



# EL ABOGADO DEL NIÑO

---

Hacia la tutela efectiva de los Derechos de los Niños,  
Niñas y Adolescentes

**Tesis presentada por**

**INDRA AZUL LIMA**

**Córdoba, 2018**

*“El abogado del niño puede ser el gran elemento  
dinizador que le falta al sistema nacional e  
internacional, y a su vez quien cubra la expectativa más  
preciada y reconocidamente incompleta desde la  
actuación estatal administrativa y judicial,  
“acompañar” lo que el Estado no acompaña”*

*Carlos Antonio Romano*

## **RESUMEN**

Durante la vigencia del paradigma de la situación irregular, los menores eran definidos de forma negativa, por aquello que no saben, no tienen o no son capaces. No tenían la potestad de expresar sus opiniones, ni de ser oídos, y sus representantes legales, o en su defecto el Estado, eran los encargados de velar por sus derechos. La CDN del año 1989 marcó el inicio de un cambio de paradigma a finales del Siglo XX. Se comenzó a pensar en el niño como sujeto pleno de derechos. El CCyC del 2015 marcó la culminación del cambio y dio paso al paradigma de la protección integral.

Este nuevo orden, trajo consigo importantes cambios en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el abogado del niño fue uno de ellos. Esta novedosa figura se erige como aquella institución encargada de acompañar al niño en el ejercicio pleno de sus derechos y de garantizar que será escuchado en todo proceso judicial en el que se ventilen cuestiones de su interés. Es intención del presente trabajo, establecer las funciones del abogado del niño y resolver el interrogante respecto de su capacidad de tutelar adecuadamente los derechos de los NNyA.

## **ABSTRACT**

*During the validity of the Paradigm of the irregular Situation, the minors were thought in a negative way, considering by what they don't know, they don't have or they are incapable of. They weren't able to express their opinions, nor to be heard, and their legal representative or by default, the Government, were the responsible for looking after their rights. The Children's Rights Convention (1989) was the beginning of the change of paradigm in the last years of the XX century. Since then, it's begun to think in children as subjects with full rights. The Civil and Commercial Code of 2015 (in Argentina) was the end of the changes and the beginning of the Paradigm of the Full Protection.*

*This new order brought important changes on the recognition and the exercising of children rights and the children's lower was one of them. This new legal concept became the institution to go with the child in the full exercise of their rights and to guarantee he will be heard in any legal process where their interest were put on consideration. The intention of the work is to set up the roles of the children's lower and to solve the question about his capacity of a property keeping of the children's rights.*

## INDICE

<b>INTRODUCCION .....</b>	<b>5</b>
<b>OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS .....</b>	<b>8</b>
<b>MARCO METODOLOGICO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1: CUESTIONES PRELIMINARES</b>	
Introducción .....	12
1.1. ¿Qué entendemos por paradigma? .....	12
1.2. El concepto de niño .....	15
Conclusiones .....	17
<b>CAPÍTULO 2: LA SITUACIÓN IRREGULAR</b>	
Introducción .....	18
2.1. El paradigma de la situación irregular .....	19
2.2. El Código Civil: El Patronato .....	22
2.2.1. Capacidad .....	22
2.2.2. La patria potestad .....	24
2.2.3. Adopción .....	26
Conclusiones .....	28

## **CAPÍTULO 3: UN NUEVO COMIENZO: EL PARADIGMA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

Introducción .....	31
3.1. La Importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño .....	33
3.1.1. El artículo 12 .....	35
3.1.2. La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino .....	37
3.2. Un nuevo panorama, la ley 26.061 .....	39
3.2.1. El principio del interés superior .....	40
3.2.2. El derecho a opinar y a ser oído .....	43
3.2.3. Garantías mínimas de procedimiento .....	46
3.3. La constitucionalización del derecho privado .....	47
3.3.1. Art. 26: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad .....	49
3.3.2. Responsabilidad parental .....	52
3.3.3. La adopción .....	54
Conclusiones .....	56

## **CAPÍTULO 4: DEL MINISTERIO PUPILAR AL ABOGADO DEL NIÑO**

Introducción .....	58
4.1. La etapa previa: el ministerio pupilar .....	59
4.2. Similitudes y diferencias .....	63
4.3. Alcances y requisitos del abogado del niño .....	66
4.4. La tutela efectiva a la luz del principio del interés superior .....	69
Conclusiones .....	73
<b>CONCLUSIONES FINALES .....</b>	<b>74</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>79</b>

## ***INTRODUCCIÓN***

La protección de los derechos de los niños ha sido, y es hoy en día, una temática de suma importancia en las legislaciones del mundo. Desde mediados del siglo pasado, comenzaron a notarse cambios orientados a considerar al niño como sujeto de derechos y se entendió que la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una cuestión necesaria y básica para acercarnos a un mundo más justo.

Los ordenamientos jurídicos no pueden analizarse de forma aislada, no puede abstraerse una ley para intentar comprender una institución particular del derecho. Al contrario, la creación de leyes responde a una serie de preceptos culturales, sociales y religiosos que influyen en el pensamiento de una comunidad en un determinado espacio de tiempo, generando la vigencia de diferentes paradigmas.

En el presente trabajo, se analizan las diferentes etapas por las que transitó el ordenamiento jurídico argentino respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se observa la transición desde el paradigma de la situación irregular al novedoso paradigma de la protección integral, para finalizar con el análisis de la figura del abogado del niño.

Lo cierto, es que el ordenamiento jurídico argentino, logró abandonar el paradigma de la situación irregular cuya principal característica era proteger al niño teniendo en cuenta su incapacidad; al que se lo definía de una manera negativa por lo que no sabe, no puede o no es capaz (Gomes da Costa citado por Mary Beloff, pág. 13) y se lo confinaba a la dirección de una persona mayor de edad o del Estado. Para enrollarse en el paradigma de la protección integral, que surge con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este paradigma considera a los niños como sujetos plenos de derechos y establece el principio del interés superior del niño, *como una garantía de la vigencia de los demás*

*derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos* (Cillero Bruñol, pág. 55).

Para lograr la efectiva consagración del principio del interés superior del niño dentro de éste paradigma, se entendió que era necesario crear una figura jurídica capaz de acompañar al niño en la defensa de sus derechos e intereses, es así que nace “el abogado del niño”, un abogado especializado en niñez y adolescencia capaz de brindar el acompañamiento requerido.

Como objetivo principal de éste trabajo, se intentará determinar el rol que ocupa el abogado del niño en la tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, todo ello sin apartarse del principio del interés superior del niño, como principio rector en la materia. ¿Es el abogado del niño, la figura jurídica que logra que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no sean conculcados?

La importancia de ésta temática radica en vislumbrar la manera en la que el cambio de paradigmas y la nueva concepción de la niñez y sus derechos se orientaron a una protección más amplia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Y la forma en la que estas modificaciones desencadenaron en la creación de una figura jurídica capaz de dar el acompañamiento requerido por el niño para evitar que se conculquen sus derechos.

Para poder resolver los interrogantes alrededor de la figura del abogado del niño y su importancia en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se plantearon las siguientes hipótesis.

No se puede comprender la figura del abogado del niño y la importancia de su existencia, sin antes realizar un recorrido por las diferentes legislaciones que protegieron a la infancia en la Argentina.

La manera en la que se protegen los derechos de los niños depende de la diferente consideración del concepto de niño que realiza cada uno de los paradigmas que se plantearan: el de la situación irregular y el de la protección integral.

Tanto el paradigma de la situación irregular como el de la protección integral le otorga al niño diferentes herramientas para hacer valer sus derechos, entre ellas se encuentran el abogado del niño y el defensor de menores (Ministerio Público).

El abogado del niño y el defensor de menores son instituciones creadas por la legislación argentina para proteger los derechos de los menores que coexisten en la actualidad, tienen las mismas funciones y son sustituibles entre sí.

La presente tesis se desarrollará de la siguiente manera, en primer lugar se describirá el paradigma de la situación irregular, sus principales consideraciones en torno a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la posibilidad de participar activamente en los procesos judiciales o administrativos y la existencia, o no, de una figura jurídica capaz de tutelar sus derechos.

Posteriormente, se desarrollará el surgimiento del paradigma de la protección integral y sus pilares dogmáticos. Se describirá la manera en la que las diferentes legislaciones internacionales influyeron en el ordenamiento jurídico argentino para acercarse a un sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes que contemplara su capacidad progresiva y su derecho a ser oído y a participar activamente en los procedimientos que les incumben a la luz del principio del interés superior.

Por último, la tesis se centrará en dos instituciones representativas de cada uno de los paradigmas descritos, el ministerio pupilar y el abogado del niño. Se establecerán sus funciones y límites y las herramientas con las que cuenta cada una de éstas para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## **OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS**

### **Objetivos generales**

Describir la manera en la que los niños, niñas y adolescentes participan en cuestiones de su incumbencia en el paradigma de la situación irregular y en el paradigma de la protección integral y delimitar sus similitudes y diferencias

Indicar que el abogado del niño es la novedosa institución del paradigma de la protección integral, capaz de dar cumplimiento a la actual legislación (nacional e internacional), al tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes considerándolos a la luz del principio del interés superior del niño.

### **Objetivos específicos**

Determinar el concepto de paradigma y la influencia que tiene en la sanción de las leyes argentinas.

Establecer el alcance del concepto de niño para los diferentes paradigmas que rigieron en la Argentina desde finales del siglo XIX hasta la actualidad.

Señalar la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en el abandono del paradigma de la situación irregular.

Determinar los cambios en la legislación argentina al sancionarse la ley 26061 y su incompatibilidad con el Código Civil.

Definir el impacto que la sanción del Código Civil y Comercial tuvo respecto de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26061.

Delimitar las funciones del ministerio pupilar durante la vigencia del paradigma de la situación irregular y en la actualidad.

Delimitar el marco de actuación del abogado del niño y las funciones que le competen dentro de un proceso judicial o administrativo.

.

## MARCO METODOLOGICO

El marco metodológico del trabajo se basa en una investigación de tipo descriptiva, en palabras de Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio (2010), “*es aquella que busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población*” (p.80).

La finalidad de éste trabajo será analizar los distintos paradigmas por los que transitaron los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Argentina para poder interpretar los importantes cambios que la figura del abogado del niño trae al ordenamiento jurídico respecto a la tutela y defensa de los derechos de éste grupo. ¿Cómo se protegían los derechos de los niños, niñas y adolescentes antes de la Convención sobre los Derechos del Niño? ¿De qué manera el cambio de paradigma influye en la tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes? ¿Qué sucede con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y los cambios que la constitucionalización del derecho privado trae aparejados? ¿Cuáles son las bases que sustentan la existencia del abogado del niño?

Es importante conocer la institución para comprender los alcances de la misma y sobre todo, el fin que persigue. Podría pensarse, a simple vista, que el abogado del niño es quien suple al defensor de menores (hoy derogado) ¿Pero cuáles son las funciones de una y otro figura? ¿Es el abogado del niño un representante del Ministerio Público o responde a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes? ¿Podemos afirmar que el abogado del niño es el elemento que le faltaba al sistema jurídico para dar cumplimiento a la novedosa legislación nacional e internacional sobre la materia?

Respecto a las fuentes de información se utilizarán una gran variedad de ellas, presentes en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad. A lo largo del trabajo se encontraran referencias a diferentes leyes, libros de investigación, artículos periodísticos, páginas web, fallos judiciales y citas doctrinarias. La técnica de recolección de datos a utilizar será la de “observación de datos o documentos”, la cual supone el análisis de fuentes primarias y secundarias que den cuenta del fenómeno bajo estudio.

En cuanto al nivel de análisis, el mismo comprenderá principalmente el ordenamiento jurídico argentino, pero en máxima interrelación con la legislación internacional sobre la materia, en especial en América.

## **CAPITULO 1: CUESTIONES PRELIMINARES**

### **Introducción**

En este capítulo se desarrollarán una serie de conceptos indispensables para la correcta interpretación del trabajo. Se definirá el término “paradigma”, para luego realizar una reseña del concepto de niño. Estas cuestiones son el hilo conductor del texto.

Por un lado, el concepto de paradigma, es fundamental para comprender el contexto histórico de la legislación sobre la niñez y la manera en la que las legislaciones, tanto a nivel nacional e internacional han mutado para dar comienzo a un nuevo paradigma de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, es necesario determinar un concepto de niño para captar al destinatario de la ley. Los niños y los adultos son sujetos plenos de derechos, lo que no implica que deban ser tratados de la misma manera. También es de destacar que los diferentes paradigmas sobre la niñez, realizan una interpretación diferente de lo que se entiende por niño. En este apartado se realizara la descripción de los que se entiende por niño, niña y adolescente a la luz del paradigma de la protección integral. Más adelante se desarrollará la evolución del concepto.

### **1.1. ¿Qué entendemos por paradigma?**

Los paradigmas son realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (Kuhn, 1971, p.13)

Cuando hablamos de paradigma, nos referimos a un modelo de interpretación o pensamiento que rige a una determinada disciplina en un momento concreto. Si bien, en

principio, el término fue pensado para ser aplicado en las ciencias naturales, en esta oportunidad se hará una interpretación libre del mismo.

Thomas Kuhn (1971) fue quién teorizó sobre el término paradigma durante la década de 1960. Este autor, manifestó que la historia de las ciencias no es una acumulación de conocimientos a través del tiempo, si no que debe ser entendida como un continuo cambio de paradigmas.

En su libro *La estructura de las revoluciones científicas*, el autor plantea que la historia es cíclica en cuanto a los paradigmas y se reiteran las mismas etapas con el paso del tiempo:

- 1) Establecimiento del paradigma;
- 2) Ciencia normal: significa investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior.
- 3) Luego, el paradigma entra en crisis, lo que nos lleva a la tercera etapa: esto sucede porque el paradigma no es capaz de resolver todos los problemas planteados. Los científicos comienzan a cuestionar los métodos y surgen nuevos paradigmas que compiten entre sí para determinar cuál de ellos es el más adecuado.
- 4) Revolución científica: es el momento del reemplazo de un paradigma, o parte de él, por un nuevo paradigma incompatible con el primero.
- 5) En esta etapa es en la que se establece un nuevo paradigma que será considerado como ciencia normal. El ciclo vuelve a comenzar. Una vez que un paradigma es abandonado, jamás se vuelve a él. No hay un tiempo mínimo o máximo de duración de un paradigma.

Un paradigma, es un modo de ver el mundo y los fenómenos que en él ocurren. Kuhn (1971) consideraba que “*No puede interpretarse ninguna historia natural sin, al menos, cierto caudal implícito de creencias metodológicas y teóricas entrelazadas, que permite la selección, la evaluación y la crítica*” (p. 34).

Es importante realizar una aclaración respecto de la utilización del término paradigma. Su autor, no consideraba el mismo aplicable a las ciencias sociales ya que calificaba a éstas como disciplinas pre-paradigmáticas, es decir: carentes de consenso, por lo tanto, inmaduras.

Sin embargo hay consenso en la utilización del término en las ciencias sociales, pero como aclara Follari (2000), *“se usa el termino en un sentido intuitivo para señalar las diversas entidades que son más abarcativas que simplemente una teoría; una serie de teorías concatenadas, una tradición teórica, una cierta forma de organización de la conceptualización con consecuencias para la investigación, etc.”* (p.111).

Por lo tanto, hablar de paradigmas en el derecho, implica establecer un conjunto de normas e interpretaciones de normas que marcan el sentido de las leyes en un determinado periodo de tiempo y espacio.

Es importante lograr diferenciar los paradigmas que se trataran en esta tesis, ya que a través de ellos, se podrá analizar que se entiende por derecho del niño, las capacidades que les competen a sus actores y la posibilidad de expresarse y ser oídos a la luz de dos paradigmas bien diferenciados como lo son el de la situación irregular y el de la protección integral.

Vale, aclarar que las denominaciones utilizadas en los paradigmas no se encuentran definidas de manera explícita en ninguna legislación en particular. Ellas son una construcción doctrinaria latinoamericana, basada en el análisis de las diferentes legislaciones. Al respecto, Mary Beloff (1999) quien es una destacada jurista en la materia establece sobre lo dicho:

Es importante recordar aquí que la categorización de estos modelos o sistemas como de la situación irregular y de la protección integral ha sido producto de elaboraciones teóricas latinoamericanas posteriores a la ratificación de la Convención Internacional, y no aparece en el ámbito europeo o norteamericano (p. 16).

En los capítulos siguientes se realizará una descripción detallada de ellos, comparándolos a la luz de instituciones como: la capacidad, la adopción, la patria potestad y el derecho a participar en juicio como parte.

También se podrá apreciar el proceso cambio de un paradigma a otro. Gradualmente, los doctrinarios pusieron en eje problemáticas del paradigma de la situación irregular que no podían ser resultas bajo su modelo. Como respuesta a estas incapacidades, surge

una nueva manera de ver el mundo, y con ella, nacimiento de un nuevo paradigma, el de la protección integral.<sup>1</sup>

## 1.2. El concepto de niño

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 1 establece: *se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de una ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

El texto de dicha norma debe anexarse lo establecido en el art. 2 de la ley nacional 23.849 (de ratificación de la convención): *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.*

Es decir que el ordenamiento jurídico argentino determina que es niño todo ser humano desde el momento de la concepción hasta la edad de 18 años. Tal como se aprecia, la franja etaria que está en consideración es muy amplia. La posibilidad de acción y comprensión de los hechos de la vida de un niño que se encuentra en el vientre de su madre no es igual a la de un niño de 18 años y si bien, se encuentran protegidos por las leyes de la niñez, vale la pena realizar una diferenciación entre las distintas etapas de la vida de la persona.

Esta disparidad respecto de las etapas de la vida de un niño, no es una construcción doctrinaria actual. El Código Civil<sup>2</sup> que rigió en la Argentina hasta Agosto del 2015 diferenciaba a los niños en incapaces absolutos y relativos, dependiendo de su edad y teniendo en cuenta una condición personal como es la pubertad. Así, en su art. 54 establecía que tenían incapacidad absoluta las personas por nacer y los menores impúberes. En el art. siguiente se determinaba que los menores adultos tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizaran otorgar.<sup>3</sup>

Rivera y Medina (2014) enuncian al respecto: *la doctrina criticó la existencia de tal clasificación, ya que se alegaba que en ambos casos se trataba de personas incapaces*

---

<sup>1</sup> Kuhn (1971) explica respecto del cambio de un paradigma a otro: “ *La transición de un paradigma en crisis a otro nuevo del que pueda surgir una nueva tradición de ciencia normal, está lejos de ser un proceso de acumulación, al que se llegue por medio de una articulación o una ampliación del antiguo paradigma. Es más bien una reconstrucción del campo, a partir de nuevos fundamentos, reconstrucción que cambia alguna de las generalizaciones teóricas mas elementales del campo, así como también muchos de los métodos y aplicaciones del paradigma*” (p.139).

<sup>2</sup> Código Civil argentino.

<sup>3</sup> Código Civil argentino.

*de hecho que solo podían realizar por sí los actos que el ordenamiento jurídico les permitiera. (pag.79)*

La rigidez del Código Civil se vio menguada con la sanción de la Ley 26.061 en el año 2005, que tornó operativa la Convención sobre los Derechos del Niño, a través de la cual se incorporaron al ordenamiento nociones tales como “interés superior del niño”, “el derecho del niño a opinar y ser oído”, “el derecho a la libertad”, “la posibilidad de participación activa en procedimientos judiciales o administrativos”, entre otras cuestiones de importancia en el derecho de la niñez.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, enrolado en la postura de la constitucionalización del derecho privado, también realiza una clasificación dentro de la categoría de los menores de edad, pero modifica sustancialmente dichos estándares y la capacidad de los menores dentro de las mismas. Su art. 25 establece: *Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.*<sup>4</sup>

Si bien la denominación de niño, niña y adolescente es novedosa en nuestro derecho civil, no es original del nuevo Código, ya que la misma se venía utilizando en diferentes regulaciones sobre la infancia (Kemelmajer de Carlucci & Molina de Juan, 2015).

Así por ejemplo, el art. 1 de la ley 26.061 de protección integral de niños, niñas y adolescentes establece: *Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina.*<sup>5</sup> También en reglamentaciones de salud, como la ley 26.529 y el Decreto reglamentario 1089/2012 se les permite a los niños, niñas y adolescentes intervenir en la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.<sup>6</sup>

Por lo tanto, la incorporación de la categoría “adolescente” no es solo una cuestión nominal – lo que viene a zanjar un reclamo de la doctrina- sino que provoca concretos efectos jurídicos. Para Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan (2015) la adolescencia *no funciona como un parámetro absoluto o infranqueable, sino como un presupuesto*

---

<sup>4</sup> Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994

<sup>5</sup> Ley 26.061

<sup>6</sup> Ley 26.529

*para reconocer la creciente autonomía de las personas que se encuentran en esta franja de edad* (párr. 18).

El Código se basa en un modelo flexible de capacidad, establecido en el art. 26<sup>7</sup>. Si bien considera que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales conviene que, habrá que tener en cuenta su edad y su grado de madurez al momento de permitirle o negarle el ejercicio de sus derechos en forma personal. También determina que en caso de conflicto con sus representantes legales, el menor puede intervenir con asistencia letrada.

De todo ello resulta de suma importancia el contacto del niño con el juez, ya que éste será quien determinará, en principio, si el menor en cuestión, puede ejercer un derecho determinado en forma personal o si, seguirá requiriendo la intervención de sus representantes legales.

### **Conclusiones**

Estos dos conceptos analizados detalladamente en el capítulo, “paradigma” y “niño” serán aplicados en el transcurso del trabajo.

No son el resultado de una simple arbitrariedad de quien escribe. Sino, más bien, el eje central de la temática a analizar. Ya que, es imprescindible para la correcta interpretación de este trabajo, realizar una comparación entre dos maneras diferentes de comprender el mundo jurídico y en especial los derechos de la infancia.

Para ello, es necesario observar los paradigmas que modificaron la capacidad de los niños, niñas y adolescentes en los últimos 100 años: la situación irregular y la protección integral. Su comparación, la revelación del punto de crisis y el comienzo de la revolución del antiguo paradigma, traerá las herramientas necesarias para comprender el paradigma actual.

El significado que se le otorgue al concepto de niño, ayudará a determinar en qué paradigma se encuentra la legislación analizada y de qué manera se tutelan los derechos de los niños, niñas y adolescentes en esa situación en particular.

---

<sup>7</sup> Art. 26 Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994

## CAPÍTULO 2: LA SITUACIÓN IRREGULAR

### Introducción

Velar por los derechos de las personas menores de edad, es un tarea perteneciente a los Estados. Estos tienen el poder suficiente para comprobar su correcto ejercicio y evitar la violación de derechos.

Como ha de pensarse, la protección de los derechos de la infancia no ha sido una tarea sencilla de llevar adelante por los Estados debido a la vulnerabilidad que presenta este grupo etario y la gran cantidad de factores que entran en juego al hablar sobre la niñez.

En el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del año 2008 se estableció lo siguiente *“El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”* (Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008).

Si bien, la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se realizó bajo la órbita del paradigma de la protección integral, este pasaje resalta la intención de toda la legislación sobre la niñez: tratar de mejorar la situación del sujeto vulnerable, en este caso, los menores de edad.

La doctrina de la situación irregular surge en el siglo XIX como un modo de resguardar los derechos de los vulnerables y dar una solución a la precaria situación en la que se encontraban los menores de edad.

## 2.1. El paradigma de la situación irregular

La “doctrina/paradigma de la situación irregular”<sup>8</sup> es un modelo de interpretación o pensamiento que rigió la vida de los adultos y la de los menores hasta la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal como se refirió en el capítulo 1, el paradigma de la situación irregular, representó una manera de ver el mundo y en especial, a los menores de edad. Es importante, entender el contexto histórico y social en el que nace éste paradigma para poder realizar una correcta interpretación de sus preceptos.

Esta doctrina se encuentra representada por un conjunto de normas poco uniformes que consideran a los menores como incompletos e incapaces y los conciben como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, en palabras de Antonio Carlos Gomes da Costa (citado en Mary Beloff, 1999), una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces.

Mary Beloff (1999) menciona que el paradigma de la situación irregular, comienza a idearse a fines del Siglo XIX como respuesta al régimen penal de esa época, en el que se equiparaba a los niños con los adultos y se los alojaba en cárceles comunes. Se gestó como un movimiento protectorio de los derechos de los menores, que propiciaba morigerar su sufrimiento al colocarlos en instituciones penales adecuadas para su edad.

Se consideró que los cambios realizados en el régimen penal eran convenientes, por lo que se creyó oportuno trasladar esta “doctrina protectora” a todos los ámbitos sociales. Ante el caso de un menor que se encontraba desviado o desprotegido, el Estado era el encargado de solucionar estas cuestiones a través de instituciones que abarcaban todos los ámbitos de su vida. Se buscaba la protección del menor, pero lo que se conseguía era su despersonalización, lo único que importaba era la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, pero sin tener en cuenta sus necesidades reales y menos aún, su opinión.

La autora en cuestión, (Mary Beloff, 1999) en el artículo denominado “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para

---

<sup>8</sup> También denominada doctrina tutelar o de patronato de menores. Vaca Narvaja, 2012, (p. 83).

armar y otro para desarmar” ha realizado una enumeración de las características que tienen las leyes propias de esta doctrina.<sup>9</sup>

- Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los “menores”.

- En este sistema, es el “menor” quien está en situación irregular; son sus condiciones personales, familiares y sociales las que lo convierten en un “menor en situación irregular”<sup>10</sup> y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

- También aparece que la protección es de los “menores” en sí mismos, de la persona de los menores, de ahí la idea de que son “objetos de protección”. Respecto a esta cuestión, se puede traer a colación lo dicho por Rivera (2013) *“De allí que si la pretensión del incapaz fuere injusta, el Ministerio Pupilar no debe propiciarla, porque contraría el verdadero interés del incapaz, que no es su prosperidad, sino su conformidad con la justicia (conf. Borda, Llambías)”* (p.443)

- Por eso, esa protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos. Aparece también la idea de la incapacidad. Vinculada con ésta última, entonces, la opinión del niño es irrelevante.

- Todo está centralizado.

- Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales”. Todas las medidas se toman por tiempo indeterminado (Mary Beloff, p.14-16).

---

<sup>9</sup> Estas características son las bases del paradigma de la situación irregular.

<sup>10</sup> Respecto al concepto de “situación irregular” el art. 18 de la ley 10903 establece que: se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.

La Argentina se adhirió a esta corriente de pensamiento a partir de la sanción de la ley de Patronato de Menores en el año 1919. Doctrina que era justificada por grandes juristas del derecho nacional. Respecto al significado de la institución del Patronato, Borda (1996) realiza esta interpretación:

Mientras los padres ejercen normalmente atributos legales, el Estado no puede ni debe interferir en las relaciones paternas filiales. Pero cuando aquéllos abandonan a sus hijos o los colocan con su conducta en peligro material o moral, la sociedad debe intervenir en su defensa. De esta idea ha surgido el Patronato. No basta a veces el simple contralor por los órganos del Estado sobre la manera como se ejerce la patria potestad; la conducta del padre suele llegar a tales extremos que se hace indispensable substituir totalmente la autoridad paterna por la judicial (p.239).

Sobre la Ley de Patronato de Menores, dice Vaca Narvaja (2012):

Esta ley es la primera que da un tratamiento jurídico diferenciado a niños y adultos. Permite la intervención del Estado, dando lugar a la tutela y/o internación de los “menores”, aún en contra de la voluntad de los padres, a partir de alguna forma de institucionalización, que será ilimitada. Se le otorga al juez la potestad para “disponer” la protección de menores de edad que se encuentren “supuestamente abandonados”. El Estado avanza así sobre el ámbito privado de las familias en situación de precariedad socio-económica, ejerciendo un control sin límites sobre el destino y la libertad de sus miembros. A la vez, al no establecer diferencias entre problemas de orden proteccional y correccional, las disposiciones desatan una penalización de las cuestiones sociales (p.86)

En todo el articulado de la ley, puede advertirse que se trata a los menores como objetos que requieren protección. En ningún momento se hace alusión a la voluntad o necesidad del menor. La participación activa en el proceso es nula.

También puede observarse el poder que poseen los magistrados, actuando como jueces, padres y garantes de los derechos de los menores, el art. 15 de la mentada ley<sup>11</sup> es un claro ejemplo de ello. El mismo juez que sobreseyó o absolvió al menor es el que determinará su futuro, tiene la potestad de disponer de él de forma indeterminada cuando, a su parecer, se encontrare en estado de abandono o *peligro moral* (concepto bastante difuso y considerablemente subjetivo).

---

<sup>11</sup> Art. 15. Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior.

Los menores no podían gozar de sus derechos y no tenían ni una sola garantía judicial que los amparara. Ese sistema creado para protegerlos, prescribía que hasta que no fueran adultos, no serían capaces de hacer valer sus derechos.

El Código Civil fue modificado por esta ley y siguió los lineamientos de la doctrina de la situación irregular hasta que la reforma constitucional del año 1994 le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien, la ley de patronato tuvo vigencia hasta el año 2005, sus efectos comenzaron a modificarse paulatinamente.

## **2.2. El Código Civil: El Patronato**

### **2.2.1. La capacidad**

Los menores en el Código Civil de Vélez Sársfield, eran considerados incapaces de hecho desde el nacimiento hasta la mayoría de edad. La capacidad de hecho o ejercicio se refiere a la aptitud que tiene una persona, para ejercer por sí sus derechos. Ser incapaz implica que el ejercicio de los derechos queda relegado a la persona del representante.

Los menores eran considerados incapaces absolutos desde el nacimiento hasta la edad de 14 años, lo que implicaba la imposibilidad de actuar sin el consentimiento de sus representantes legales en todos los órdenes de la vida.<sup>12</sup> La incapacidad relativa, reservada para los menores entre 14 y 18 años significaba un poco más de autonomía, pero siempre atento a lo que establecieran las leyes.

Entonces, ¿de qué manera los menores de edad hacían valer sus derechos? La incapacidad se suplía a través de los representantes. Eran representantes de los menores no emancipados, sus padres o tutores.<sup>13</sup> Además en el supuesto de que un menor de

---

<sup>12</sup> Al respecto aclara Llambías, J. (1964) en Tratado de derecho Civil Parte General-Tomo I: *Sin embargo, el código les permitía realizar ciertos actos: a) Desde los 10 años podían adquirir, por sus mismos la posesión de cosas (art. 2392); b) Pueden contratar suministros que le sean de urgente necesidad, si está ausente de la casa paterna (art. 269); c) Puede, con autorización del Ministerio Pupilar, trabajar en empresas en que solo lo hagan los miembros de la familia y siempre que no se trate de ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas; d) Pueden hacer compras de poco monto, viajar en medios de transporte público pagando el viaje, adquirir entradas de espectáculos públicos, y otros actos semejantes, cuya realización queda autorizada por la fuerza de la costumbre, que es un medio legítimo de expresión jurídica (p.393)*

<sup>13</sup> Art. 56.Código Civil argentino: Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.

edad fuera parte de un proceso judicial o administrativo, tomaba intervención el ministerio de menores que era parte legítima y esencial, siempre que los menores demanden o sean demandados, o en aquellos casos en que se trate de las personas o bienes de ellos.<sup>14</sup>

No se le otorgaba al menor la posibilidad de ser oído y expresar su opinión en aquellos asuntos que le concernían o tenían interés. Por el contrario, sus deseos y opiniones se encontraban relegados a los intereses de sus representantes legales. Por el ejemplo en el fallo Muller, Jorge s/ denuncia la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo lo siguiente:

El art. 4º de la ley 23.511 indica la facultad del interesado de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas a las que alude la ley y la imposibilidad de proceder compulsivamente con ese propósito y al tratarse de un menor impúber la decisión corresponde a su representante legal que se encuentra legitimado para manifestar su conformidad o disconformidad con el acto de extracción de sangre pues se halla en ejercicio de la patria potestad por habersele concedido la adopción plena.

Sin embargo, respecto de la capacidad de hecho, podía diferenciarse en cuanto a la capacidad de los menores adultos (aquellos menores entre 14 y 18 años) ya que el Código determinaba que “*tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar*”.<sup>15</sup> Llambías (1964) enumera, entre las acciones que les estaban permitidas a los menores adultos, las siguientes:

- 1) Pueden contraer matrimonio los varones a los 18 y las mujeres a los 16.
- 2) Pueden enrolarse en el ejército y entrar en comunidades religiosas
- 3) Pueden reconocer hijos extramatrimoniales
- 4) Pueden contraer obligaciones naturales.
- 5) Pueden defenderse en juicio criminal

---

Art. 57. Código Civil argentino: Son representantes de los incapaces: 1º De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2º De los menores no emancipados, sus padres o tutores; 3º De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre.

<sup>14</sup> Art. 59. Código Civil argentino: A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

<sup>15</sup> Art 55 Código Civil argentino.

- 6) Pueden actuar en el fuero del trabajo
- 7) Pueden celebrar contratos concernientes a su empleo
- 8) Pueden actuar como mandatarios de otros
- 9) Pueden ser testigos en juicio
- 10) Pueden obligarse como depositarios en caso de depósito necesario (P.395).

Si bien seguían atravesados por la institución de la patria potestad, que se analizará a continuación, la capacidad de hecho de los menores impúberes se ampliaba a que el sujeto pudiera tomar decisiones de mayor trascendencia en su vida.

### **2.2.2. La Patria Potestad**

Era definida por el art 264 del Código de Vélez: *“La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (...)”*.

Al considerarse a los menores de edad como incapaces de hecho, y por lo tanto incapaces de dirigir su persona de manera autónoma, se consideraba que sus padres eran los sujetos adecuados para protegerlos y lograr la formación integral de los menores.

Llambías (1964) establece al respecto: *Los menores, por su inmadurez, no son todavía aptos para gobernarse a sí mismos. Mientras sus padres viven, ellos están sujetos a la patria potestad de sus progenitores; cuando éstos faltan se nombra a aquellos un tutor a quien incumbe el gobierno de la persona y bienes del menor (p.401).*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, la consideraba un derecho natural consagrado en la Constitución Nacional cuya razón de ser está en el deber de los padres respecto al destino de los hijos.<sup>16</sup>

La influencia de los padres sobre los actos de los hijos menores era notable, requerían su consentimiento expreso en casi todas las cuestiones de la vida cotidiana,

---

<sup>16</sup> Rojo, Luis César s/ adopción: *“La patria potestad es un derecho natural reconocido en la Constitución Nacional cuya razón de ser está en el deber de los padres respecto al destino de los hijos, porque cuando se considera el ejercicio de la patria potestad se juzga el cumplimiento de tan grave y esencial deber por parte de los padres y la decisión concierne al destino de los hijos, el juicio no se ha de pronunciar sin que haya existido plena garantía de defensa, tanto por el respeto debido a la responsabilidad paterna, cuanto por el interés moral de los hijos, pues la natural dependencia de ellos con respecto a los padres, condiciona su recta formación. El patronato del Estado sobre los menores es supletorio, para afianzar y no para suplantar los vínculos de la naturaleza”*.

como las mencionadas por el art. 264 quater: 1° Autorizar al hijo para contraer matrimonio. 2° Inciso derogado. 3° Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad. 4° Autorizarlo para salir de la República. 5° Autorizarlo para estar en juicio. 6° Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial. 7° Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294.

*En todos estos casos si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar.*

Incluso, se autorizaba a los padres a estar en juicio en nombre de sus hijos. También podían celebrar contratos en su nombre.<sup>17</sup>

Por su parte, tal como se refirió anteriormente, los menores adultos, podían alejarse de la influencia paterna, aunque no gozaban de plena capacidad en los actos de su vida. Si uno de sus padres se negase a prestarle su consentimiento al menor adulto para intentar una acción civil contra un tercero, el juez podía suplir esta licencia, dando al hijo un tutor especial al efecto. También cuando los intereses de los incapaces fueran contrarios a los de sus representantes, el juez podía apatar a éstos últimos y nombrar a un curador especial para ese supuesto.<sup>18</sup>

El art. 278 les daba a los padres la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos, el juez intervenía solamente cuando las correcciones que propiciaran los padres a los menores fueran excesivas. La consideración del exceso en el castigo, por supuesto y en clara vinculación con la doctrina imperante, era determinada por el juez.

Una terminología curiosa es utilizada por el art. 276 que se refiere a los casos en los que los menores hacían abandono o eran sustraídos del hogar: “los padres podrán exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad”. No se tenía en cuenta el motivo que llevaba al niño a abandonar a su familia, ni qué sucedía entre las cuatro paredes de su hogar. Lo que debía hacerse era devolver al chico a la órbita de la autoridad de sus padres.

---

<sup>17</sup> Art. 62 Código Civil argentino. *La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código.*

<sup>18</sup> Art. 61 Código Civil argentino: *Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratase.*

Puede hacerse un paralelo entre los verbos utilizados en el tratamiento de los “cosas” y aquellos que se referían a los menores. En el art. 309 se grafica el trato como “objetos” que se le propiciaba a los menores. El mismo establece que la patria potestad se suspendía en caso de que *los hijos sean entregados* por sus padres a un establecimiento de protección de menores. Se utilizaba el mismo verbo para referirse a los menores –entregar- que en los contratos civiles o comerciales se utilizaba para una cosa.<sup>19</sup>

Como se observa, la incapacidad de los menores, se acompañaba por una poderosa institución: la patria potestad. Dicha institución reflejaba la doctrina imperante: el menor era un objeto que requería tutela, compasión y represión pero en ningún caso, se lo consideraba capaz de ejercer sus propios derechos, ni de expresar sus necesidades. En el afán de protegerlo, en cambio, el paradigma de la situación irregular, lo convertía en un objeto sin voz ni voto.

### **2.2.3. La Adopción**

El caso de la adopción no distaba de las cuestiones antes tratadas. El código se centraba primordialmente en los adoptantes, sus requisitos, derechos y obligaciones. El proceso judicial giraba en torno a ellos. Incluso la acción de adopción se interponía ante el juez o tribunal de su domicilio. Es más, el niño no era parte del juicio de adopción.<sup>20</sup>

La institución de la adopción fue una de las primeras que manifestó pequeños cambios que la acercaron a la doctrina de la protección integral. La última ley de adopción que modificó los artículos del Código Civil data del año 1997 y pueden observarse en ella los primeros rasgos de la doctrina de la protección integral: el último inciso del art. 321, al referirse al juicio de adopción, enuncia el principio del interés superior del menor.<sup>21</sup> No se desprende del artículo que la resolución deba basarse en ese principio, simplemente se indica que el juez deberá valorar el interés superior del menor.

---

<sup>19</sup> Art. 1.409. Código Civil argentino: *El vendedor debe entregar la cosa vendida, libre de toda otra posesión, y con todos sus accesorios en el día convenido, y si no hubiese día convenido, el día en que el comprador lo exija.*

<sup>20</sup> Art. 321 Código Civil argentino: *En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas (...) inc. b) Son partes el adoptante y el Ministerio Publico de Menores*

<sup>21</sup> Art. 321. Inc. i) Código Civil argentino: *el juez o el tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.*

En dos oportunidades se hace alusión a los menores en el Capítulo I: “Disposiciones Generales”. Primero respecto a la guarda, establece que el juez deberá tomar conocimiento personal del adoptado. ¿Qué significa esto? Simplemente y *grosso modo*, que es obligación del juez conocer al menor y confirmar su existencia. No se observa en la ley, la obligación del juez de hablar con el menor, de consultarlo sobre su destino y su voluntad de ser otorgado en guarda. Sobre esta cuestión establecen Bossert y Zannoni (2005):

El art. 317 inc. b, del Cód. Civil exige que el juez tome conocimiento personal del adoptado. La previsión tiende a garantizar que, en todos los casos, el magistrado actuará con criterio de intermediación respecto del menor cuya guarda discernirá. Además, si se trata de menores que, por su edad, ya tienen posibilidad de haberse formado un juicio propio, el juez deberá tener en cuenta su opinión de acuerdo a las directivas que le encarece respetar el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (p.531).

Posteriormente, el art. 321 referido a la adopción, da un pequeño giro al establecer que el juez o el tribunal teniendo en cuenta la edad del menor y su situación personal, si lo juzga conveniente oír personalmente al menor, conforme al derecho que lo asiste. Es decir, la participación del menor en el proceso de SU adopción quedaba a criterio del juez. La escucha de su voluntad, era prescindible.

Al respecto se explayó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo C., S. s/adopción, aquí pueden contemplarse dos cuestiones: por un lado, la aplicación del principio del interés superior del niño y por el otro, la ausencia de la opinión del menor respecto a su futuro, en plena consonancia con el paradigma de la situación irregular:

Al controvertirse derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, pauta que no atiende sólo a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte.<sup>22</sup>

Más allá de las palabras frías de la ley, es importante destacar que en la práctica la escucha del niño dentro del proceso de adopción era realizada con mucha frecuencia,

---

<sup>22</sup> CSJN: C, S s/adopción.

incluso el ministerio pupilar participaba activamente en el diálogo con los menores (Rodríguez, 2011).

Cierta legislación de aquella época, marcaba la importancia del contacto con el niño, como la ley 12.061 de la Provincia de Buenos Aires del año 1997 que, dentro de las funciones del Asesor de Incapaces establecía que, éste deberá *tomar contacto inmediato y directo con los incapaces que representen judicialmente, y con aquellos que requieran su asistencia, aunque no exista causa judicial en trámite.*<sup>23</sup>

Como es posible apreciar, el modelo de la situación irregular, consideraba a los menores como objetos que requerían protección, se alejaba de otros tipos de consideraciones respecto a su persona y su ámbito familiar. El hecho de pertenecer a un determinado grupo social, ya los convertía en sujetos vulnerables, a la espera de la protección estatal.

Si lograban pasar desapercibidos de la mirada juzgadora del Estado, igualmente seguían sin poder expresar su personalidad, ya que permanecían bajo la órbita del cuidado de la patria potestad, aquella que le daba a sus padres, tutores o curadores amplias facultades de acción sobre los intereses, deseos y derechos del menor.

28

### **Conclusiones**

El paradigma de la situación irregular padecía grandes deficiencias, lo que fue desencadenando diferentes crisis. Entre sus faltas se puede considerar, el concepto negativo de la niñez: definir a los menores por aquello que no saben, no tienen o no son capaces.

Además la imposibilidad de los menores de gozar de sus derechos de forma autónoma y la existencia de un Estado omnipresente que definía a los niños por las situaciones de vulnerabilidad en las que se hallaban y no por sus cualidades personales.

Sin embargo, no se puede negar que este paradigma fue una construcción temporal que procuraba mejorar las condiciones a las que estaban expuestos los menores en el mundo. Se creyó que a través de diferentes normativas de control y de cuidado de los menores en riesgo, podría mejorarse su situación. Y que quien se encontraba en mejor posición de lograr este cometido era el Estado.

---

<sup>23</sup> Art. 23, ley 12061 de la Provincia de Buenos Aires. Derogada.

Con el correr de los años, se comprendió que no alcanzaba con resguardar al niño, no había que desterrarlo de sus orígenes y colocarlo en un lugar más “saludable” o “propicio”: la situación en la que se encontraba el niño, no podía definir su suerte. Se entendió que los niños también tenían derechos y que la obligación del Estado no pasaba por ponerlos bajo su órbita, sino por respetarlos y velar por su cumplimiento.

Se consideró oportuno descentralizar los centros de ayuda al niño. Crear órganos especializados, más cercanos al menor y con mayores herramientas de ayuda. No todos los casos debían ser resueltos de la misma manera.<sup>24</sup>

La posibilidad de que el niño fuera escuchado y de que se respetaran sus necesidades y deseos era muy escasa, aunque en la institución de la adopción comenzaron a verse cambios, éstos no eran suficientes para tutelar las necesidades de los menores. La participación del ministerio pupilar, como se desarrollará más adelante, respondía más bien a tutelar la correcta aplicación de la ley y no a salvaguardar los derechos de los niños.

Las deficiencias del sistema comenzaron a hacerse visibles, tuvieron gran repercusión en ello, la sanción de las convenciones sobre derechos humanos de mediados de siglo. Se comprendió que los derechos humanos debían extenderse a la infancia, y que la situación de los menores era aun más delicada: debía hacerse más hincapié en su protección, debido a su situación de vulnerabilidad.

Un conjunto de instrumentos internacionales puso en marcha esta nueva concepción de la niñez. Algunos de ellos son obligatorios porque han sido ratificados por los Estados y otros, pertenecen al mundo de la costumbre internacional y de allí surge su importancia. Podemos considerar a los siguientes instrumentos internacionales (Mary Beloff, 1999, p.17):

---

<sup>24</sup> Art. 35, ley 114 de la CABA: Art. 35 - Ejes. Son ejes que sustentan las políticas públicas de protección integral de los derechos: a) descentralizar los organismos de aplicación de los programas específicos de las distintas políticas de protección integral a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficiencia; b) elaborar, desarrollar, monitorear, articular y evaluar los programas específicos de las distintas áreas de salud, educación, vivienda, recreación, trabajo, deporte, cultura, seguridad pública y social, con criterios de intersectorialidad e interdisciplinariedad y participación activa de la comunidad; c) propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes que brinden asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito, deduzcan denuncias o promuevan acciones ante tribunales, asesorías, fiscalías y defensorías oficiales; d) promover la participación de diversos segmentos de la sociedad, en especial de los centros de estudiantes y de los grupos juveniles, generando desde el Estado los espacios necesarios para su creación y desarrollo; e) implementar servicios de identificación y localización de padres, madres y responsables, de niños y adolescentes; f) propender a la formación de redes sociales que conecten y optimicen los recursos existentes.

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89)
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como reglas de Beijing (29/11/85)
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)

La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino y su posterior inclusión dentro de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, instó a modificar sustancialmente el régimen legal de los menores en el país. La adopción del nuevo régimen comenzó en los regímenes locales como la Capital Federal<sup>25</sup> y la Provincia de Buenos Aires<sup>26</sup>.

En el ámbito nacional, la modificación surgió luego de la sanción de la ley 26.061 del año 2005, que derogó la ley de patronato de menores y finalizó con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entro en vigencia en agosto de 2015.

---

<sup>25</sup> Ley 114 CABA del año 1998.

<sup>26</sup> Ley 13298 del año 2005 y ley 14568 del año 2014 de la Provincia del Buenos Aires.

## **CAPÍTULO 3: UN NUEVO COMIENZO: EL PARADIGMA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

### **Introducción**

La doctrina de la protección integral, también denominada como “protección integral de derechos” o “doctrina de Naciones Unidas para la protección de la Infancia” (Vaca Narvaja, 2012) se concretó progresivamente a través de la interpretación y puesta en marcha de diferentes acuerdos y tratados internacionales. La importancia de esta doctrina, radica en reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos.

En concordancia con lo dicho por Mary Beloff (1999), si bien la Convención sobre los Derechos del Niño, es el punto crucial de inicio de este paradigma, se deben considerar todas las herramientas jurídicas que breguen por proteger y ampliar los derechos de los niños para llegar a un modelo de protección integral de derechos más acabado.

Pero ¿qué características sobresalen en el paradigma de la protección integral? ¿Cómo se diferencia del antiguo paradigma de protección de la infancia? Algunas características de este sistema, en palabras de Mary Beloff (1999) son las siguientes:

- Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.

- La protección es de los derechos del niño y/o el adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes.<sup>27</sup>

- En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos.<sup>28</sup>

- Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los municipios.<sup>29</sup>

- De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”

- Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo (p. 19-20).

El cambio de un paradigma al otro, no es solo una cuestión terminológica, existen grandes diferencias entre ellos. La doctrina de la protección integral plantea a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, capaces de comunicarse y de pensar por sí mismos. Protege a los niños desde un concepto de integralidad de la persona, es decir, abarca todos los ámbitos de su vida y su persona. La situación irregular considera al niño desde su incapacidad y la protección integral, desde su capacidad.

---

<sup>27</sup> Art. 3, segunda parte CDN: “*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”.

<sup>28</sup> Un reflejo de ello es el art. 40 CDN.

<sup>29</sup> Art. 35 ley 114 CABA: “*Son ejes que sustentan las políticas públicas de protección integral de los derechos: a) descentralizar los organismos de aplicación de los programas específicos de las distintas políticas de protección integral a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficiencia (...)*”.

### **3.1. La Importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989. La importancia de la misma radica en reconocer que los niños son individuos con derecho al pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones<sup>30</sup>.

Su creación no fue una tarea sencilla, significó un largo trabajo para establecer sus alcances y su contenido. Afortunadamente, la mayoría de los países del mundo entendieron rápidamente la importancia del instrumento y a menos de un año de su adopción por la Asamblea General de la ONU, fue ratificada por veinte países, por lo que rápidamente entro en vigencia.

La Convención debe entenderse como una base en cuanto a derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. Es decir, la doctrina de la protección integral se va reinterpretando constantemente y creciendo a la par de las nuevas legislaciones sobre la materia. Incluso, cada uno de los países que han ratificado la Convención, ha creado leyes interpretativas de la misma y han logrado adecuarla a sus normativas sociales y culturales.

En los países latinoamericanos, la incorporación de la convención a los ordenamientos jurídicos no ha sido uniforme. Mary Beloff (1999) diferencia tres grupos, calificados por la manera en la que incorporan la convención a sus legislaciones:

En primer lugar, se encuentran aquellos países que se han limitado a ratificar la convención, pero que no han realizado ningún cambio legislativo, ni sustancial, ni formal. Podría pensarse que la ratificación se debió a cuestiones más bien políticas, pero sin intentar un cambio real en el país.

Por otro lado, tenemos aquellos países que solo han realizado una adecuación formal de la convención. Es decir, la incorporan a sus ordenamientos jurídicos, pero no se ven cambios legislativos que reflejen la nueva normativa. Podría decirse que esto es lo que sucedió en la Argentina entre la ratificación de la Convención por la ley 23.849 del año 1990 hasta la sanción de la ley 26.061 en 2005.

---

<sup>30</sup> Convención sobre los Derechos del Niño

Y por último, están aquellos países que han realizado una adecuación sustancial de sus leyes a la Convención: es decir, han modificado su ordenamiento jurídico para adaptarlo a la legislación internacional. Es la situación Argentina a raíz de la sanción de la ley 26.061 en el año 2005 y la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del 2015.

¿Pero cuáles son los principios que contiene la Convención que la hacen tan trascendente?

Primero, realiza una definición de lo que debe entenderse por niño: “*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad*”. Se utiliza un criterio biológico para definirlo. En principio, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, pero la convención no rechaza el supuesto de que la legislación local, establezca una edad menor para adquirirla.

Posteriormente destaca la importancia del Estado para lograr el cumplimiento de los preceptos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Será obligación de éste, realizar todas las acciones a su alcance para poder respetar el principio del interés superior del niño.

También en la convención se enumeran una serie de derechos y garantías de los que gozan todos los niños por su calidad de tal, como: el derecho a la vida, el derecho a ser oído, la participación en el proceso, el derecho a la libertad en todos los ámbitos, el derecho al nombre, a la identidad, a permanecer junto a su familia, el derecho a la salud, entre tantos otros.

Por su parte, el art. 41 culmina la primera parte del articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño y sienta el principio de la aplicación de la ley más favorable a los derechos del niño: es decir, que deja de lado la supremacía de la Convención ante la posibilidad de que exista una ley local que otorgue mayores beneficios al niño.<sup>31</sup> Esta es una cuestión de suma importancia, pues implica que debe entenderse a los derechos de los niños de manera integral y no limitados por una sola normativa sobre la materia.

---

<sup>31</sup> Art. 41: Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectara a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado parte o; b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

La segunda parte se refiere a los órganos que se implementaran para controlar la correcta aplicación de la Convención: se crea el Comité de los Derechos del Niño, se establecen sus funciones y la relación de aquel con la ONU.

### **3.1.1. El artículo 12**

Si bien, toda la Convención es de trascendente importancia, el art. 12 debe ser destacado, ya que establece el derecho del niño a expresar su opinión y a ser escuchado dentro de un proceso. Este es una de los puntos fundamentales de cambio de paradigma, por primera vez, se reconoce la importancia que tiene la opinión del niño, niña y adolescente en los asuntos que le conciernen. El niño deja de ser un objeto de protección y pasa a ser un sujeto pleno de derechos. El artículo se divide en dos partes:

*1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*<sup>32</sup>

Establece que los Estados partes *garantizarán* al niño el derecho de expresarse libremente, siempre que sea capaz de formarse un juicio propio. Esto supone que es obligación del Estado poner en juego todas las herramientas a su alcance, para lograr éste cometido.

Respecto a las opiniones del niño, es interesante destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño no establece una edad fija para que aquellas sean tenidas en cuenta. Sino que consagra el principio de autonomía progresiva, es decir, tendrá que tenerse en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, niña y adolescente al momento de interpretar sus opiniones. Este principio se desprende del art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>33</sup>

*2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por*

---

<sup>32</sup> Art. 12 -Convención sobre los Derechos del Niño

<sup>33</sup> Art. 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (...) 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.<sup>33</sup>

*medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Garantizar la expresión libre de las opiniones del niño, niña y adolescente incluye la oportunidad de que sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo en el que se ventilen cuestiones que le afecten. La participación del niño, niña y adolescente en el proceso puede ser de forma directa o a través de sus representantes o de un órgano apropiado.

La interpretación y aplicación del artículo en cuestión ha dado lugar a contradicciones y dudas respecto de su alcance, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que, en el fallo *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, marca los límites del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

En el párrafo 198 dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber:*

i) *“no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”*; - es decir, la regla es la capacidad del niño de expresar sus opiniones y el juez deberá justificar su decisión si decide apartarse de ellas-

ii) *“el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”*; - la comprensión de la situación que involucra al niño no debe ser total, sino suficiente para que le permita formarse una opinión al respecto-

iii) *el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado*; - no es obligatorio para el niño expresar su opinión, pero es un deber del juez escucharlo, si le es requerido-

iv) *“la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”*; - se refiere al derecho que tiene el niño de estar correctamente informado del asunto que debe dirimir-

v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, - la capacidad del niño se tendrá en cuenta para evaluar las decisiones que toma y para definir la manera en la que se le comunican las consecuencias de sus actos-

Y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”. –En principio se tendrá en consideración la capacidad del niño, niña y adolescente para expresar sus opiniones sin tener en cuenta su edad biológica, es un criterio flexible, que tendrá en cuenta tanto la edad como el grado de madurez que demuestre el menor-

Mirando detenidamente este artículo y lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existen dos derechos establecidos en él, en primer lugar el derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le conciernan teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, y por el otro lado, el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

Son dos cuestiones muy diferentes, una se refiere a que el niño siempre debe ser escuchado y en todos los ámbitos de su vida, cuando sea capaz de formarse un juicio propio. Debe ser escuchado por sus padres, sus representantes e incluso por el juez. No puede tomarse una decisión sobre el niño, sin haberlo consultado previamente. Siempre deberá tenerse en cuenta su edad y grado de madurez.

El segundo apartado del artículo, se refiere al supuesto en el que el niño se encuentre dentro de un procedimiento judicial o administrativo en el que se ventilen cuestiones que lo afecten. Aquí se fija una obligación para el Estado, que es el que debe garantizar que el menor sea escuchado y se atiendan sus necesidades.

### ***3.1.2. La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino***

En el año 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Argentina fue uno de los primeros países en ratificarla para incorporarla al ordenamiento jurídico argentino a través de la ley 23.849 de fines del año 1990.

En ese entonces, respecto a la jerarquía de las normas, la Argentina pertenecía a la teoría dualista: se establecía la supremacía del orden federal sobre el provincial y se jerarquizaban las normas federales de la siguiente manera, en primer lugar la Constitución Nacional, posteriormente los tratados internacionales y por último las leyes y decretos nacionales. Por lo que la Convención sobre los Derechos del Niño, se encontraba supeditada a lo establecido por la Constitución Nacional.

En el año 1994, se realiza la última reforma de la Constitución Nacional. En el art. 75 inc. 22 se enumeran una serie de tratados que adquieren jerarquía constitucional, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño. Establece el artículo que los mismos *“tienen jerarquía superior a las leyes”*. Estos tratados deben entenderse complementarios de los derechos, deberes y garantías establecidos en la primera parte de la Constitución Nacional. No forman parte de ella, pero sí del bloque de constitucionalidad federal.

En conclusión, poco tiempo después de su ratificación a la Convención sobre los Derechos del Niño se le otorgó el grado más alto de la jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, compatibilizar sus preceptos con las leyes comunes no fue tarea sencilla. El ordenamiento en cuestión se encontraba enrolado en la doctrina de la situación irregular y la Convención sobre los Derechos del Niño pertenece a un nuevo paradigma.

Esta dicotomía entre los órdenes impuestos llevó a que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no sean debidamente respetados durante años. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo WEM Vs. OMG del año 1995 realizó una interpretación limitativa en cuanto a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño: *“no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, circunstancia satisfecha en el “sub lite” dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados”*.

Aunque posteriormente, en diferentes fallos modificó su postura, lo cierto es que la correcta aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño comenzó a gestarse luego de la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015.

Considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, con capacidad progresiva acorde a su edad y grado de madurez y darles la posibilidad de ser escuchados en aquellos asuntos de su incumbencia, es el gran legado que deja la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si bien la adecuación de las normas locales no significó una tarea sencilla, lo cierto es que las diversas legislaciones del mundo, entre ellas la argentina, han logrado realizar las modificaciones pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido por tan importante instrumento internacional.

### **3.2. Un nuevo panorama, la ley 26.061**

La ley 26.061 se encuentra asentada en los principios antes descriptos del paradigma de la protección integral y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Logró iniciar en la Argentina un sistema certero de protección de la infancia, ajustando la legislación nacional a los estándares internacionales.

Se establecen en ella una serie de principios y garantías que deben ser tenidos en cuenta por los estados parte, para su correcta aplicación. El Estado es el sujeto indispensable para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La ley deja en claro que: *Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.*<sup>34</sup>

Como ejes centrales, erige: el fortalecimiento de la familia, la descentralización de los órganos de aplicación, la coordinación de los organismos de gobierno en sus diversos niveles, promoción de redes intersectoriales y la creación de instituciones y organismos para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lo que se busca es que el contacto con el niño, niña y adolescente sea en primera instancia local, para lograr el efectivo acompañamiento de la problemática por parte del Estado.<sup>35</sup>

También dispone a la familia como la encargada del efectivo disfrute y ejercicio de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes: *La familia es responsable en*

---

<sup>34</sup> Art. 2 -Ley 26.061

<sup>35</sup> Art. 4- Ley 26.061

*forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.*<sup>36</sup>

Dentro de esos derechos y garantías enumerados deben considerarse algunos como de trascendental importancia en cuanto implican una nueva visión de los derechos que les corresponden a los niños, niñas y adolescentes y son representativos del paradigma de la protección integral, ellos son: el principio del interés superior, el derecho a opinar y ser oído y las garantías mínimas del procedimiento.

### ***3.2.1. El principio del interés superior***

Uno de los pilares fundamentales del paradigma de la protección integral, es el principio del interés superior del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño lo establece en el art. 3<sup>37</sup>, pero no precisa su contenido. Su construcción es primordialmente doctrinaria. La ley 26.061 lo define de la siguiente manera:

*El art. 3, interés superior: A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.*

*Debiéndose respetar:*

- a) Su condición de sujeto de derecho;*
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;*
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;*
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*

---

<sup>36</sup> Art. 7- Ley 26.061

<sup>37</sup> Art. 3 CDN: En todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órdenes legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

*f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

*Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.*

*Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.*

El interés superior del niño es el principio rector en la materia. Engloba todos los derechos reconocidos por la ley y es la base para la elaboración y puesta en marcha de regímenes jurídicos sobre reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido al respecto en la Opinión Consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002: *Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (párr. 137)*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en plena concordancia con el Tribunal Internacional ha resuelto en cuanto a los alcances del principio del interés superior del niño en diferentes oportunidades. En el fallo S.C. s/adopción del año 2005 refirió lo siguiente:

La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Fallo 328:2870 -2005.

El art. 3 de ley 26.061 sigue los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero va más allá y enumera las condiciones que deben respetarse para lograr una adecuada aplicación del principio en cuestión.

Así, en plena consonancia con la doctrina de la protección integral, primero establece que los niños son sujetos de derechos, apartándose de la concepción anterior que los relegaba a objetos de protección. También especifica el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y expresar su opinión en las cuestiones que los afecten: el niño debe ser parte de las decisiones sobre su persona.

Otra cuestión a considerar es el respeto al desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural. A diferencia de lo que sucedía en el ámbito del paradigma de la situación irregular, el niño ya no puede ser desterrado de sus orígenes, lo que se plantea es crear herramientas para mejorar éstos ámbitos y que el niño pueda seguir desarrollándose, de la mejor manera posible, en su entorno cotidiano y familiar.

Debe tenerse en cuenta su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás consideraciones personales al momento que el niño emita su opinión o tome una decisión. No existen límites fijos, hay que atenerse a cada caso en particular y actuar acorde a las características personales del niño, niña y adolescente.

El equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y el bien común son de suma importancia y no debe considerarse de manera aislada, es una cuestión que debe ser analizada en el caso concreto teniendo en cuenta tanto el ámbito familiar como social.

Por último, se hace alusión al centro de vida, que es aquel lugar donde los niños, niñas y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Esta definición es muy importante cuando se trata de niños, niñas y adolescentes alejados de su hogar en condiciones ilegítimas en cualquier circunstancia que esto suceda. Entran en consideración en este inciso, el secuestro y tráfico de niños tanto a nivel nacional como internacional.

El art. 3 concluye su redacción determinando que cuando exista un conflicto entre la aplicación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos, siempre deberán prevalecer los primeros. Esta cuestión es de enorme tenor, ya que cuando se ponen en juego diferentes derechos e intereses, la

ley es la que da la solución al tema, enmarcando al interés superior del niño como un principio fundamental del derecho.

### **3.2.2. El derecho a opinar y a ser oído**

*Art.19. Derecho a la Libertad: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad.*

*Este derecho comprende: c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.*

*El art. 24, derecho a opinar y a ser oído: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:*

*a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;*

*b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.*

*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.*

Estos dos artículos deben entenderse complementarios. Por un lado, el derecho a la libertad, es la facultad de los niños, niñas y adolescentes de expresar sus opiniones sin restricciones y por el otro lado, el derecho a opinar y a ser oído (en clara relación con lo establecido por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de expresar sus opiniones teniendo en cuenta su grado de madurez y desarrollo, en todas aquellas cuestiones que puedan afectar sus derechos.

La jurisprudencia se mantuvo dispar respecto de la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes participen activamente en el proceso y puedan ser oídos y tenidos en cuenta. Ello se debió a que entre el Código Civil y la ley 26.061 existían ciertas discrepancias de interpretación y ponderación de normas, ya que, tal como se ha afirmado en estas líneas, pertenecían a distintos paradigmas: la aplicación de la doctrina de la protección integral se hallaba limitada por lo establecido en el Código Civil de la Nación que estaba enrolado en el paradigma de la situación irregular (Chaves Luna, 2015).

Un ejemplo de las discrepancias existentes entre estos dos paradigmas, se aprecia en el fallo de la Sala K de la Cámara Nacional Civil en el año 2006 en “R.M.A. s/protección de persona”:

Por ello y sin adentrarse la discusión sobre tal derecho alegado, lo cierto es que la nueva normativa debe ser interpretada en conjunción con la ya existente pues una debida hermenéutica de la misma nos lleva a concluir que en el presente caso la escasa edad del menor, tres años, impide que pueda considerarse la actuación como parte legítima de un letrado patrocinante que no fue elegido por el interesado encontrándose en imposibilidad de condiciones de comprender la trascendencia de dicha actuación.<sup>39</sup>

En este fallo deben tenerse en cuenta dos cuestiones, por un lado, el esfuerzo de los jueces por lograr la adecuada interpretación de dos normas tan disímiles como lo eran el Código Civil de la Nación y la ley 26.061. Y por el otro lado, respecto a la capacidad de los menores de 14 años –menores impúberes- de ser parte en el proceso. Concluye que, la falta de madurez y desarrollo de un niño de tres años para comprender un proceso judicial de protección de persona, hace que la designación de un abogado del niño se torne ociosa. Sostiene que sus derechos e intereses se encuentran resguardados por la representación legal por parte de su madre, además de la intervención de funcionarios de menores y el juez interviniente que velará por el estricto cumplimiento del procedimiento y el resguardo de los derechos e intereses del niño (Chaves Luna, 2015)

Sin embargo, la jurisprudencia no fue unánime en este periodo de existencia de normas disímiles, es así que en el voto en disidencia del Dr. Ojea Quintana en otro fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala I se dijo lo siguiente en un proceso de similares características: *Por otra parte, no parece ocioso destacar que si la representación necesaria de los padres y promiscua del Ministerio Público no llegara a brindar debida protección a los menores, en particular a los impúberes, al convertirlos en instrumento de las disputas mantenidas por aquéllos y surgir así intereses encontrados, el juez puede recurrir a la figura del tutor ad-litem prevista por los arts. 61 y 397, CCiv.*<sup>40</sup>

De esta forma, y en armonía con lo dicho por Chaves Luna, si bien no se autoriza la participación activa del niño en el proceso, se considera oportuno involucrar la figura del tutor *ad-litem*, quien será el encargado de resguardar los derechos del niño en el

---

<sup>39</sup> R.M.A s/protección de persona- Recuperado de Chávez Luna. 2015, p. 69.

<sup>40</sup> L., R. v. M. Q., M. G. -

caso. Es que ninguno de los padres podría garantizarlos en el supuesto de colocar al niño como instrumento de disputa.

Respecto al art. 24 y en favor de la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes sean escuchadas en el proceso, aún teniendo menos de 14 años de edad (la edad establecida por el Código Civil de la Nación para pasar de la incapacidad absoluta a la relativa) y poniendo en primer plano el principio del interés superior, dictaminó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “G., M.S. c/ J.V., L. s/ Divorcio Vincular” del año 2010:

Que asimismo, a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos; corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema a fs. 58 del expte. 1131/2006 y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine.

En otro fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, al considerarse la autonomía progresiva de los niños y la capacidad de contar con un abogado del niño y con una clara inclinación por la doctrina de la protección integral, se sostuvo:

Toda vez que de la integración de los arts. 24 y 27 de la ley 26.061 se desprende que el menor debe ser oído si tiene suficiente discernimiento, es decir, si está en condiciones de formarse un juicio propio; tal criterio debe seguirse también para evaluar su participación activa en el proceso coadyuvado por la figura del abogado patrocinante, ya que no debe perderse de vista que se trata de menores de edad, es decir, de personas que no han alcanzado su pleno desarrollo, razón por la cual debe establecerse si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí, personalmente, un acto que puede ser considerado eficaz.<sup>41</sup>

Tal como se aprecia, el criterio de los tribunales nacionales variaba de un caso a otro, sin embargo, las consideraciones en torno a la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para estar en juicio partían de tratarlos como sujetos incapaces de ejercicio. Primero se consideraba su edad, para posteriormente determinar si era capaz de comprender la situación que estaba atravesando, es decir si gozaba con la madurez suficiente. Este criterio es modificado por el nuevo Código Civil y Comercial del año

---

<sup>41</sup> T., F.H. c/ A.M., A.M. s/Tenencia de hijos (07-12-11)-

2015, ya que en la actualidad la regla es la capacidad y el juez deberá justificar su decisión cuando se aparte de ella.

### **3.2.3. Garantías mínimas de procedimiento**

*El art. 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:*

*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.*

Las garantías mínimas de procedimiento son las herramientas procesales con las que cuentan los niños, niñas y adolescentes dentro de un procedimiento civil o administrativo, no pueden ser obviadas. De su correcta aplicación, dependerá la tutela efectiva de los derechos.

Como se sostuvo anteriormente, la legislación referida a la niñez, dentro del paradigma de la protección integral no debe considerarse de manera aislada, sino que se tendrán en cuenta todas las normas que protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes y procuran el correcto cumplimiento de las normas.

Las garantías plasmadas en este artículo, se basan principalmente en garantizar el cumplimiento de los derechos consagrados por la ley dentro de un procedimiento civil o administrativo.

Una novedosa garantía plasmada en el articulado, se refiere a la figura del abogado del niño, si bien no es la denominación utilizada por la legislación, se establece que éste abogado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, asistirá al niño, niña y adolescente durante todo el procedimiento, garantizando su participación en el proceso judicial o administrativo.

El Decreto reglamentario 415/06<sup>42</sup> dispone al respecto que el derecho a la asistencia letrada incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño, niña y adolescente en el proceso administrativo o judicial, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el ministerio pupilar.

La Cámara Nacional Civil y Comercial., Sala B en B.G.M.H.M y Otro c/ S.S.J s/Medidas precautorias (26/08/13) respecto a la designación de un abogado del niño ante la imposibilidad de la madre de defender adecuadamente los intereses de su hija, dijo:

Con el objeto de evitar que S. continúe siendo objeto de controversia entre sus padres, (...) los suscriptos consideran como herramienta adecuada la designación de un tutor especial a la niña para que lo represente en la causa (...) y el profesional designado –de ser posible- cumplirá también el rol del abogado del niño, en los términos del art. 27, inc. c), de la ley 26.061 se aclara que se procede a las designaciones mencionadas (la de tutor y abogado para S.) por considerar el Tribunal que la madre de la niña –en lo que hace a esta específica causa- no se halla en condiciones de representar y de defender adecuadamente los intereses de su hija.

Es decir, ante la incapacidad de los padres de defender los intereses de su hija, la Cámara consideró oportuna la designación de un profesional para actuar en el rol del abogado del niño para tutelar los intereses de la menor. En este fallo, anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se puede observar con claridad como el tribunal se enrola en la doctrina de la protección integral, aplicando la ley en toda su extensión.

### **3.3. La constitucionalización del derecho privado**

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación significó la culminación de un proceso de actualización del ordenamiento jurídico argentino en materia de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>42</sup> Decreto Reglamentario 415/06. protección integral de los derechos de los NNyA.

El Dr. Lorenzetti (2014) en el artículo introductorio del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación realiza una mención a ciertos aspectos valorativos y de principios de la reglamentación en cuestión. Así, dice que éste es un código que recepta la constitucionalización del derecho privado, lo que significa establecer una comunidad de intereses entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. El código ya no se encuentra aislado.

También expresa que es un código de la igualdad: se busca la igualdad real y se crean una serie de normas orientadas “a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”. El código se basa en un paradigma no discriminatorio, creando diferentes leyes, para diferentes grupos humanos.

La sanción del Código Civil y Comercial responde a una nueva manera de ver el derecho en la Argentina. Se comienza a transitar una etapa representada por la constitucionalización del derecho privado, en la que no es posible aislar las normativas internas de las establecidas en los tratados internacionales. El cambio de un paradigma por otro en materia de niñez, no debe considerarse aislado. Todo el ordenamiento jurídico argentino ha cambiado, principalmente al hacer referencia a los derechos humanos.

En cuanto a la niñez, ésta se estructura de una manera novedosa. Son menores de edad las personas que no han cumplido 18 años y adolescentes aquellos que han alcanzado la edad de 13 años. Sin embargo este límite etario no debe interpretarse de forma rígida en cuanto a la capacidad de los menores, sino que debe configurarse a través del principio de autonomía progresiva, ¿qué significa esto? Que más allá de la edad biológica del niño, lo que debe tenerse presente es su capacidad de comprensión y actuación frente a las situaciones que le competen. Al respecto en la OG 12/2009, citada por Herrera, Caramelo y Picasso (2015) se estableció:

(...) los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (...). el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan...” (párr. 19 y 21)

### **3.1.1. El art. 26: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad**

Reza el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación: *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. 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. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.*<sup>43</sup>

En el nuevo paradigma ya no existe un límite rígido para la actuación de los menores, habrá que analizar cada situación en particular y determinar si ese menor posee un grado de madurez suficiente para ejercer el acto en cuestión.

En principio, los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales (en concordancia con el derogado Código Civil). Pero aquellos que cuenten con edad y grado de madurez suficiente, pueden ejercer por sí los actos que el ordenamiento jurídico les permita.

Tal como afirman los redactores del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Herrera, Caramelo & Picasso, 2015):

La representación no se constituye en la regla en materia de ejercicio de derechos por las personas menores de edad.

En efecto, la solución esbozada en el primer párrafo del artículo se enfrenta a continuación con un principio —y no excepción— incorporado en forma expresa a la codificación civil por la Reforma cual es el ejercicio personal de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes que presenten edad y grado de madurez suficiente tal que les permita la actuación personal de sus derechos (p.68)

Más adelante, respecto a la capacidad progresiva que el Código Civil y Comercial de la Nación le otorga a los niños, niñas y adolescentes aclaran lo siguiente:

Así, iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros. El criterio es dinámico, mutable: por ejemplo, mientras un adolescente cuenta con capacidad para solicitar y decidir el empleo de métodos de anticoncepción —por ejemplo, preservativos— no la presenta para consentir —por sí solo— una intervención quirúrgica que pone en riesgo su salud o una cirugía estética (p.69).

---

<sup>43</sup> Art. 26 CCyC de la Nación.

Continúa el artículo en cuestión: *En caso 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.*<sup>44</sup>

Aquí, se vislumbran algunos de los fundamentos para la existencia del abogado del niño: por un lado, el conflicto del menor con los intereses de sus representantes legales y por el otro, el derecho a ser oído y a participar en las decisiones sobre su persona.

Como expresan Kemelmajer y Molina de Juan (2015), el niño, niña y adolescente puede participar en el proceso de dos maneras, indirecta o directamente. La participación indirecta se realiza a través de los representantes legales y no deja de lado el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a participar en aquellas cuestiones que lo afecten. Es deber del juez oírlo y tener en cuenta sus manifestaciones, siempre teniendo en consideración su edad y grado de madurez y la decisión del magistrado deberá concordar con el debido respeto el principio del interés superior.

Varios artículos del Código Civil y Comercial de la Nación hacen alusión a este derecho, así el art 113 respecto al discernimiento de la tutela establece como deber del juez: *oír previamente al niño, niña y adolescente (...)*. En el mismo orden de ideas se manifiesta el art. 404 que se refiere a la dispensa judicial en caso de falta de edad nupcial. También en cuestiones de adopción se establece como principio general *el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.*<sup>45</sup>

Respecto a la participación activa del niño, niña y adolescente, debe diferenciarse teniendo en consideración en principio, la edad del involucrado y posteriormente la capacidad progresiva.

La edad de 13 años, es decir el paso a la adolescencia, habilita al joven a participar activamente en el proceso. Sin embargo, los límites del código son flexibles en la materia y habrá que atenerse a las circunstancias del caso y al grado de madurez del menor involucrado.

---

<sup>44</sup> Art. 26 CCyC de la Nación.

<sup>45</sup> Art. 595 CCyC de la Nación.

El art 109 trata sobre la designación de tutor especial y establece que en caso de que el representado sea un adolescente, y exista conflicto de intereses con sus representantes, éste puede actuar por sí, con asistencia letrada. Es facultad del juez determinar el requerimiento o no de tutela especial.<sup>46</sup>

El art. 677, referido a la disposición y administración de los bienes del menor de edad, es de similares características: *se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.*<sup>47</sup>

Pero existen en el Código diferentes situaciones en las que habrá que atenerse al grado de madurez del menor involucrado, como es el caso del art. 66 en el que se habilita a la persona con edad y grado de madurez suficiente, que carezca de apellido inscripto, a que se lo inscriba con el que esté usando. O cuando el adoptado desea conocer sus orígenes, el Código determina que tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial o administrativo en el que tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos, aquel que cuente con edad y grado de madurez suficiente.<sup>48</sup>

51

En concordancia con la ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño, se prevé que frente a conflictos con sus representantes, el adolescente pueda actuar por sí en el proceso, sin necesidad de un tutor especial. Se reconoce el principio de autonomía progresiva, al considerar que el adolescente goza de capacidad y madurez suficiente para estar en juicio, con asistencia letrada. Prevé al respecto el art. 109 del Código Civil y Comercial de la Nación:

*Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos:*  
*a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial;*  
*c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un*

---

<sup>46</sup> Art. 109 CCyC de la Nación.

<sup>47</sup> Art. 677 CCyC de la Nación.

<sup>48</sup> Art. 596 CCyC de la Nación.

*mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a)*<sup>49</sup>;

El inc. “c” hace referencia al conflicto de intereses entre menores con el mismo representante legal. Si estos menores son adolescentes, también el código los faculta a actuar por sí, con asistencia letrada, en el proceso. Esto también se debe, a que un mismo representante no puede asistir a dos intereses contrapuestos. Aclaran al respecto Rivera y Medina (2014):

Estas disposiciones guardan relación con el reconocimiento de la ciudadanía juvenil y el carácter de sujeto de derechos que se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional como así también de la ley nacional 26.061. Constituyendo el nudo central del carácter de sujeto de derechos, el interés superior del niño, el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a ser oído, los adolescentes se erigen en protagonistas activos en el escenario jurídico, debiendo ser asistidos por letrados de su confianza, respetándose las garantías en los procedimientos (p.212).

### **3.3.2. Responsabilidad Parental**

La responsabilidad parental viene a suplir el instituto de la patria potestad, ajustándose a la normativa nacional e internacional de protección integral del niño. Al respecto dicen Rivera y Medina (2014):

“La finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades. Para lograr este objetivo los padres deben escuchar al niño, tener en cuenta sus elecciones y otorgarle una capacidad progresiva de acuerdo a su grado de madurez. En este artículo la letra del Código plasma lo establecido por la Convención de los derechos del niño y por las leyes nacionales y provinciales de protección integral de NNyA” (p.483).

Dentro de los derechos y deberes de los progenitores, se encuentra la obligación de otorgar alimentos a sus descendientes, en caso de incumplimiento, el otro progenitor en representación del hijo se encuentra legitimado a pedir alimentos o directamente, cuando el hijo cuente con edad y grado de madurez suficiente podrá pedir alimentos con

---

<sup>49</sup> Art. 109 CCyC de la Nación.

asistencia letrada. Otra vez el Código deja de considerar la edad del niño, niña y adolescente involucrado y se centra en su capacidad progresiva.<sup>50</sup>

En cuanto a la representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad, el Código realiza éstas consideraciones:

*Art. 677.- Representación. Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados.*

*Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.*

*Art. 678.- Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.*

En principio, los padres pueden estar en juicio en representación de sus hijos menores, pero en caso de que se trate de adolescentes, éstos pueden intervenir en el proceso de junto a sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada. Sin embargo, éste artículo no debe interpretarse limitativo del derecho de los hijos a participar en el proceso, cualquiera sea su edad.

En caso de que los progenitores se opongan al que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, aquel podrá requerir la autorización del juez para intervenir en el proceso con asistencia letrada. Prima su derecho a ser parte en el proceso donde se ventilen cuestiones que lo afecten. Si bien, el régimen anterior del Código Civil autorizaba a los menores adultos a estar en juicio, no les otorgaba la amplia potestad que se vislumbra en el Código Civil y Comercial de la Nación. Sobre lo dicho, los comentaristas del Código (Herrera, et al. 2015) establecen:

Respecto a los adolescentes, el cambio con el régimen anterior es evidente, pues el art. 286 Código Civil de la Nación preveía que los hijos menores de edad y mayores de 14 años —aquellos que integraban la casi contradictoria categoría de “menores adultos”— puedan estar en juicio sin autorización parental solo cuando fueran demandados

---

<sup>50</sup> Art. 661: El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: a) el otro progenitor en representación del hijo; b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada;

criminally, o para reconocer hijos (se excluye la referencia a “*testar*” de aquella norma por no ser materia de la representación procesal que se está analizando).

Ninguna duda cabe que los adolescentes se encuentran autorizados para intervenir por sí en los procesos judiciales y con asistencia letrada propia. Es decir su propio abogado (p.529).

Para estar en juicio contra sus progenitores, el hijo debe contar con edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada. El Código no requiere que el menor haya cumplido trece años.<sup>51</sup>

En el caso de la patria potestad, el nuevo paradigma logra darles mayor autonomía a los niños, niñas y adolescentes y les permite alejarse de la voluntad de sus progenitores.

### **3.3.3. La adopción**

La institución de la adopción no ha quedado afuera del cambio de paradigma de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La reforma del código ha logrado humanizar el trámite y más importante aún, le ha dado voz a todos los involucrados<sup>52</sup>.

El niño, niña y adolescente ha dejado de ser un objeto que se encontraba en riesgo y por ello tenía la necesidad de ser adoptado. Hoy es considerado un sujeto de derecho en búsqueda de una nueva familia.

El art. 595 establece los principios generales de la adopción, que responden a la doctrina de la protección integral. Considera dentro de estos principios a:

- a) el interés superior del niño;*
- b) el respeto por el derecho a la identidad;*
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;*
- d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;*
- e) el derecho a conocer los orígenes;*

---

<sup>51</sup> Art. 679.- Juicio contra los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

<sup>52</sup> Art. 608 CCyC de la Nación.

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.<sup>53</sup>

Respecto al derecho a conocer sus orígenes, el art. 596<sup>54</sup> da un paso fundamental, ya que el adoptado no deberá esperar la mayoría de edad ni requerir el consentimiento de sus representantes para conocerlos. Aquel que tenga edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos sobre su adopción y en caso de tratarse de un adolescente, está facultado para iniciar una acción autónoma a tal fin, contando con asistencia letrada.

En relación con la declaración judicial de adoptabilidad, la regla es la siguiente, si el niño, niña y adolescente tiene edad y grado de madurez suficiente, interviene en el proceso con carácter de parte y con asistencia letrada. Aquí no se tiene en cuenta la edad biológica del menor, sino su capacidad de comprensión, es decir el principio de autonomía progresiva.<sup>55</sup> Respecto al consentimiento del niño mayor de 10 años, Herrera, Caramelo y Picasso, 2015 manifiestan lo siguiente:

La obligatoriedad de que consienta su propia adopción excede el ámbito de la mera participación, en razón de que lo que se procura es un emplazamiento filial distinto al originario y sobre un aspecto que impacta en la identidad personal del niño, por lo que no cabe más que requerir que exprese su voluntad libre e informada de la inserción familiar que se pretende. Si la negara, será una señal de alguna dificultad que puede ser superable o no, pero que debe ser evaluada y trabajada con colaboración interdisciplinaria (p.373).

Referido a las reglas del procedimiento, dice el Código: *Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:*

a) *son parte los pretendientes adoptantes y el pretendiente adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;*

---

<sup>53</sup> Art. 595 CCyC de la Nación.

<sup>54</sup> El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

<sup>55</sup> Art. 608: Sujetos del procedimiento. El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;

El adoptado con edad y grado de madurez suficiente, interviene en el proceso de adopción con carácter de parte y con asistencia letrada. Es la misma solución consagrada en el art. 608.

*b) el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;*

Es deber del juez oír al pretense adoptado y deberá tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez, siempre velando por el interés superior del niño.

*d) el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;*<sup>56</sup>

En caso de tratarse de un menor, mayor de diez años, el consentimiento para la adopción debe ser dado de manera expresa. Se entiende que la edad en cuestión, habilita al niño a decidir sobre su adopción. En este supuesto considera Chaves Luna (2015), en opinión que compartimos, que debe proveérsele un letrado de confianza para que lo asesoren en la significación de tal acto.

### **Conclusiones**

El paso de un paradigma a otro se realiza de forma gradual, las pequeñas modificaciones legislativas van quebrando el orden establecido, surgen incompatibilidades, dudas, nuevas interpretaciones y nuevas leyes que dan paso a un pensamiento distinto, a una nueva manera de ver el mundo.

La doctrina de la protección integral supone un giro sustancial en cuanto a lo que debe entenderse por niños, niñas y adolescentes y a la manera en la que los derechos de este grupo etario se garantizan. En el recorrido por este capítulo, se puede apreciar la manera en la que la legislación nacional logra adaptarse a los preceptos de orden internacional respecto a la nueva manera de ver a los niños, niñas y adolescentes.

La incorporación de esta doctrina en la Argentina se realizó de manera progresiva. Primero incorporando la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, lo que implica colocarla dentro de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, por lo tanto se entiende complementaria de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional. Posteriormente, se sanciona la ley 26.061 que torna operativos los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, para luego derogarse la ley de Patronato de Menores.

---

<sup>56</sup> Art. 617 CCyC de la Nación.

Finalizando con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que sienta el principio de constitucionalización del derecho privado.

En la actualidad puede apreciarse que los cambios han sido, mayormente radicales. Los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26061 y el Código Civil y Comercial de la Nación analizados dan cuenta de la nueva concepción que se tiene de la niñez y la importancia que se le otorga a la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que les conciernen. Efectivamente dejó de considerarse a los menores como objetos de protección y se les otorgaron herramientas que demuestran que son sujetos plenos de derechos.

La nueva legislación referida a la niñez refleja el cambio de paradigmas y de esta manera comienza a verse a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Las leyes se crean considerándolos como sujetos con capacidad progresiva para hacer valer sus derechos, se les otorga voz y voto en las cuestiones que les conciernen y se crea una figura de acompañamiento para que los derechos de los menores no sean conculcados, el abogado del niño.

## **CAPÍTULO 4: DEL MINISTERIO PUPILAR AL ABOGADO DEL NIÑO**

### **Introducción**

Al analizar las reformas legales en la Argentina y vislumbrar el cambio de un paradigma basado en considerar a los menores como objetos de protección, a otro que se sostiene al considerarlos como sujetos plenos de derechos, es evidente que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no se resguardan de la misma manera en una y otra etapa.

Es importante considerar la historia por la que transitan las leyes para poder comprender cuáles son los objetivos que busca el legislador al modificarlas o reemplazarlas.

Al recorrer las páginas de esta tesis, queda en claro que la manera en la que se protegían los derechos de los niños, niñas y adolescentes se ha modificado sustancialmente en búsqueda de una sociedad más justa, en la que se permita escuchar a los vulnerables y otorgarles las herramientas necesarias para que sus derechos no sean conculcados.

Una cuestión de suma importancia que ha sido modificada sustancialmente por el paradigma de la protección integral es la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento judicial o administrativo.

La participación de los menores en los procedimientos se encontraba, en el paradigma anterior, ligada a su falta de capacidad, por lo que la ley no les daba voz ni voto en los asuntos que les concernían. Sus representantes legales, en principio, eran los encargados de decidir respecto a lo que creían más conveniente para sus derechos y su correcto desarrollo.

El ministerio pupilar era quien controlaba la correcta aplicación de la ley en todos los procedimientos en los que se encontraran derechos de los menores involucrados. Pero no respondía a sus intenciones o a la de sus representantes legales.

La doctrina de la protección integral, no deroga la institución del ministerio pupilar. Pero incorpora la figura del abogado del niño, quien será el encargado de defender los intereses del menor dentro del procedimiento.

La nueva legislación le da el derecho a niño, niña y adolescente de opinar y ser oído en cuestiones que lo afecten y establece que será el abogado del niño la vía para hacer posibles estos derechos.

Todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben ser contemplados a la luz del principio del interés superior que implica la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la legislación.

Surge del presente trabajo que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no deben pensarse de manera aislada, se está frente a sujetos plenos de derechos que no han alcanzado su madurez para todos los aspectos que requiere la vida adulta, pero que con el apoyo del abogado del niño es posible sortear estos inconvenientes para proteger plenamente sus derechos y reconocer sus garantías.

#### **4.1. La etapa previa: el ministerio pupilar**

Los primeros esbozos de lo que se conoce como ministerio pupilar surgen en el año 1814. La institución fue creada para cuidar de huérfanos y pupilos. Vélez Sársfield la incorpora al Código Civil de la Nación a través de los arts. 59 y 491. Años más tarde, en 1886, se reglamenta en la Ley 1893. La última ley sobre la materia data del año 1998.<sup>57</sup>

La creación del ministerio pupilar respondió a una necesidad de protección de los menores e incapaces. Como destaca Laura Rodríguez (2011), se estableció la incapacidad de los menores como una institución de “protección”. En clara vinculación con la doctrina imperante, se consideraba a los menores como “objetos” que requerían protección por parte del Estado. Más adelante agrega que, *sin dudas, el Defensor Publico de Menores, en tanto ejerce una representación promiscua, representa los “intereses” del menor pero, a la vez, cumple con la función tutelar propia del Patronato del Estado* (p.92).

---

<sup>57</sup> Ley 24.946. Ley Orgánica del Ministerio Publico

Se compone por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa. En éste último se encuentran los Defensores Públicos de Menores e Incapaces (también conocido como ministerio pupilar). Como afirma Testa (2011), refiriéndose al ministerio pupilar: *Es quién salvaguarda los intereses jurídicos del Estado y de la Sociedad, por lo que tiene que velar principalmente por la legalidad del procedimiento en que se encuentra inmerso quien representa* (parr.3).

Si bien, la función del ministerio pupilar se enfocaba en representar los intereses del menor, lo cierto es que no puede obviarse el rol que ocupaba en cuanto a su capacidad para velar por el cumplimiento de las leyes dentro del procedimiento.

Llambías (1964), por su parte, consideraba que el Ministerio Público es el organismo estatal de protección de los incapaces. Respecto de lo que debe entenderse como Ministerio Público, Pupilar o de Menores, Herrera, Caramelo y Picasso (2015) expresan:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera. Tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está conformado por un procurador general, un defensor general de la Nación y demás miembros que la ley establezca. Sus miembros son magistrados/as que gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones (p. 217).

La institución se encontraba descripta en el art. 59 del Código Civil de la Nación: *A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.*<sup>58</sup>

Lo primero que se debe considerar de éste artículo, es el significado del término “representación promiscua”. ¿Cuál es alcance que el legislador ha querido darle a la expresión en cuestión? Al respecto Busso, (citado en Testa 2011) ha dicho: *además de la representación necesaria, de carácter individual, nuestro Código instituye otro tipo de representación, llamada promiscua, porque se ejerce en forma colectiva o conjunta,*

---

<sup>58</sup> Art. 59 Código Civil

*que pone a cargo de un organismo estatal de protección de los incapaces: el Ministerio de Menores (párr. 7)*

Al realizar consideraciones más profundas sobre el instituto y respecto a la naturaleza de las funciones del ministerio de menores o ministerio pupilar, dice Llambías (1965):

El Código Civil de la Nación parece definir las funciones del ministerio de menores como de *carácter representativo*. Así dice el art. 59 ya transcrito, que “los incapaces son promiscuamente representados” por ese organismo. Pero si de la simple enunciación general se pasa a los detalles que precisan el carácter de su intervención se advierte que aquellas funciones más que representativas son de *asistencia y contralor*, sin perjuicio de asumir también carácter representativo para suplir –por tanto subsidiariamente- la omisa actuación de los representantes legales individuales (p.379).

Entonces, los representantes legales del menor son los encargados de llevar adelante su pretensión y el ministerio de controlar que esa pretensión sea ajustada a derecho y que se cumplan correctamente todas las etapas procesales. La representación promiscua se ejerce en forma conjunta y por lo tanto, la actuación de los representantes del menor, no es excluida por la del ministerio pupilar, ni a la inversa. Deben entenderse complementarias.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se explayó sobre el tema, en concordancia con lo dicho y especificando que *la intervención del Defensor Oficial se caracteriza por ser promiscua y complementaria ya que representa al menor en forma conjunta con los padres o con sus tutores y no sustituye ni reemplaza a sus representantes legales.*<sup>59</sup>

En cuanto a la función del ministerio pupilar, se han realizado numerosas consideraciones. En principio, su función era de asistencia y contralor. El defensor de menores ingresaba al procedimiento para salvaguardar los intereses del menor. Pero no para responder a los deseos del niño o de sus representantes legales, su principal tarea era la de controlar que el procedimiento se ajustara a derecho. Así lo aclara Llambías (1964) en este pasaje:

En los supuestos de intervención del ministerio de menores los funcionarios que los representan no deben necesariamente plegarse a la postura más favorable a los intereses

---

<sup>59</sup> CSJN: Páez Balbuena, Rufina y oros c/ Estado Nacional Argentino

patrimoniales del incapaz sino dictaminar conforme a derecho aun en contra de las pretensiones sustentadas por el representante individual del incapaz (p. 383)

También numerosos fallos se han explayado al respecto, entre los que se destaca Salinas Díaz, Francisco y otro c/ Penna, Marcelo J. s/daños:

En su actuación, el ministerio pupilar debe conjugar los derechos inherentes a la persona y los intereses de los incapaces con la observancia de las leyes y el orden público, en tanto finalidades del ordenamiento jurídico, de donde, si la pretensión del incapaz fuere injusta, no puede dicho funcionario propiciarla, porque contrariaría el verdadero interés del incapaz, que no es su prosperidad, sino su conformidad con la justicia.<sup>60</sup>

Su intervención como parte en el procedimiento era legítima y esencial, su falta implicaba la nulidad de todo lo actuado. La Corte Suprema en *Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor General del Ejército* expresó que

El Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiera lugar sin su participación.

En principio, el ministerio pupilar intervenía promiscuamente, es decir en forma conjunta con los representantes legales, en los asuntos donde se ventilaran cuestiones de personas menores de edad. Sin embargo, la ley le daba la posibilidad de intervenir de forma autónoma.

Tal situación era posible cuando *fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo*<sup>61</sup> y también en los supuestos en los que el Ministerio lo creyera oportuno, en concordancia con el art. 54 de la ley 24.946. Así lo aclara Llambías (citado en Testa, 2011):

Sólo cuando la representación de los padres o tutores, reconocida como necesaria, es omisa, puede el ministerio pupilar actuar supletoriamente en ese mismo carácter de representante para impedir la frustración de un derecho. Se advierte que aquellas funciones más que representativas son de asistencia y contralor, sin perjuicio de asumir

---

<sup>60</sup> CNCiv., sala H: SALINAS DIAZ, Francisco y otro c/PENNA, Marcelo J. s/DAÑOS

<sup>61</sup> Art. 54 inc. c Ley 24.946: Ley Orgánica del Ministerio Publico

también carácter representativo para suplir por tanto subsidiariamente, la omisa actuación de los representantes legales individuales (párr.11)

Como consecuencia de lo dicho, pueden acordarse ciertas cuestiones en cuanto a la actuación del ministerio pupilar y la participación del menor en el procedimiento bajo la órbita del paradigma de la situación irregular:

- La creación del ministerio pupilar respondió a la idea de “protección” requerida por la condición de incapaz del menor.

- El Estado era el encargado de llevar a cabo ésta función.

- El ministerio pupilar debía controlar la adecuación del procedimiento a derecho, aún cuando su accionar fuera contrario a los designios del menor o de sus representantes.

- El menor era representado promiscuamente por el Ministerio Público.

- En caso de ausencia o inacción de los representantes legales, el Ministerio Público podía actuar de manera autónoma.

- El menor no intervenía en el procedimiento por derecho propio, sino a través de sus representantes legales.

- La voluntad del menor no era tomada en cuenta en el procedimiento. Sus representantes y el ministerio pupilar se encargaban de proteger sus derechos.

#### **4.2. Similitudes y diferencias**

Tal como se desprende de esta tesis, los paradigmas antes descriptos otorgan a los menores diferentes formas de participar en los procesos judiciales o administrativos en los que se ventilen cuestiones que les incumben.

Si analizamos el paradigma de la situación irregular, la participación activa del menor en el procedimiento era prácticamente nula. Requería en primer término de sus representantes legales, quienes eran los encargados de llevar adelante sus pretensiones en un asunto judicial. Posteriormente y de manera conjunta con ellos, actuaba el ministerio pupilar para controlar que no se violaran sus derechos involucrados. Pero la ley, no le daba espacio al menor para emitir su opinión o para ser oído.

Por el contrario, el nuevo paradigma de la protección integral ha dotado a los niños, niñas y adolescentes de la posibilidad de ejercer sus derechos sin la representación de un

adulto. Tienen la aptitud de hacerse escuchar, de emitir sus opiniones y hacer cumplir sus derechos. A través de la ley, se los otorga respeto y se les da valor como seres humanos.

En este paradigma, los niños, niñas y adolescentes ya no se encuentran solos en la tarea de hacer valer sus derechos, cuentan con un nuevo actor, al que la doctrina ha llamado el abogado del niño.

Es quien le da voz al niño y lo asiste jurídicamente. No interviene como una parte autónoma en el proceso, lo hace acompañando a los niños, niñas y adolescentes. Es por ello que la figura del abogado del niño es la figura más importante del nuevo paradigma y es la ley 26.061 la que determina el marco de actuación de esta institución indispensable.

Sin embargo, a diferencia de lo que podría pensarse, la institución del ministerio pupilar<sup>62</sup>, no ha sido derogada. Pero si ha sido modificado su alcance, el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>63</sup> establece que la actuación del Ministerio Público, dentro del ámbito judicial, puede ser complementaria o principal. Va a ser complementaria siempre que se involucren intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida.

Además, ya no se considera al Ministerio Público como parte legítima y esencial en los asuntos judiciales o extrajudiciales en los que se involucren derechos de los incapaces. Incluso, la falta de intervención del organismo implica la nulidad relativa del acto, alejándose de lo establecido por el art. 59 del Código Civil de la Nación.

---

<sup>62</sup> El CCyC ha modificado la denominación de la institución por la de Ministerio Público.

<sup>63</sup> Art. 103 CCyC: 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.

a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b. Es principal: i. cuando 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; iii. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

Que la nulidad sea relativa, significa que posteriormente el acto puede ser confirmado. Por lo que nada obstaría a que el Ministerio Público confirme lo realizado por las partes en un asunto de su competencia en el que no hubiere intervenido oportunamente, siempre y cuando no se afecten derechos de las personas menores de edad, los incapaces o personas con capacidad restringida. Así lo afirman los redactores del Código Civil y Comercial de la Nación de la Nación Comentado (Herrera, et al. 2015):

En el caso de que el Ministerio Público tome conocimiento posterior de la realización de determinados actos sin su debida intervención, deberá invocar la nulidad de lo actuado, siempre y cuando el acto haya sido en detrimento de los intereses de la persona que se busca proteger y lo perjudiquen. Por el contrario, si las actuaciones hubiesen sido favorables a los intereses de dicha persona, no cabe oponer la nulidad de lo actuado, ya que la finalidad de la nulidad es proteger al representado y, en este caso, no se lo ha perjudicado (p.218).

En cuanto a la actuación principal dentro de un asunto judicial, va a ser posible en casos de inacción, carencia o controversia con los representantes. Situaciones que no distan de lo establecido por el Código Civil de la Nación derogado y la ley 24.946.

Por último, respecto a la actuación del Ministerio Público en asuntos extrajudiciales, deben concurrir dos presupuestos: *debe estarse ante un caso de ausencia, carencia o inacción de los representantes legales; y deben encontrarse comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los niños, niñas y adolescentes, las personas incapaces y con capacidad restringida* (Herrera, et al. p.219)

Entonces, los niños, niñas y adolescentes gozan de una *doble representación como garantía de protección para las personas que lo necesitan. La primera corresponde a los progenitores, tutores, guardadores, curadores, o apoyos para la toma de decisiones con facultad representativa. La segunda representación es la del Ministerio Público, ya sea “principal” o “complementaria”, según el caso, enmarcada en un proceso judicial* (p.219).

A la que debemos agregarle, la asistencia técnica del menor por parte de su abogado de confianza, especializado en niñez y adolescencia (abogado del niño), quien llevará adelante sus pretensiones dentro del procedimiento judicial o administrativo.

Es así que, como dice Rodríguez (2011), estos tres actores, que a simple vista pueden resultar similares en cuanto a sus funciones, logran diferenciarse y definirse. Mientras

los representantes legales acompañan a los niños, niñas y adolescentes en el goce de todos los derechos a su alcance; el Ministerio Público es el encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses del niño, niña y adolescente; por su parte, el abogado del niño, es quien asiste técnicamente al menor y tiene la tarea de defender los intereses particulares de un conflicto. Estos tres actores deberán velar por el efectivo cumplimiento del principio del interés superior del niño.

Mientras el Ministerio Público representa, es deber del abogado “asistir”. Tal como lo expresa la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en R., J.M.; M.A.; G.N; C.S.L; V.M. s/protección de persona:

El ministerio pupilar es defensor, por mandato constitucional y legal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la medida de su indisponibilidad, sin confundirse con la defensa técnica, que en el marco de un proceso –como el sub lite- realiza el propio niño por sí con su abogado a quien se le asigna, de acuerdo a lo que dispone el art. 27 de la Ley 26.061 la defensa de los intereses particulares en un conflicto y prestan su consentimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a sus clientes.<sup>64</sup>

Al lograr diferenciar estas tres instituciones, el siguiente paso, es establecer los alcances y los requisitos de la novedosa figura del abogado del niño.

### **4.3. Alcances y requisitos del abogado del niño**

La figura del abogado del niño se desprende de lo estipulado por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto allí se afirma que los niños deberán ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecten, ya sea directamente o por medio de un representante o a través de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley local.<sup>65</sup>

Es así que la Argentina al adecuar su legislación a lo establecido por la Convención, regula la figura del abogado del niño en el art 27 de la ley 26.061, el cual establece que el Estado debe garantizar a los niños, niñas y adolescentes el derecho: *c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio*

---

<sup>64</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en R., J.M.; M.A.; G.N; C.S.L; V.M. s/protección de persona

<sup>65</sup> Art. 12, CDN

*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*<sup>66</sup>

La ley parte de considerar que es el Estado quien debe garantizar la adecuada participación de los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento. Como surge de la introducción al Código Civil y Comercial de la Nación, la igualdad propiciada por el Código – respaldado por diversos tratados internacionales- es la igualdad real. Esto significa que, frente a distintas situaciones debe actuarse de diferentes maneras, para lograr un resultado único: no podemos tratar a los niños como adultos.

Y es por eso que, aún dentro del proceso judicial, debemos realizar una serie de consideraciones especiales para lograr asistir al menor de una manera adecuada, y poder cumplir, de este modo, con todos los derechos establecidos para este grupo etario.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en este sentido en la opinión consultiva OC-17/2002 que: *"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 (...)"* (párr. 96).

Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan (2015) comentan que los niños, niñas y adolescentes tienen dos derechos fundamentales en cuanto a la intervención en el proceso con asistencia letrada: primero, el derecho a la defensa técnica idónea –lo que implica que el abogado debe ser preferentemente especializado en niñez y adolescencia- y por otro lado, el derecho a que ese abogado sea de confianza del niño.

Y continúan diciendo que, en cuanto a los supuestos en los que debe designarse un abogado al niño, expresan que existen tres posturas al respecto: la primera, establece que siempre que en el proceso estén en juego derechos de los niños, niñas y adolescentes, debe actuar un abogado de confianza. Una segunda postura, toma en consideración la edad del menor, exigiendo el discernimiento para los actos lícitos y por último, una postura intermedia que tiene en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, niña y adolescente.

El Código Civil y Comercial de la Nación se inclinó por una postura flexible. La regla es que los adolescentes se encuentran capacitados para intervenir por sí y con

---

<sup>66</sup> Art. 27, inc. "c"- Ley 26.061

asistencia letrada en el proceso judicial. Y luego, para ciertas situaciones, aquellos menores (los menores de 13 años) que cuenten con edad y grado de madurez suficientes, también están capacitados para hacerlo, esta decisión deberá ser tomada por el juez. El magistrado deberá justificar su decisión en cualquier caso.

En cuanto a la especialización del abogado del niño, el Decreto Reglamentario 415/06 en la segunda parte de su art. 27 establece: *Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.*<sup>67</sup>

La ley se limita a exigirle a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adopten las medidas necesarias para que existan servicios jurídicos que garanticen el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes. Pero no fija pautas en cuanto a la manera en la que se llevará a cabo la elección del profesional.

Se entiende en principio, que éste no podrá ser elegido por los representantes legales del menor, ni abonado por ellos. Estas situaciones llevarían a quitarle la autonomía necesaria al abogado del niño, ya que implicarían una clara sujeción del profesional hacia los intereses de los mayores, dejando de lado, uno de los aspectos primordiales de su función: la defensa de los intereses particulares del niño, niña y adolescente. Al respecto Romano (2016) comenta lo siguiente:

El AN es particular, y sin embargo cumple una función de obligación pública, tiene por cliente a la justicia.

Y sin perjuicio de estar excluido de toda dependencia administrativa debe percibir honorarios por el Estado. Debe ser parte de una partida pública. Y tener la garantía de la responsabilidad de los diferentes gobiernos detrás del cometido de la defensa (p. 27).

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul esclarece: *Los honorarios profesionales regulados en el marco de la medida de abrigo son, en su totalidad, a*

---

<sup>67</sup> Art. 27- Decreto Reglamentario 415/06

*cargo del Estado provincial, atendiendo a que el proceso ha sido promovido de oficio por el Estado en virtud de resultar la intervención de la justicia necesaria (...).*<sup>68</sup>

En cuanto a la posibilidad de que el niño, niña y adolescente elija a su abogado de confianza, existen controversias, ¿debe el menor elegir un abogado de un listado oficial de profesionales o puede ser asistido por un abogado, que sin ser especializado, le otorgue la confianza y la escucha necesarias?

Chaves Luna (2015) manifiesta al comentar el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B. Partes K.A y otro c/ K.S:

La Cámara entiende que solo podrá ser abogado del niño el que esté en un listado, perteneciente a las organizaciones o colegios con los que la CDN convenía, lo cual evidencia total desconocimiento de la operatoria de esta reglamentación y además vulnera el derecho del niño a elegir a su abogado de confianza. Es atinada la doctrina en cuanto supone que no se puede brindar a los niños, niñas y adolescentes abogados al antojo de sus padres pero este concepto aniquila la facultad del niño, niña y adolescente de elegirlo (p. 73).

Por lo tanto, lo indicado sería que existan abogados especializados en niñez y adolescencia, que sean gratuitos para el niño. Pero que también, los niños, niñas y adolescentes pueden ser capaces de llevar a su abogado de confianza al procedimiento y que éste se ajuste a los mismos estándares respecto a la gratuidad. Y esto es así, porque se debe insistir en la confianza entre los niños, niñas y adolescentes y su abogado.

En cuanto a los deberes del abogado del niño para con su defendido, Carlos Romano (2016) realiza una excelente interpretación al respecto:

En deber de lealtad hacia su defendido (el abogado del niño) debe alejarse de toda forma de paternalismo, y atendiendo en la escucha capacitada interpreta las instrucciones de su interés superior. Debe actuar con especial observancia de su deber de confidencialidad. El niño tiene derecho a entrevistarse personalmente con su abogado, y éste debe informar al niño de todo cuanto suceda en el proceso e instruirlo de los distintos mecanismos y elementos a mano para una decisión, y para que sus instrucciones sean mejor atendidas (p.137).

De lo dicho se desprende que, la obligación de proveer un abogado de confianza a los niños, niñas y adolescentes que cuente con edad y grado de madurez suficiente para ser parte en un procedimiento judicial o administrativo corresponde al Estado.

---

<sup>68</sup> Fallo: K. E. s/ abrigo. Año 2017.

Ahora bien, ¿qué puede decirse respecto a la función del abogado del niño? ¿Cómo se ejerce la tutela efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

#### **4.4. La tutela efectiva a la luz del principio del interés superior**

Carlos Romano (2016) define la tarea del abogado del niño como “tutela de acompañamiento” y dice al respecto: *“este abogado debe asistir constantemente a la dignidad de la persona del niño antes y adelantarla como génesis de sus derechos. La defensa técnica se alienta desde el origen de los derechos”* (p. 29).

Es importante considerar que, como se dijo anteriormente, los derechos de los niños, niñas y adolescentes no se encuentran aislados en el ordenamiento jurídico. Muy por el contrario, deben ser analizados e interpretados en conjunto, en especial consideración por los sujetos involucrados y bajo la órbita del principio del interés superior del niño.

El abogado del niño es la institución a través de la cual se canalizan todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente dentro del proceso. Es la figura que representa la “nueva capacidad” de los menores, esa facultad para “hablar” y participar dentro del proceso.

No es un simple abogado, porque no realiza la misma tarea que sus colegas, tiene que ser capaz de interpretar a un niño y poner en palabras sus necesidades y sobretodo acompañar al menor en la difícil tarea de tutelar sus derechos (Romano 2016)

Y es por eso, que la ley establece que debe ser un profesional especializado, no solo en cuanto a las leyes, sino también, respecto a su acercamiento al niño, que sea capaz de transmitir la confianza necesaria para que el niño sea capaz de emitir su opinión, es que *cuando a un niño se lo escucha se lo está reconociendo* (Romano 2016, p. 136). Como afirma Romano (2016), lo que se requiere es que el abogado se “involucre” a favor del niño, que ese sea el fundamento de su función dentro del procedimiento y no limitarse al conocimiento técnico de la ley.

No puede pensarse el principio del interés superior del niño, sin una herramienta efectiva para lograr su cumplimiento. El abogado del niño es el encargado de orientar las inquietudes y necesidades de los niños, niñas y adolescentes, darlas a conocer y defenderlas. Es el encargado del acompañamiento y la escucha constante al niño. Es quién garantiza sus derechos. Sobre lo dicho, Gil Domínguez, Fama y Herrera citado por Rodríguez, 2011, comentan:

(...) El abogado es un personaje ligado al principio de la capacidad progresiva que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso, así, el abogado no sustituye su voluntad, la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada, como podría ocurrir con cualquier adulto ( p. 73).

Si bien el principio del interés superior del niño, ya fue comentado en este trabajo es importante preguntarse ¿cuál es el sentido del principio del interés superior? A propósito Cillero Bruñol (1999) comenta lo siguiente:

(La Convención) formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente (p.55).

Entonces, lo primero que debe considerarse es que, al hablar del principio del interés superior, en realidad se debe entender a éste como una garantía. Se garantiza a través de él, el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y, por supuesto, por todo el ordenamiento jurídico argentino.

Este principio-garantía debe considerarse compulsivo para el juez, quien deberá fallar considerando a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en forma conjunta, es decir pensados como un sistema de derechos.

Lo importante para el juez, es decidir teniendo en consideración el mayor beneficio para el menor involucrado. Lo que no significa que la voluntad del niños, niñas y adolescentes tenga que ser cumplida en todas las ocasiones, sino que al momento de resolver un problema se priorice el interés superior del menor por sobre el de los adultos. Y el interés del menor, no siempre se manifiesta adecuadamente a través de sus palabras. Esta es una consideración que la Corte Suprema de Justicia de la Nación realiza en el fallo “N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas” del año 2012:

La atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, lo que proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la

decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. Frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño.

Cuando se piensa en el interés superior del niño, es importante destacar que éste no implica que se deba actuar conforme la voluntad del niño. Si bien su voz es indispensable en el proceso, muchas veces la influencia del entorno, no le permite ver con claridad sus necesidades y es inevitable, que se contraríe su voluntad en post de priorizar su interés superior. En el fallo “T. R. E. y otros c/ B. C. R. s/ autorización” se aprecia con claridad que el interés superior del niño es el punto de partida para garantizar sus derechos:

Escuchar al niño o adolescente no significa hacer lo que él verbalice, sino aquello que contemple de mejor manera su interés superior, máxime cuando como en el caso las palabras de los menores involucrados, quienes manifestaron no querer tener contacto con la madre demandada, no estarían transmitiendo su propia opinión sino la de uno de sus progenitores, de modo que no debe incurrirse en el error de identificar en todas las situaciones las peticiones o supuestos deseos que emita el joven con su verdadero interés.

Lo importante respecto al interés superior del niño, es que éste tiene que ser el punto de partida de todas las decisiones que se tomen respecto de la vida del niño. La incorporación de la figura del abogado del niño viene a garantizar que se dé cumplimiento a la actual legislación al tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes considerados a la luz del principio del interés superior.

Es decir, el principio del interés superior es el principio rector de la materia en este tiempo, es decir dentro del paradigma de la protección integral. Es aquel que conjuga los derechos consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y compele a su cumplimiento.

Es importante destacar, que en esta novedosa legislación se incorpora una figura de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: un abogado especializado en niñez y adolescencia, que la doctrina denomina abogado del niño.

Este abogado, forma parte del principio del interés superior, pues es la herramienta que la Convención otorga al niño para hacer valer sus derechos y por lo tanto, garantizar el cumplimiento del principio en cuestión.

Su función dista de ser similar a la de los representantes legales del menor o a la del Ministerio Público. Al contrario y tal como afirma Romano (2016): (...) *cabrá*

*interpretar la real función del AN, entendiendo la asistencia como tutela de acompañamiento, y no como salvaguarda, o como gestión de reemplazo (p.28).*

El abogado del niño asiste al menor, por su parte el Ministerio Público salvaguarda sus derechos y sus representantes legales, son los que en ocasiones reemplazan a la persona del niño a través de la representación.

A lo que se refiere Romano es que la función del abogado del niño es acompañar los niños, niñas y adolescentes con todas las herramientas jurídicas que posee, dándole la capacidad de expresarse dentro del proceso para lograr que se resuelva conforme principio del interés superior del niño.

Por lo que los niños, niñas y adolescentes encuentran una herramienta efectiva para tutelar sus derechos a través del acompañamiento que realiza el abogado del niño, que será el encargado de llevar su voz en todas las cuestiones que lo afecten.

### **Conclusiones**

Los paradigmas estudiados representan dos maneras diferentes de proteger los derechos de los menores. En el paradigma de la situación irregular, al ser el niño considerado como objeto de protección, la función del defensor de menores se orientaba principalmente a verificar la correcta aplicación de la ley. Si esto se lograba, los derechos de los menores se encontraban salvaguardados sin importar los deseos reales de los involucrados.

Por su parte, bajo la órbita de la doctrina de la protección integral, se les otorga a los niños, niñas y adolescentes la potestad de participar activamente en un asunto judicial o administrativo en el que se ventilen sus derechos.

Para la protección de sus derechos, la ley instituye a tres actores: por un lado, sus representantes legales, quienes son los primeros obligados por la ley para velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por otro lado, se encuentra el Ministerio Público quien actuará en forma principal o complementaria para salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro y fuera del ámbito judicial. Y por último, la novedosa figura del nuevo paradigma, el abogado del niño, quien será el encargado de acompañar y asistir técnicamente niño, niña y adolescente.

El accionar de estos tres actores debe dirigirse a dar cumplimiento efectivo al principio del interés superior del niño, es decir es el principio que garantiza la vigencia de los demás derechos establecidos en todo el ordenamiento jurídico.

Si bien cada uno de ellos actúa bajo diferentes motivaciones, deben considerarse complementarios. El sistema permite que ante la ausencia de uno de ellos, otro pueda suplirlo y así se evita que puedan afectarse los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Entre ellos, es el abogado del niño quien se perfila como el medio necesario para que no se conculquen los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un procedimiento judicial o administrativo en el que se ventilen cuestiones que involucren a los menores. Y será esta novedosa figura, la encargada de acompañar al niño y ser su voz y sobretodo, garantizar el cumplimiento del principio del interés superior.

*La defensa técnica se alienta desde el origen de los derechos* (Romano, 2016, p. 29). Esta institución será la encargada de lograr la tutela efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes bajo la estricta influencia del principio del interés superior del niño.

## CONCLUSIONES FINALES

Un paradigma es un modelo de interpretación o pensamiento que rige a una determinada disciplina o grupo de disciplinas en un momento concreto. En el derecho, el cambio de un paradigma por otro, se ve reflejado en las diferentes leyes que rigen la materia. La creación de las leyes corresponde a factores culturales, morales y sociales.

Respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el ordenamiento jurídico argentino se aprecian dos etapas: el paradigma de la situación irregular y el paradigma de la protección integral. Cada uno de ellos, responde a las demandas de la sociedad respecto de la protección de la infancia de maneras opuestas.

Si bien el cambio de un paradigma por otro es un proceso gradual, puede considerarse que el punto de inflexión entre el paradigma de la situación irregular y el de la protección integral, se encuentra en la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño por la ONU en el año 1989.

La culminación del proceso de reemplazo de un paradigma por otro en el derecho argentino, ocurre en el año 2015 con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que se caracteriza por impulsar la constitucionalización del derecho privado.

Por su parte, el paradigma de la situación irregular se caracterizó por considerar a los menores de edad como objetos que requerían protección, definiéndolos de manera negativa por aquello que no saben, no tienen o no son capaces.

Las decisiones que los menores tomaran en cuanto a su persona, estaban limitadas por su incapacidad. Quienes estaban en mejor posición para decidir por ellos eran, en principio, sus representantes legales (aquellos que ejercían la patria potestad: padres, tutores, curadores) y cuando éstos faltaban o fallaban a sus deberes, quien debía

resguardarlos era el Estado. En cuanto a las herramientas con las que contaban los menores en esta etapa, sus representantes legales eran los encargados de llevar adelante su pretensión y el ministerio pupilar (ministerio de menores o defensor de menores) de controlar que esa pretensión sea ajustada a derecho y que se cumplieran correctamente todas las etapas procesales. La incapacidad del menor hacía imposible su participación activa en los procesos en los que se ventilaban cuestiones de su incumbencia.

La creación del ministerio pupilar respondió a una necesidad de protección de los menores e incapaces. El ministerio pupilar era quien ejercía la representación promiscua de los menores, lo que significaba el control por parte del Estado de la adecuación del procedimiento y la resolución del juez en concordancia con el ordenamiento jurídico vigente sin hacer referencia a la voluntad y a las necesidades del sujeto involucrado.

La representación promiscua se ejercía en forma conjunta y por lo tanto, la actuación de los representantes del menor, no era excluida por la del ministerio pupilar, ni a la inversa. Debían entenderse complementarias. La ausencia del ministerio pupilar en el proceso, lo tornaba nulo.

Por otro lado, el paradigma de la protección integral describe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, con capacidad progresiva para participar en los asuntos que los involucran y resguardados por el principio del interés superior del niño.

Este principio debe entenderse como una garantía que asegura el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y, por supuesto, por todo el ordenamiento jurídico argentino. Es decir que, ante una situación conflictiva siempre se tendrá que resolver considerando la solución que mejor responda a los derechos y necesidades del menor de edad involucrado.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño es un punto neurálgico en el traspaso de un paradigma a otro, ya que en él comienza a tratarse al niño, niña y adolescente como un sujeto, capaz de pensar, de razonar y de expresar sus necesidades.

La participación activa del niño en el proceso, es uno de los derechos otorgados por la Convención. Ya no se podrá dejar de lado el requerimiento del niño, siempre que éste cuente con edad y grado de madurez suficiente, deberá ser escuchado en todos los

asuntos que le competan e incluso, dentro de un procedimiento judicial o administrativo.

La herramienta pensada para salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en esta nueva etapa, es el abogado del niño. Participa activamente en el proceso, como asesor técnico de los menores. Su función es canalizar las intenciones del niño y exponerlas en el juicio para hacer valer sus derechos.

Si bien el defensor de menores y el abogado del niño son instituciones de diferentes paradigmas, la figura del defensor de menores no fue derogada, es decir que ambas coexisten en la actualidad. Sin embargo, sus características y sus funciones son diferentes.

El Ministerio Público es el encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses del niño, niña y adolescente; por su parte, el abogado del niño, es quien asiste técnicamente al menor y tiene la tarea de defender los intereses particulares de un conflicto. Mientras el Ministerio Público representa, es deber del abogado “asistir”.

Decir que es deber del abogado “asistir” al niño, niña o adolescente marca una notoria diferencia con el paradigma anterior. Se le da entidad al niño como sujeto pleno de derechos con capacidad para exponer sus necesidades y proteger sus derechos de manera autónoma, es decir, sin la necesidad de contar con un representante legal.

El principio del interés superior del niño, es el punto de partida de todas las decisiones que se tomen respecto de la vida del niño. La incorporación de la figura del abogado del niño viene a garantizar que se dé cumplimiento a la actual legislación al tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes considerados a la luz del principio del interés superior.

Pues el abogado del niño, es una figura pensada para otorgar tutela efectiva a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Acompaña al niño en sus necesidades, debe cumplir con los deberes de lealtad, probidad y buena fe y es imparcial respecto de sus representantes legales y las demás partes del proceso. Lo asiste de la misma manera en la que un abogado, asiste a un adulto.

Sin una figura como ésta, la posibilidad de garantizar los derechos de los niños, se torna dificultosa e invita a la vulneración constante de sus derechos. Es que cuando se otorga un derecho, deben pensarse las herramientas necesarias para que el mismo sea

respetado y que cuando esto no sea posible, deben establecerse los instrumentos necesarios para defenderlo.

El abogado del niño, es capaz de dar cumplimiento a estos requisitos, se trata de un abogado especializado en niñez y adolescencia, capacitado en la comprensión de las necesidades del niño y con las herramientas necesarias para asistirlo dentro de un proceso judicial o administrativo.

Por lo que, a partir de los cambios de paradigma que surgieron con la sanción de la Convención sobre los Derechos de los Niños, se puede afirmar que la manera en la que los derechos de los menores se protegen en la actualidad es más eficaz y se acerca a un mundo más justo, donde pueda garantizarse el principio del interés superior del niño. Y que la figura del abogado del niño, es la herramienta que necesaria para cumplir ese cometido.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

#### *A) Libros*

1. BIDART CAMPOS, GERMAN J. (2008) Compendio de Derecho Constitucional (1º Edición)- Buenos Aires: Ediar
2. BORDA, GUILLERMO (1996) Manual de Derecho Civil-Parte General (18ª Edición actualizada)- Buenos Aires: Emilio Perrot.
3. BOSSERT-ZANNONI (2005) Manual de Derecho de familia (6ª edición actualizada, 1ª reimpresión)- Buenos Aires: Astrea.
4. CHAVES LUNA, LAURA SELENE (2015)- El abogado del Niño (1ª Edición)- Buenos Aires: Tribunales.
5. DANIELI, MARÍA EUGENIA (2012)- Sistemas de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad civil (1ª Edición)- Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
6. FOLLARI, ROBERTO (2000)- Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo. Rosario, Santa Fe: Homo Sapiens Ediciones.
7. HERNANDEZ SAMPIERI, FERNANDEZ COLLADO, BAPTISTA LUCIO (1991) – Metodología de la investigación. (5ª edición)- México: Mc Graw-Hill / Interamericana Editores, S.A. De C.V.
8. HERRERA, CAMELO, PICASSO (2015)- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I (1ª Edición)- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

9. HERRERA, CAMELO, PICASSO (2015)- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II (1ª Edición)- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
10. KUHN, THOMAS (1971)- La estructura de las revoluciones científicas (8º reimpresión)- México: Fondo de Cultura Económica.
11. LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN (1964) Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo I (19ª Actualizada con las nuevas leyes por Patricio Raffo Benegas)- Buenos Aires: Perrot.
12. PALACIO, LINO- Manual de Derecho Procesal Civil (17º Edición)- Buenos Aires: Abeledo Perrot.
13. RIVERA, JULIO CESAR, Instituciones del Derecho Civil Parte General Tomo I
14. RIVERA, MEDINA- (2014) Código Civil y Comercial Comentado Tomo I (1ª Edición)- La Ley.
15. RODRIGUEZ, LAURA- (2011) Infancia y Derechos: Del Patronato al abogado del niño (1º Edición)- Buenos Aires: Eudeba; Fundación Sur Argentina.
16. ROMANO, CARLOS ANTONIO (2016)- El abogado del niño (1ª Edición)- Buenos Aires: Lojuane.
17. SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: Interés Superior del Niño (1ª Edición)- Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

***B) Revistas***

1. LEONARDI, CELESTE. El derecho de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a a propósito de la ley provincial 14.568. [Versión electrónica].Revista Niños, Menores e Infancia (9).
2. UNICEF (1999)- Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes [Versión electrónica] Revista Justicia y Derechos del Niño (1)-
3. UNICEF (2006)- Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes [Versión electrónica] Revista Justicia y derechos del niño (8)-  
<http://old.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>

**OTROS**

### ***A) Artículos De Investigación***

1. ALONSO, SILVINA A.- Derecho del niño a ser oído: ¿derecho irrenunciable o carga procesal?- Recuperado de [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/derecho\\_ni.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/derecho_ni.htm)
2. CAVAGNARO, M. VICTORIA (2009)- La participación de los niños en los procesos que los involucran: una mirada a partir de la mediación familiar- Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-participacion-ninos-procesos-involucran-una-mirada-partir-mediacion-familiar-dacf090007-2009-03/123456789-0abc-defg7000-90fcanirtcod>
3. GARCIA MÉNDEZ, EMILIO - Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencias. Recuperado de: <http://www2.convivencia.edu.uy/web/wp-content/uploads/2013/12/Legislaci%C3%B3n-infanto-juveniles.pdf>
4. GIANTOMASI, F.- El nuevo paradigma en el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes con el advenimiento de la figura del abogado del niño- en Palabras de derecho. Recuperado el 27 de agosto de 2016 de <http://palabrasdelderecho.blogspot.com.ar/2016/08/el-nuevo-paradigma-en-el-acceso-la.html>
5. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA-MOLINA DE JUAN, MARIEL F.- (2015) La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial- Recuperado 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>
6. TESTA, CESAR (11 de abril de 2011) El asesor letrado como representante promiscuo: Legitimación para recurrir- Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110019-testa-asesor\\_letrado\\_como\\_representante.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110019-testa-asesor_letrado_como_representante.htm)

### ***B) Páginas Web Consultadas***

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)
2. MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA: [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar)
3. SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA: [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)
4. UNICEF ARGENTINA: [www.unicef.org/argentina](http://www.unicef.org/argentina)

## JURISPRUDENCIA

### A) Nacional

1. Cam. Apel. Civ. Y Com. Azul. “K. E. s/ abrigo” (2017). Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/07/27/el-estado-provincial-debe-hacerse-cargo-del-pago-de-las-acciones-derivadas-de-la-actuacion-de-los-abogados-patrocinantes-de-los-ninos/>
2. CN Apel. Civ. “W., E. M. C/ O., M. G.” (14/07/1995).
3. CN Apel. Civ., “K.A y otro c/ K.S.” (19/03/2009).
4. CN Apel. Civ. “T. R. E. y otros c/ B. C. R. s/ autorización” (15/12/2014). Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/04/15/medidas-para-restablecer-el-vinculo-materno-filial-a-pesar-de-lo-manifestado-por-los-hijos-de-no-querer-mantener-contacto/>
5. CNCiv, Sala H. “Salinas Diaz, Francisco y otro c/Penna, Marcelo J. s/daños”. Recuperado de <https://ar.vlex.com/vid/salinas-diaz-francisco-marcelo-j-35396474>
6. CNCiv, Sala I. “L., R. v. M. Q., M. G.” – (04/03/2009).
7. CNCiv, Sala C. “T., F.H. c/ A.M., A.M. s/Tenencia de hijos (07-12-11). Recuperado de <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00015/00051054.Pdf>
8. CSJN- Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario. (16/11/2004) Fallos: 327:5095
9. CSJN. G., M.S. c/ J.V., L. s/divorcio vincular - Fallos: 333:2017 (2010).
10. CSJN. M, P., G. M. y P., C. L. s/ protección de persona (27/11/2012).
11. CSJN. M., G. c/ P., C. A. s/ Tenencia de hijos – Fallos M. 394. XLIV (26/6/2012).
12. CSJN. Muller, Jorge s/ denuncia - Fallos: 313:1113 /13/11/1990).
13. CSJN. “N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas” N. 157. XLVI (12/06/2012)
14. CSJN. Páez Balbuena, Rufina y otros c/ Estado Nacional Argentino – Gendarmería Nacional – Ministerio del Interior- Fallos: 324:253 (13/02/2001)
15. CSJN. Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor General del Ejército –Fallos: 333:1152 (06/07/2010)

16. CSJN. Rojo, Luis Cesar s/ Adopción – Fallos: 215:359 (1949).
17. CSJN. S., C. s/ adopción – Fallos: 328:2870 (02/08/2005).
18. Opinión del Asesor de Menores de Cámara, en CNCiv, Sala C, LL, 85-362

***B) Extranjera***

1. Corte I.D.H., Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, (24/02/2012).
2. Observación General No. 13, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14 - Administración de justicia, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154 (1984).
3. Opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos