parece desprenderse que la designación de un abogado de confianza para los NNA depende de su capacidad progresiva toda vez que hace referencia a que para poder expresar su opinión el niño debe estar en condiciones de formarse un juicio propio.

Sin embargo hay que tener en cuenta que la Convención es el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. (UNICEF, 1999)<sup>62</sup>.

De allí que la ley 26.061 viene a ratificar y ampliar estos derechos en sus artículos 24 y 27 respectivamente en los que establece una serie de principios y garantías a los que todo NNA tienen derechos y respecto de los cuales los Organismos del Estado tiene el deber de garantizar, como lo es a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo; ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; a participar activamente en todo el procedimiento; a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

En un mismo sentido nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 26, 661, 677, 678, 679 y cc., consagran estos principios que venimos desarrollando como ser la capacidad progresiva, el derecho a la asistencia letrada del abogado del niño, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta en todo proceso que lo afecte, entre otros.

Con lo expuesto podemos dimensionar dentro de un marco legal como se plantea esta cuestión de si la designación de abogados para los niños depende de su capacidad progresiva, o si por el contrario tienen que estar presentes siempre independientemente de su edad y

---

<sup>62</sup> UNICEF (1999). Justicia y Derechos del Niño. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf)



discernimiento.

Al respecto señala Aída Kemelmajer de Carlucci que, a diferencia del derecho a ser oído, para que sea posible la actuación con defensa técnica, resulta coherente que la persona tenga un cierto grado de madurez<sup>63</sup>.

Expresa esta autora que se han desarrollado tres posiciones: En un extremo la postura amplia admite la designación del abogado cualquiera se la edad de ese niño. En el otro extremo, una visión restringida, exige el discernimiento para los actos lícitos. En el medio, está la postura que se asienta en la valoración de la madurez del niño y su autonomía progresiva.

Esta última visión (postura intermedia) busca el equilibrio entre ambos extremos y rechaza la fijación de límites etarios excluyentes. A su vez, aconseja dejar librado a la decisión judicial la procedencia o no de la designación. Además, esta postura, viene de la mano del reconocimiento de la autonomía progresiva, que rechaza la aplicación de criterios rígidos fundados en la edad.

Ha sostenido Solari que tanto el derecho a ser oído como el del patrocinio letrado debe ser respetado cualquiera fuera la edad del niño. Lo que cambia, en todo caso, es la consideración subjetiva que va a adoptar el juzgador y no la viabilidad de tales derechos. La asistencia de un letrado especializado no está condicionada a la edad del niño pues constituye una garantía mínima del procedimiento. La capacidad progresiva del sujeto se refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho a contar con un abogado. (Solari, 2009)<sup>64</sup>. Postura con la que disiento toda vez que si un NNA no puede otorgar instrucciones a su abogado defensor de confianza, sus derechos se encontrarán perfectamente garantizados con la intervención del Asesor de Menores y el Juez de la causa.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo que marcó un antecedente importante en la materia sostuvo el derecho a la defensa técnica de dos niñas de 7 y 10 años a pedido del asesor de menores, sin que la designación del abogado haya sido introducida por las otras partes del proceso, donde la controversia residía sobre el entonces régimen de visitas (actual régimen de comunicación). Dice expresamente el Defensor ante la Corte: “Pero lo cierto es que en la incidencia no se ha dado participación alguna a las nombradas, quienes como sujetos de derecho tienen derecho a opinar y a ser escuchadas (cf.

---

<sup>63</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). Ob. cit.

<sup>64</sup> Solari, N., (2009) “Elección del Abogado del Niño”, Ed. La Ley 18-05-2009, página 409.

Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño- art. 75 inc. 22 C.N.- y arts. 19, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061) Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteos que se susciten), su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (cf. Art. 18 C.N, 75, inc. 22 CN, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 inc. c), d), y e) de la Ley N° 26.061). Ello, sin dudas asegurará su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar”<sup>65</sup>. Este fallo venía a reconocer cómo la participación en el proceso de los NNA con un abogado especializado en niñez y adolescencia depende de su grado de madurez y no propiamente de su edad. De todas maneras tal como lo mencionara en otro apartado, mi postura al respecto sostiene que se deberá estar siempre al caso concreto, debiendo probarse esa capacidad en caso de niños, y en caso de adolescentes cuando se presuma, esta presunción necesariamente tiene que ser *iuris tantum*.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha veintiséis de junio de 2012, en un antecedente distinto al citado, estableció que los menores de catorce años son incapaces absolutos de hecho y, por ende, carecen de capacidad para designar un letrado de confianza, en consonancia con los artículos 54 y 921 del Código Civil<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> C.S.J.N. “GMS c/ JVL”, de fecha 26-10-2010. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires---divorcio-vincular-fa10000068-2010-10-26/123456789-860-0000-1ots-eupmocsollaf?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3AG.%2C%20M.%20S.&o=9&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia%7CFecha/2010%5B20%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=65>

<sup>66</sup> C.S.J.N., MG contra PCA sobre tenencia, de fecha 26-06-2012. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires---fa12000089-2012-06-26/123456789-980-0002-1ots-eupmocsollaf?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3AM.%2C%20G.&o=59&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia%7CFecha%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=303>

Se puede observar la diferencia radical de los dos fallos, siendo que ambos se dictaron el año 2010 con el régimen del Código Civil Velezano, aunque el primero de ellos se adelantó al régimen de capacidad progresiva vigente, y el último se rigió específicamente por el régimen de capacidad cronológico-estanco, hoy ya superado.

En igual sentido la doctrina ha dicho: “este derecho de participación con la extensión de acceder a la defensa material y técnica “abogado del niño”, solo puede ejercerse condicionada a la valoración de la pauta de edad y madurez; de lo contrario caeríamos en la ficción de sostener que un niño a los 3 años, puede ejercer ese derecho de manera plena y efectiva cuando en realidad actúa a través de sus representantes. (Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N., 2014)<sup>67</sup>.

Como mencionara recientemente hay, que destacar que los dictámenes que venimos analizando se dieron en un momento en el que se encontraba vigente el antiguo régimen de capacidad que establecía el Código de Vélez donde se diferenciaba a los menores que tenían incapacidad absoluta o relativa dependiendo de si se trataban de menores impúberes o menores adultos, según hubieran adquirido o no los 14 años de edad<sup>68</sup>. Sin embargo hay que mencionar que en el último fallo la Corte obvió su función de garante del cumplimiento de la Constitución e hizo prevalecer el Código Civil sobre la Convención de los Derechos del Niño.

Con nuestro sistema legal vigente la discusión de la capacidad o incapacidad cronológica establecida por el Código Velezano finalizó, en razón de que tanto la Convención de los Derechos del Niño, como la Ley 26.061 y el nuevo Código Civil y Comercial establecen el régimen de capacidad progresiva, según la cual y como ya vimos, el ejercicio de los derechos de los NNA estará condicionado a la edad y grado de madurez obtenido.

Antes de concluir es necesario aclarar que lo controvertido es la intervención del abogado de confianza especializado en niñez que represente los intereses de los NNA, y no si los niños tiene derecho a ser oídos o desde cuando toda vez que en ese sentido la doctrina y la jurisprudencia si comparten criterios unánimes en orden a aceptar que ellos pueden ser oídos a cualquier edad, ya sea de oficio, a pedido de los interesados, y “no quedan dudas que si media solicitud del niño o adolescente, el juez no tendrá opciones y deberá tomar contacto directo

---

<sup>67</sup> Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N., (2014). Tratado de derecho de Familia según el Código Civil y Comercial del 2014, Tomo IV, ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2014, Art. 667, Pág. 37.

<sup>68</sup> Artículo 127 de la Ley 340: Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos. *Modificado por: Ley 17.711 Art.1 (Sustituido por inciso 15). (B.O. 26-04-68). A partir del 01-07-68 por art. 7. ).*

con aquel” (Mizrahi, 2006)<sup>69</sup>. Además la obligación del juez de escuchar a los niños es una garantía mínima del procedimiento que se encuentra legislada en forma expresa en el artículo 27 de la ley 26.061, debiendo ser respetada por todos los organismo del Estado.

En este orden de ideas, la ley 26.061 acuerda el derecho de los niños a ser oídos sin que este pueda intermediarse con la presencia de un representante u órgano apropiado, inclinándose por una verdadera intermediación, superando así las múltiples alternativas de la Convención. Entonces, el niño deberá ser escuchado cada vez que así lo peticione. De ello se sigue que el juez no podrá rehusarse a escuchar al niño bajo pretexto de haber escuchado en su lugar a un representante u órgano apropiado, ya sea defensor de menores, los dictámenes periciales o informes de auxiliares del tribunal. Frente a esta negativa debería decretarse la nulidad de lo actuado, en consideración al orden público que gobierna esta materia. (Kielmanovich, J., 2006)<sup>70</sup>. No obstante estamos hablando del supuesto de que el NNA solicite ser escuchado, mientras que si no son ellos los que lo peticionan el juez o el asesora de menores podrá solicitar o no oír al menor según sea el caso. ¿Hay necesidad de hacer comparecer siempre al niño a ser escuchado ante el juez y/o el asesor de menores con todo lo que ello significa? (citación, policía notificador, traslado, apersonarse a un lugar extraño y tener que hablar con gente desconocida como el juez, el Asesor, etc.), en lo personal considero que la respuesta que se ajusta a derecho es la negativa, inclusive hasta puede resultar no conveniente hacerlo a los fines de evitar su revictimización. Se puede dimensionar como volvemos siempre sobre lo mismo en el sentido de que al haber intereses de NNA en juego siempre habrá que valorarse el caso concreto, no pudiendo establecerse reglas generales de aplicación inexorable a todos supuestos.

Habiendo desarrollado en forma panorámica el marco legal que regula la figura del Abogado del Niño, como así también las confrontaciones doctrinarias y jurisprudenciales que surgen en torno a la interpretación de su intervención, se vislumbra claramente que la temática planteada no se encuentra resuelta, sino que por el contrario dependerá de la inteligencia que le den a la normativa los actores y magistrados que tiene a su cargo resolver los planteos, siempre teniendo como norte el superior interés del niño.

---

<sup>69</sup> Mizrahi, M. (2006) “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y Adolescentes”, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061. Emilio García Méndez compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, Mauricio, Página 75 y s.s..

<sup>70</sup> Kielmanovich, J. (2006), “Reflexiones procesales sobre la ley 26.061”, página 95, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, compilador Emilio García Méndez compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006.

### **III.2.1.- Primer caso jurisprudencial de la Provincia de Salta. Análisis.**

En la Provincia de Salta recientemente en fecha 30/11/2015 la Juez de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia rechazó la participación de un abogado especializado en niñez que pretendía representar los derechos e intereses de una niña de 2 años de edad (ahora 3) en carácter de apoderado, en un juicio donde se discute el hoy llamado régimen de comunicación.

Esta causa llegó a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 1º por vía de recurso de apelación y luego vía recurso de inconstitucionalidad. Analicemos el caso.

#### **III.2.1.a.-PRESENTACIÓN**

En la causa “R., D. C/ N. S., A. S/ Régimen de Comunicación” Expte. N.º 469.200/14 en trámite por ante el Juzgado en lo Civil de Personas y Familia de 1ª Instancia 1ª Nominación, de la Provincia de Salta, Ciudad de Salta, se presentan los progenitores de la niña V.R.N. (de 2 años de edad al inicio del pleito) procurando establecer un régimen de comunicación que permita el contacto de la niña con el padre no conviviente.

Asimismo se presenta el Dr. Juan Pablo Gallego requiriendo entre otros, se lo tenga por parte en calidad de apoderado de V.R.N., petición que es rechazada por la Sra. Juez en fecha 30/07/2015.

#### **III.2.1.b.-POSTURAS Y FUNDAMENTOS**

**Del Abogado del Niño:** El Dr. Juan Pablo Gallego manifiesta que la denegatoria vulnera la garantía constitucional de la defensa en juicio que asiste a la menor de edad encartada, deviniendo igualmente contradictorio con la normativa supralegal que impone admitir su participación, en tanto lo que se trata es el derecho de la niña a contar con asistencia letrada.

Su postura la fundamenta en el art. 26 párrafo segundo del C.C. y C., aduciendo además que existe conflicto de intereses con el progenitor de la niña que justifica la necesidad de tal asistencia prevista por el artículo 27 inc. c) de la Ley 26061.

Por lo expuesto interpone Recurso de Reposición con Apelación en Subsidio, haciendo reserva del Caso Federal y de recurrir a la CIDH, toda vez que de no acogerse a lo peticionado

se verían vulneradas las garantías del debido proceso y defensa en juicio, los principios de inviolabilidad de la defensa, legalidad y contradicción amparados por los arts. 16 y 18 de la C.N.

**Del Asesor de Incapaces:** Del recurso se corre vista al Sr. Asesor de Incapaces N. ° 4 Dr. Juan Manuel Pereira quien sostiene que de una lectura integral y sistemática de las normas expuestas, surge que no es obligatoria la designación del abogado del niño, ya que lo que se busca es que este asistido por un letrado preferentemente especializado en tema de la niñez, no dice de su confianza particular. Y que más allá de las disquisiciones en la órbita judicial, no se encuentra desamparada en el proceso, sino que se encuentra defendida desde el inicio de las actuaciones, en este caso por los abogados de los padres.

Que en el caso de autos hay que tener presente que la niña posee 2 años de edad (hoy 3) y que siguiendo las prescripciones generales del art. 113 del C.C., debe hacerse presente el principio de progresividad para el cual debe valorarse sus manifestaciones en función de su edad y madurez la cual no se encuentra en condiciones de designar un abogado para defensa de sus intereses, debiendo adecuarse esto a la situación particular de cada proceso.

Manifiesta que la defensa en juicio de la niña se encuentra debidamente ejercida por su madre y padre, garantizada por la intervención de los mismos y la participación conjunta de esa Asesoría, resaltando que hay que tener sentido común para entender que dada la corta edad de la niña no puede designar un letrado abogado del niño, no puede otorgar poder alguno, ni dar indicaciones a su letrado para que ejerza su representación y defensa.

**De la Juez de Primera Instancia:** Resuelve rechazar el recurso de revocatoria manteniendo firme el decreto atacado y conceder el recurso de apelación interpuesto en subsidio, por las siguientes consideraciones.

Que el art. 27 inc. c) de la Ley 26.061 reconoce -entre otros principio- el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser “asistidos” por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento es decir a título de patrocinante y no como apoderado, tal como se dispuso en el proveído atacado, indicando que por aplicación de las normas de mandato en la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento.

Asimismo sostiene que el art. 26 del C.C.yC. establece como principio general que la persona menor de edad no ejerce sus derechos por sí, sino a través de sus representantes legales, es decir sus padres o en su defecto el tutor que se le designe, y que el derecho de

participación con la extensión de acceder a la defensa material y técnica -abogado del niño- solo puede ejercerse condicionando a la valoración de la pauta de edad y madurez, agregando que los menores de 14 años son representados en juicio por los padres, el tutor y el ministerio Público de Menores habida cuenta de su incapacidad absoluta.

Continúa diciendo que la representación del menor, salvo privación de la patria potestad o intereses contrapuestos entre el menor y sus padres o tutores, la ejercen estos últimos, expresando que en el sub lite, al defensa de los derechos e intereses de la niña V.R. y su representación se encuentra ejercida por su madre, quien se presenta como apoderada en defensa de sus derechos, no advirtiéndole que sus derechos se encuentren conculcados, y mucho menos el hecho de negar la participación del abogado del niño implique negar el acceso a la justicia de la niña, toda vez que las decisiones que se ordenan en el marco de las actuaciones son en aras a garantizar el interés superior de la misma.

Hace referencia a que V.R. tiene 2 años y por lo tanto se encuentra imposibilitada de designar por sí sola un abogado de su confianza que la represente, como así tampoco visualiza oposición entre los intereses de la niña y el de sus progenitores que amerite la intervención de un abogado del niño.

Por último hace mención a la diferencia entre ser oído y ser parte, en el sentido de que la prerrogativa consagrada por el CDN de oír al menor no implica asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal.

**Del Fiscal de Cámara en lo Civil Comercial y Laboral:** Luego de la expresión de agravios y de los traslados de rito, la causa se eleva a segunda instancia, y en su vista el fiscal sostiene si bien el art. 27 in c) de la Ley 26061 consagra el derecho del niño a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia, y la obligación del estado de asignarle uno de oficio en caso de carecer de recursos, los arts. 26, 677 y cc. del C.C.yC. supeditan su participación a la oposición de intereses del niño con sus representantes legales.

Asimismo adhiere a la posición doctrinaria de que a diferencia del derecho a ser oído, para que sea posible la actuación con defensa técnica, resulta coherente que la persona tenga un cierto grado de madurez, y considera ajustada la decisión del A Quo dada la corta edad de la niña quien no tiene grado de madurez suficiente para participar de manera autónoma en el proceso, ni para otorgar poder, ni para dar instrucciones a su abogado, indicando que en el caso no se ha vulnerado el derecho de defensa de la menor, que está siendo representada por su madre (con asistencia letrada), y con la intervención complementaria del Ministerio



Público.

**De la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial – Sala Quinta:** Esta sala en fecha 25/08/2016 en su 1ª intervención ante el recurso de apelación en sus considerandos expresa que la CDN reconoce que el niño es sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. Sobre esa base la Ley 26061 debe ser interpretada, no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable.

Sostiene que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de su representante legal. No obstante la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Además prevé la actuación complementaria o principal del Ministerio Público.

Advierte que no asiste razón al impugnaste cuando considera que negarle su participación vulnera la garantía constitucional de la defensa en juicio de V.R.N. de contar con asistencia letrada impidiéndole participar como sujeto de derecho con un letrado de confianza especializado. Ello así por cuanto la niña está representada no sólo por su madre, que contrató servicios de un letrado para que la represente y asista durante el proceso, sino también por el Ministerio Público Tutelar. En tal sentido entiende que no solo no se ha vulnerado garantía constitucional alguna, sino que si se tiene en cuenta que a esa fecha la niña tiene 3 años y 4 meses, resulta absurdo pensar que con dicha edad pueda y eventualmente deba contratar un abogado especializado de su confianza.

Además entiende que tal como lo sostiene el sentenciante, tampoco existen intereses contrapuestos entre la niña y sus progenitores, ya que la actuación judicial busca establecer cómo será la comunicación de ésta con su padre no conviviente, sin advertirse, en esta instancia del proceso situación alguna de conflictos que haga necesario el patrocinio de letrado especializado.

Sostiene que la participación de la menor en las decisiones del presente caso en el que claramente se encuentra involucrada, será evaluada oportunamente por la Sra. Magistrada de



la instancia en grado con la participación del Asesor de Menores.

En esta etapa es importante destacar que esta Sala Quinta siguiendo importante doctrina hace mención a que ni bien el juez advierta la complejidad de la naturaleza del asunto y sospeche que entran en juego intereses contrapuestos tendrá que designar un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. El niño podrá acceder a un abogado, sin que exista restricción alguna en razón de la edad. Si el niño no tuviere la madurez suficiente, el vínculo entre el abogado y el niño estará mediatizado por el desempeño de su representante.

Por todo lo expuesto la sala resuelve no hacer lugar al recurso de apelación.

Contra este decisorio el Dr. gallego interpone recurso de inconstitucionalidad con idénticos fundamentos a los que esbozara en primera instancia al plantear la apelación, argumentando además que el fallo es contradictorio por cuanto avala el derecho de la niña a contar con asistencia letrada y luego rechazarla violando el principio de congruencia, motivo por el cual vuelve la causa Cámara misma que en fecha 26/10/2016 arranca haciendo un análisis de lo mal planteado que está hecho el recurso en términos procesales siendo suficiente fundamento para desestimarlos aunque de igual manera lo acoge y sostiene que de una lectura atenta del fallo se advierte que contiene fundamentación suficiente y que es el resultado del discernimiento del Tribunal, quien resolvió la pretensión deducida de conformidad a las circunstancias fácticas y a las normas legales aplicables, con una exposición fundada de los motivos por los cuales no se hace lugar al recurso de apelación. En consecuencia ese Tribunal entiende que no existe causa constitucional que justifique la concesión del recurso deducido denegándolo al mismo.

**III.2.1.c.-OPINIÓN PERSONAL:** Luego de haber dado lectura a todos los argumentos y posturas de los fallos de los cuales se pretendió hacer un breve resumen, entiendo que tanto el fallo de primera instancia como los de cámara se ajustan a derecho, toda vez que en estos autos los derechos e intereses de la niña se encuentran debidamente resguardados no solo por los abogados de sus progenitores sino también por la actuación complementaria del Ministerio Público a través del Asesor de incapaces, no considerando que exista conflicto de intereses entre los derechos de la niña y sus progenitores, sino que la oposición de intereses se da entre adultos, los mismos progenitores.

Considero que la participación de los NNA en los procesos en calidad de partes con el

patrocinio de un abogado especializado en niñez y adolescencia no se tiene que dar en todos los casos, sino que habrá de estarse al caso en particular analizando su grado de desarrollo y madurez, y entendiendo que esa capacidad se presume iuris tantum desde la adolescencia (13 años), no quedando exenta del control y opinión del judicante y del Ministerio Público.

Sostengo que los derechos de los menores de edad se encuentran suficientemente resguardados con la intervención de sus representantes legales, tutores, tutores especiales y Ministerio Público según sea el caso, como para agregar una participación más sin necesidad cayendo en un excesivo rigor formal en el análisis de la letra del art. 27 inc. c) de la Ley 26061, toda vez que esta tiene que ser interpretada en conjunto y en forma sistemática con toda la normativa constitucional-convencional y legal aplicable. Entiéndase que esta posición lo es en tanto y en cuanto no exista intereses contrapuestos entre el menor de edad y sus representantes legales, donde dado el caso habrá que valorar si la madurez del menor es suficiente como para que intervenga con un abogado del niño, o si por el contrario habrá que darle intervención a un tutor ad hoc.

Antes de finalizar quiero mencionar que la Cámara en uno de sus considerandos a mi entender dejó abierta la posibilidad de que en caso de que existiera conflicto de intereses entre el menor de edad y su representante legal, el magistrado interviniente “tendrá” que designar un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia sin que exista restricción alguna en razón de la edad, toda vez que si el niño no tuviere la madurez suficiente, el vínculo entre el abogado y el niño estará mediatizado por el desempeño de su representante.

De ello infiero que esta Cámara solo denegó la participación del abogado del niño por considerar que no existen intereses contrapuestos con sus progenitores, pero si lo hubiera habido hubiera hecho lugar al reclamo, sin importar la edad de la niña V.R.N., criterio que no comparto en absoluto toda vez efectivamente es absurdo pensar que esta niña con tan solo 3 años de edad pueda llegar a dar algún tipo de instrucción a su abogado patrocinante, entendiendo además que para estos casos los derechos e intereses de los NNA se encuentran suficientemente tutelados y garantizados con la intervención del tutor especial y del Asesor de Incapaces los que cuentan con todas las facultades y prerrogativas otorgadas por ley para hacer valer sus derechos, garantizado su interés superior y el acceso a una tutela judicial efectiva, esa es su función.

### III.3.- EL ABOGADO DEL NIÑO, CON RELACIÓN A LA REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES, LOS TUTORES Y EL MINISTERIO PÚBLICO DE MENORES.

Los primeros interrogantes que nos trae el art. 27 inc. c), de la Ley 26061 es que si el abogado del niño es el único representante al que alude el art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, excluyendo a los padres, tutores y al Ministerio Público, y si su intervención es obligatoria en todos los procesos. Como se vino desarrollando, adelanto que la negativa se impone.

El art. 27 inc. c) de la Ley 26061 dispone:

*Artículo 27: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: ... c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; ...”*

La misma C.D.N. en su art. 18 inc. 1<sup>71</sup> establece la responsabilidad primordial de los padres en la crianza y desarrollo del niño, por lo que son estos quienes en una primera instancia deberán ejercer la defensa de los derechos de sus hijos en juicio. En estos casos al no haber conflicto de intereses entre los padres y el niño, ni requerimiento de éste, no parece necesario que el niño actúe por sí solo con un abogado patrocinante por lo que se puede concluir que la designación del abogado del niño no es obligatoria en todos los casos, sin discutir la participación del Asesor de Incapaces que como vimos es obligatoria bajo pena de nulidad.

La figura que quizás más se superpone con la del abogado del niño es la del tutor especial “ad litem” regulado en el art. 109 del C.C.yC. Como bien dice Zannoni, el tutor especial aparece ante la contraposición de intereses propios del padre y de los hijos, y sólo representa al niño en relación al negocio o gestión para el cual fue designado, sin que afecte la

---

<sup>71</sup> Artículo 18 inc. 1) Ley 23.849: 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

representación inherente a los padres en los demás asuntos (Zannoni, 1998)<sup>72</sup>, supone la incapacidad de poder discernir por sí, siendo el tutor quien deberá representar los intereses del niño de acuerdo a su leal saber y entender quedando desconocida cuál es su verdadera opinión.

Así es que mientras el tutor ad litem es una figura ligada a la incapacidad del niño, que sustituye su voluntad, y por lo tanto patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto (confundiéndose así, en algún punto, con la figura del defensor de menores), el abogado del niño es un personaje ligado al principio de la capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y el desarrollo del niño para participar en el proceso. En este sentido, el abogado del niño no sustituye su voluntad, la reproduce o trasmite al juez mediante su defensa especializada (como podría ocurrir con cualquier adulto). (Famá, M., 2009)<sup>73</sup>.

Esta distinción nos muestra que la coexistencia de ambas figuras en nuestro ordenamiento civil no es incompatible. Corresponderá al juez, en función del grado de desarrollo del niño, determinar si procede la designación de un tutor o de un abogado para resguardar sus intereses en un pleito donde resulten afectados sus derechos.

De todos modos en la práctica en ocasiones se ha confundido ambas figuras así en un fallo de la sala B de la Cam. Nac. Civ. se ha resuelto que “se ha de designar como abogado de los jóvenes A. S. K. y M. K. al tutor actual de ellos, Dr. R. S. F., el que desempeñará sus funciones en su doble condición de tutor especial y abogado de los citados adolescentes, quienes –en esas condiciones- revestirán la condición de parte en este proceso y en todos los conexos presentes y futuros”<sup>74</sup>.

Tampoco debe confundirse la figura del abogado del niño con la del Asesor de Incapaces. El Ministerio Público de Menores es defensor, por mandato constitucional y legal, de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en la medida de su indisponibilidad,

---

<sup>72</sup> Zannoni, E.A. (1998). *Derecho Civil. Derecho de Familia* (3ª ed.) (p. 773). ASTREA. Buenos Aires.

<sup>73</sup> Famá, M. V. Comentario a fallo: C. Nac. Civ., sala I, “L., R. v. M. Q., M. G.” de fecha 4/3/2009.

<sup>74</sup> Ca. Nac. Civ., Sala B, “K. M. y otro v. K., M. D.” de fecha 19/03/2009. [Versión electrónica]. Recuperada el 13/06/2016 de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-otro-md-autorizacion-fa09020115-2009-03-19/123456789-511-0209-0ots-eupmocsollaf?q=%28moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3AK.%2C%20M.%29%20AND%20%28titulo%3AK.%2C%20M.%29&o=1&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia%7CFecha/2009%5B20%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Nacional%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=3>

sin confundirse con la defensa técnica, que en el marco de un proceso realizan los padres y los tutores con la asistencia técnica propia del abogado, o el propio niño por sí con su abogado (art. 27 inc. c), ley 26061), letrados a quienes se les asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto y prestan su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a sus clientes. (Moreno, 2006)<sup>75</sup>.

Es así que el criterio de actuación que debe presidir la intervención de los magistrados del Ministerio Público de Menores es el de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición del niño y aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante necesario. (D'Antonio, 1994)<sup>76</sup>.

“Según la doctrina especializada el Abogado del Niño es quien asume la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su especial conocimiento técnico para que se dicte una decisión favorable a la voluntad del niño” (Gil Domínguez, A., Famá, M. V., & Herrera, M., 2007)<sup>77</sup>, sin sustituirla, y solo para el caso en concreto para el que fue designado, no siendo necesaria su actuación en todos los procesos en los que los derechos e intereses de los NNA estén involucrados. Mientras que la representación asumida por el Asesor de Incapaces es de representante, promiscuo o directo, en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales que la ley le asigna a los niños para la defensa de sus derechos, independientemente de los demás tipos de representación que venimos desarrollando (padres, tutores, curadores, abogados del niño, etc.).

Como se mencionara párrafos anteriores el Dec. 415/06 reglamentario de Ley 26061 puso fin a la discusión al disponer que el derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público<sup>78</sup>.

#### **III.4.- QUIEN DESIGNA AL ABOGADO DEL NIÑO.**

A la hora de la designación del abogado del niño vuelve a tomar relevancia la función tutelar del estado en orden a garantizar el pleno desarrollo de los NNA y así en los hechos

---

<sup>75</sup> Moreno, G. D. (2006). La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño. En *Derecho de Familia* (p. 59). ABELEDO PERROT.

<sup>76</sup> D'Antonio, D.H. (1994) (p. 380). *Derecho de Menores*. ASTREA, Buenos Aires.

<sup>77</sup> Gil Domínguez, A.; Famá, M. V.; Herrera, M. (2007). *Ley de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes*. (pg. 461). Ed. Ediar.

<sup>78</sup> Art. 27 del Decreto 415/2006 reglamentario de Ley 26061.

puedan gozar de las garantías de las que gozan los adultos.

Así el tribunal debe tomar los recaudos necesarios para que el abogado que patrocine al niño no pertenezca a la órbita de la influencia de alguno de sus padres, y de este modo asegurar un desempeño independiente de aquel. Por ello estimamos equivocado el criterio que afirma que el juez no debe intervenir y que corresponde respetar las designaciones que realicen sus progenitores, exista o no acuerdo entre ellos. El judicante deberá en todos los casos asegurar la autonomía del abogado de las restantes partes intervinientes en el proceso garantizando la real defensa de sus asistidos. (Mizrahi, 2006)<sup>79</sup>.

De lo expuesto se deduce que toda supuesta designación de abogados del niño no será más que una propuesta que van a estar sujetas a la aprobación de la judicatura y del asesor de incapaces interviniente. Por supuesto que si estamos ante NNA que por contar con el debido juicio tienen la correspondiente capacidad procesal para actuar por sí, el Juez debe en principio aceptar la designación del abogado que proponga. En este orden de ideas si estamos frente a un supuesto de falta de capacidad procesal del niño o adolescente (vg. La escasa edad del niño), debe proceder el mismo tribunal a designar el respectivo profesional, para lo cual podrá –por razones de practicidad- nombrar letrado al mismo tutor especial, o el que este proponga; como también estará facultado el juez para “recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades” conforme a la reglamentación del art. 27 de la ley 26061 por decreto 415/2006. La Corte Suprema de Justicia ha seguido este criterio en un caso específico atribuyendo al tribunal la facultad de determinar quién será el abogado de las niñas involucradas; y ello en tanto dispuso “solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine”<sup>80</sup>.

### **III.5.- QUIEN DEBE ABONAR LOS HONORARIOS DEL ABOGADO DEL NIÑO.**

Como corolario la carga de los honorarios habría de recaer sobre los padres a través de la condena en costas, como único modo, además de evitar el ejercicio de influencias.

Ante la falta de recursos, el art. 27 inc. c) de la Ley 26061 señala: “...En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.”.

---

<sup>79</sup> Mizrahi, M. L. (2006). Ob. cit.

<sup>80</sup> CSJN, “G., M. S. c. J. V., L.”, de fecha 26/10/2010. Ob. cit.

De este artículo pareciera desprenderse que ante la carencia de recursos económicos de los que deberían soportar las costas es el Poder Ejecutivo Provincial el responsable de solventar las mismas toda vez que de conformidad con la ley 26061 es quien tiene la responsabilidad y el presupuesto acordado para garantizar la existencia de servicios jurídicos gratuitos, ya sea en forma directa por medio de la creación de organismos que cumplan esa función específica o por medio de convenios con otras entidades públicas al efecto<sup>81</sup>. En estos casos no parece surgir duda alguna de que esta sea la solución correcta.

Ahora bien, para el supuesto de que el servicio del abogado del niño dependa del Ministerio Público como integrante del Poder Judicial, considero que sería viable que en estos casos los gastos los afrontara ese Poder.

## **CONCLUSIONES PARCIALES**

De lo expuesto en este capítulo queda claro que la figura del abogado del niño no está exenta de discusión respecto a cuándo corresponde su intervención aunque si se trae luz a las distintas posiciones en las que se enrolan algunos autores y jurisprudencias, como así también la posición que adopta nuestro C.C. y C. con la que personalmente me identifico.

Esto es así debido a que de nuestro código civil surge esa cuarta postura a la que se hiciera referencia de una posición intermedia mixta, en el sentido de que si bien la intervención del abogado del niño siempre será valorada por el juez de la causa, también se tendrá en consideración por un lado el grado de madurez y desarrollo del menor de edad como así también la edad, siendo para ese último caso los 13 años un estanco donde se presume la capacidad del NNA para dar instrucciones a su abogado de confianza. De todas maneras esta presunción será “iuris tantum” pudiendo ser evaluada como se dijo por el juez de la causa con vista del Asesor de Menores.

Lo cierto es que el NNA deberá tener garantizado su acceso a la justicia, participando en todos los procesos judiciales y administrativos en los que se vean involucrados por medio de sus distintos representantes, quienes junto con el juez de la causa, deberán velar por que sus derechos y garantías no se vean vulnerados asegurándoles una tutela judicial efectiva.

Queda abierta la discusión en la Provincia de Salta respecto a la falta grave en la que se encuentra, toda vez que a la fecha no cuenta con una ley provincial que regule la figura del

---

<sup>81</sup> Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ob. cit.



abogado del niño, como así tampoco con agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, o colegios de abogados o universidades que aseguren la participación de los menores de edad como partes en el proceso con el patrocinio de un abogado de confianza especializado en niñez y adolescencia totalmente independiente de sus progenitores, conforme a la reglamentación del art. 27 de la ley 26061 por decreto 415/2006.

## **CONCLUSIONES FINALES**

A lo largo del trabajo hemos podido desarrollar las distintas aristas que rodean a la figura del abogado del niño.

Iniciamos esta presentación desde el régimen de minoridad y su capacidad abarcado desde el código de Vélez para luego hacer la comparación sistemática con nuestra legislación actual y la CDN y la Ley 26061.

Luego continuamos la caracterización de lo que significa la participación de los NNA en el proceso y lo importante de que sean considerados partes en el mismo, desarrollando esta nueva concepción de la capacidad progresiva que marcó una trascendental diferencia con el régimen de capacidad anterior.

Así pudimos tener un panorama que nos permitiera entrar a explicar lo que es régimen de la representación de las personas menores de edad donde se desarrolló lo que es nuestra temática central de la figura del abogado del niño.

Con lo desarrollado espero haya podido introducir en el lector la convicción de que hoy los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de derechos en igualdad de condiciones que las demás personas con un plus de derechos por ser sujetos en desarrollo, teniéndose de ellos una mirada humanista, integradora, participativa e igualitaria.

Las familias argentinas son gobernadas por un modelo democrático e igualitario, donde los padres y/o tutores son verdaderos orientadores y formadores de sus hijos y pupilos en orden a su crecimiento progresivo, dotándolos de las herramientas necesarias para que paulatina pero sostenidamente, puedan ir adquiriendo mayores posibilidades de desempeñarse en forma autónoma en su vida como personas independientes, hasta convertirse en adultos.

Se pudo ver como los legisladores siguiendo el proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado derivado del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos modificaron el lenguaje técnico-jurídico a la hora de mencionar



determinadas instituciones como ser la de la responsabilidad parental, el régimen de comunicación y cuidado personal entre otros, toda vez que de los fundamentos destacan que el lenguaje influye en las creencias e incide en las conductas y actitudes, por lo que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico.

Desde la Convención de los Derechos del Niño, siguiendo con la Ley N.º 26061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes hasta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se sentaron los principios básicos que gobiernan el universo de derechos y obligaciones de las personas menores de edad, como ser los de ser considerados sujetos de derechos; su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; 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 con la correlativa obligación del estado de que en caso de carecer de recursos económicos deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; su capacidad progresiva que impone que siempre habrá que valorar la edad, grado de madurez, la capacidad de discernimiento y demás condiciones personales de los NNA a la hora de escucharlos previa toma de decisiones sobre cuestiones que los involucren teniendo siempre como objetivo final el superior interés del niño traducido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley, y que todos estos derechos y obligaciones se expanden al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Se pudo dimensionar como la doctrina y la jurisprudencia es unánime a la hora de considerar que no existe límite de edad a la hora de oír la voz de un niño y de tener en cuenta su opinión a la hora de tomar decisiones que los involucren, y como se plantearon distintas teorías y opiniones respecto a su 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 este sentido considero acertado el criterio que creo se tuvo en cuenta al momento de redactar el C.C.yC. de una posición intermedia mixta por la cual la participación de los NNA en los procesos en calidad de partes con el patrocinio de un abogado del niño no se tiene que dar en todos los casos, sino que habrá que analizar cada situación en particular analizando su grado de desarrollo y madurez, y entendiendo que esa capacidad para designar un abogado se presume iuris tantum desde la adolescencia (13 años), no quedando exenta del control y opinión del judicante y del Ministerio Público.

Es importante entender que los derechos de los menores de edad se encuentran suficientemente resguardados con la intervención de sus representantes legales, tutores,

tutores especiales y Ministerio Público según sea el caso, es por ello que se explicó las diferencias de actuación de estos con el abogado del niño. Este último (reitero que es mi opinión), será necesario en el momento en el que los derechos e intereses de los niños se encuentren en contraposición con los de sus representantes legales y aquellos que cuenten con la madurez y desarrollo suficiente podrán designar (si así lo desean), un abogado de su confianza que los patrocine y reproduzca o trasmita al juez su voluntad mediante su defensa especializada. A estos letrados se les asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto determinado y prestan su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad de sus clientes sin sustituirla.

La participación del niño con un abogado de su confianza no reemplaza a la intervención del Ministerio Público (en Salta a través del Asesor de Incapaces), quienes tiene intervención legal en todos los procesos judiciales o administrativos que involucre derechos e intereses de menores de edad, solo que el Ministerio Pupilar se pronunciará siempre conforme a su leal saber y entender ajustando su decisión a derecho, pudiendo apartarse de la voluntad de su representado fundada en ley y contemplando su interés superior, esto mismo sucede con el juez de la causa al momento de dictar sentencia o tomar decisiones interlocutorias que involucren derecho e intereses de NNA.

En la Provincia de Salta vimos como la Cámara de Apelaciones - Sala Quinta en un primer fallo que sienta jurisprudencia local, entendió en igual sentido que la Juez de Familia de primera instancia, el Asesor de Incapaces y el Fiscal de Cámara, que la participación de un abogado especializado en niñez no era procedente en un pleito donde se discute el régimen de comunicación de una niña de 2 años de edad (al inicio del juicio), por considerar que no existían conflicto de intereses entre la menor y sus representantes legales, y que negarle su participación no vulnera la garantía constitucional de la defensa en juicio con asistencia letrada por cuanto la niña está representada no sólo por su madre, que contrató servicios de un letrado para que la represente y asista durante el proceso, sino también por el Ministerio Público Tutelar.

Asimismo se destacó, y desde mi punto de vista se criticó, que la Cámara en uno de sus considerandos dejó abierta la posibilidad de que en caso de que existiera conflicto de intereses entre el menor de edad y su representante legal, el magistrado interviniente “tendrá” que designar un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia sin que exista restricción alguna en razón de la edad, toda vez que si el niño no tuviere la madurez suficiente, el vínculo entre el abogado y el niño estará mediatizado por el desempeño de su

representante.

Traigo a colación esta postura de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Salta por considerar que si efectivamente hubiera habido un conflicto de intereses entre los derechos de la niña y el de sus progenitores, en principio parecería que se habría hecho lugar al recurso planteado por el apelante ordenando se le dé legal intervención en la causa al abogado del niño, en este sentido contrariando las posturas de la Juez de Familia de primera instancia, el Asesor de Incapaces y el Fiscal de Cámara, quienes además entienden que dada la corta edad de la niña no tiene grado de madurez suficiente para participar de manera autónoma en el proceso, ni para otorgar poder, ni para dar instrucciones a su abogado, sosteniendo que debe hacerse presente el principio de progresividad debiendo adecuarse esto a la situación particular de cada proceso.

En el caso planteado, era el mismo abogado del niño el que estaba presentando el recurso de apelación, con lo cual los derechos de la niña habrían quedado resguardados con este abogado de confianza. Pero que hubiera sucedido si el recurso hubiera sido interpuesto por el Asesor de Incapaces por ejemplo y se hubiera tenido que designar a un abogado del niño.

Este es un vacío legal que la Provincia de Salta tiene pendiente, y entiendo que es una omisión de gran magnitud, toda vez que para los casos en que se consideren necesarias las intervenciones de abogados del niño el Estado Provincial no cuenta con la estructura y herramientas necesarias para dar respuesta, sin tener en cuenta la manda constitucional-convencional y legal del derecho del niño a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

Nuestra provincia al no tener en función a la figura del abogado del niño como órgano del ministerio público, se encuentra incumpliendo todos los tratados, la constitución y leyes por las que está obligado garantizar el acceso a la justicia del NNA en forma directa a través de su abogado de confianza, cuando debería otorgarlo aún de oficio para el caso de que la persona menor de edad no pueda cubrir los gastos de representación que ello demanda (art. 12 inc. c) Ley 26061). El hecho de que existan Organismos no Gubernamentales, Fundaciones, Colegios de Abogados, etc. que en la práctica brindan este servicio tanto de asesoramiento como de representación en forma gratuita, no la exime a la provincia de responsabilidad tanto nacional como internacional por su incumplimiento, previo procedimiento del control de

constitucionalidad de los tribunales inferiores de la Nación y de la Corte Suprema de Justicia, en los términos del art. 116 primera parte de la C.N. que dice: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

Si bien es cierto que existe algún proyecto de ley o mejor dicho buenas intenciones de dictar una ley que regule y reglamente la figura del abogado del niño, lo cierto es que hoy por hoy no la tenemos como así tampoco existen convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades que permitan garantizar al NNA el derecho de acceder a ese abogado especializado en niñez y adolescencia, vulnerando (llegado el caso) las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, los principios de inviolabilidad de la defensa, legalidad y contradicción entre otros.

Por lo expuesto es mi deseo que el presente trabajo no solo les permita comprender la función del abogado del niño, su intervención, y las demás cuestiones que se plantean en torno a esta figura novedosa, sino que al mismo tiempo sea una herramienta motivadora para que los legisladores Salteños impulsen la Ley del Abogado del Niño cumpliendo con lo establecido por el artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 27 de la Ley 26061.

## BIBLIOGRAFIA

### DOCTRINA

- Álvarez del Cuvillo, A. (2008). Apuntes de derecho procesal laboral. Tema 3. Las partes procesales. [Versión electrónica]. Recuperada el 01/06/2016 de: [https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1271/mod\\_resource/content/1/Procesal3.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1271/mod_resource/content/1/Procesal3.pdf).
- Cataldi, M. M. (2015). Doctrina del día: El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/09/doctrina-del-dia-el-ejercicio-de-la-responsabilidad-parental-y-la-nocion-de-coparentalidad-autor-myriam-m-cataldi/>
- Del Mazo, C. (2010). Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529. [Versión electrónica]. Recuperada el 25/05/2016 de: <https://catedraderechocivil.files.wordpress.com/2013/09/capacidad-y-autonomc3ada-de-voluntad-de-menores-del-mazo.doc>
- D'Antonio, D.H. (1994) (p. 380). *Derecho de Menores*. Astrea, Buenos Aires.
- Famá, M. V. Comentario a fallo: C. Nac. Civ., sala I, “L., R. v. M. Q., M. G.” de fecha 4/3/2009.
- Gil Dominguez, A.; Famá, M. V.; &Herrera, M. (2007). *Ley de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes*. (pg. 461). Ediar.
- Gil Domínguez, A.; Famá, M. V.; &Herrera, M., (2006). *Derecho Constitucional de Familia*, t. I, Ediar, Buenos Aires, p. 529.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M. F. (2015). La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial, publicado en R. C. C. y C. 03/11/2015. [Versión electrónica]. Recuperado el 24/05/2016 de: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>
- Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M.; &Lloveras, N., en “Tratado de derecho de Familia según, C.C.C. 2014” Tomo IV, Art. 667, Pág. 37.
- Kielmanovich, J. (2006), “Reflexiones procesales sobre la ley 26.061”, página 95, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, compilador Emilio García Méndez compilador, Editores del Puerto, Buenos

Aires 2006.

- Mizrahi, M. (2006) “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y Adolescentes”, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061. Emilio García Méndez compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, Mauricio, Página 75 y s.s..
- Moreno, G. D. (2006). La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño. En *Derecho de Familia* (p. 59). Abeledo Perrot.
- Moreno, G. D. (2015). I. Introducción: La Representación Primordial de los Padres. La Representación Supletoria. En Fernández, S. E. (2015). *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes* (1ª ed.) (pp. 2696). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rajmil, A. B.; Llorens, L. R. (2015). Apuntes acerca del régimen de capacidad de las personas humanas en el Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley 26.994). [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472015000200089](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200089).
- Solari, N. E. “El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial”, en Ed. La Ley del 29/11/2005.
- Solari, N., (2009) “Elección del Abogado del Niño”, LL 18-05-2009, página 409.
- UNICEF (1999). Justicia y Derechos del Niño. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf)
- Zannoni, E.A. (1998). *Derecho Civil. Derecho de Familia* (3ª ed.) (p. 773). Astrea. Buenos Aires.

## LEGISLACIÓN

- Artículos 3, 5, 12, 18, 37 y 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.
- Artículos 16, 18 y 75, inc. 22, 116 de la Constitución Nacional.



[29%3AG.%2C%20M.%20S.&o=9&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia%7CFecha/2010%5B20%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=65.](http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires---fa12000089-2012-06-26/123456789-980-0002-1ots-eupmocsollaf?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3AM.%2C%20G.&o=59&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia%7CFecha/2010%5B20%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=65.)

- C.S.J.N., MG contra PCA sobre tenencia, de fecha 26-06-2012. [Versión electrónica]. Recuperada el 10/06/2016 de: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires---fa12000089-2012-06-26/123456789-980-0002-1ots-eupmocsollaf?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3AM.%2C%20G.&o=59&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia%7CFecha%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal/CORTE%20SUPREMA%20DE%20JUSTICIA%20DE%20LA%20NACION%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=303.>
- Ca. Nac. Civ., Sala B, “K. M. y otro v. K., M. D.” de fecha 19/03/2009. [Versión electrónica]. Recuperada el 13/06/2016 de: <http://www.saij.gov.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-otro-md-autorizacion-fa09020115-2009-03-19/123456789-511-0209-0ots-eupmocsollaf?q=%28moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3AK.%2C%20M.%29%20AND%20%28titulo%3AK.%2C%20M.%29&o=1&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia%7CFecha/2009%5B20%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n/Nacional%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t=3.>



- Ca. de Ap. en lo Civil y Comercial de la Prov. de Salta – Sala Quinta “R., D. C/ N. S., A. S/ Régimen de Comunicación” de fecha 25/08/2016.

## A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo 21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	SANTIAGO PEDRO BULACIO PÉREZ
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	27.571.312
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la tesis)</i>	EL ABOGADO DEL NIÑO SUPUESTOS DE PROCEDENCIA
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	santibul@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	UNIVERSIDAD SIGLO 21

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

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

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 autor-tesista

\_\_\_\_\_  
Aclaración autor-tesista

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

---

<sup>i</sup> 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.