



# TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

## EL ABOGADO DEL NIÑO

### ANÁLISIS NORMATIVO DE SU APLICABILIDAD

CARRERA: Abogacía

PROFESOR: Sergio Hilton Raponi

NÚMERO DE LEGAJO: VABG 21175

ALUMNA: Norma Raquel Bonillo

**2019**

## **RESUMEN**

La figura del abogado del niño ha sido una consagración de los derechos del niño en nuestro ordenamiento jurídico. Ello de conformidad con los preceptos constitucionales, así como también de lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño, cuyos lineamientos se deben adoptar en nuestro derecho interno.

Asimismo, y si bien la legislación Argentina ha consagrado el interés superior del niño como un parámetro indiscutible de las decisiones que repercutan sobre ellos, la figura del abogado del niño, hasta el momento no se ha terminado de afianzar en el derecho interno. En este sentido, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente respecto de los derechos del niño, niña o adolescente, como así también lo dispuesto por la doctrina y las provincias de nuestro país. Ello, a los fines de responder en qué casos y bajo qué circunstancias resulta procedente el uso de la figura del abogado del niño.

Palabras Claves: Abogado Del Niño – Interés Superior Del Niño – Capacidad Progresiva – Derechos Del Niño

## **ABSTRAC**

The figure of the child's lawyer has been a consecration of the rights of the child in our legal system. This is in accordance with the constitutional precepts, as well as that established by the Convention on the Rights of the Child, whose guidelines must be adopted in our domestic law. Likewise, and although Argentine legislation has enshrined the best interests of the child as an indisputable parameter of the decisions that affect them, the figure of the child's lawyer has not yet been consolidated in domestic law. In this sense, the present research work will analyze the current legislation regarding the rights of the child or adolescent, as well as the provisions of the doctrine and the provinces of our country. This, in order to answer in what cases and under what circumstances it is appropriate to use the figure of the child's lawyer.

**Key Words:** Child Lawyer - Higher Interest Of Child - Progressive Capacity - Rights Of Child.

## Índice

1.1 Antecedentes Históricos.....	10
1.2. Fundamento Constitucional, Convencional y legal del abogado del niño .....	14
1.2.1 Derecho del niño a participar con un representante legal y que su opinión sea tenida en cuenta .....	17
1.2.2 ¿por qué los niños, niñas y adolescentes tendrían que expresar su opinión por medio de un abogado? .....	23
1.3 Relación con el Ministerio Público Tutelar. El Asesor Letrado.....	30
1.4: Otros representantes de los intereses y derechos del niño .....	33
1.4.1 Tutor Ad Hoc o Ad Litem .....	33
1.4.2. Representantes Legales.....	34
1.4.3. El Juez.....	35
<b>CAPÍTULO 2: LA CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....</b>	<b>39</b>
2.1 Definición de la Capacidad progresiva .....	40
2.1.2 El contenido del principio de la capacidad progresiva en la Convención de los Derechos del Niño .....	41
2.2. Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes .....	44
2.4. La determinación de la capacidad progresiva .....	50

CAPÍTULO 3: POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES .....	54
3.1. El derecho del niño a ser escuchado .....	55
3.2. Representación del niño en el proceso .....	67
3.3. Doctrina y jurisprudencia sobre la protección integral del niño .....	55
3.4. El rol del abogado del niño: corrientes restrictivas vs. corrientes amplias .....	71
CAPÍTULO 4: LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO EN LAS PROVINCIAS .....	82
4.1. Provincia de Buenos Aires .....	83
4.2. Provincia de Córdoba.....	85
4.3. Provincia de Santa Fe.....	86
4.4. Provincia de Río Negro.....	89
CONCLUSIONES FINALES .....	93
BIBLIOGRAFÍA .....	96

## INTRODUCCIÓN

Son muchos los preceptos constitucionales que se ven involucrados en la consagración de la figura del abogado del niño. Ello, se evidencia en la correspondiente internalización y recepción de los convenios y tratados internacionales dentro del orden jurídico argentino, plasmado en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.

La nueva mirada hacia los niños como sujetos de derecho reconoce la posibilidad de ejercer por sí sus derechos y, por lo tanto, acudir a las instancias jurisdiccionales en la procura y defensa de sus propios intereses, para lo cual, precisamente pueden solicitar la asistencia de un Abogado del niño.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder si existe correlación entre las disposiciones del Código Civil y Comercial, las normas provinciales y las normas internacionales respecto de la figura del abogado del niño.

El Derecho a la Niñez se encuentra en un auge de producción normativa y teórica que ha impulsado a algunos doctrinarios a definir una nueva rama del Derecho, especializada, dotada de un corpus normativo propio y constitutivo de un campo de conocimiento especial. Dentro de este crecimiento de las elaboraciones legislativas y doctrinarias en este nuevo campo, emerge la figura del abogado del niño, instituto que viene a hacer efectivos los Derechos del Niño a ser oído y representado, conforme los compromisos internacionales que el Estado argentino ha ratificado y convertido en Derecho doméstico.

Como instituto procesal emergente del derecho de defensa, la figura del Abogado del Niño ha logrado su consagración procesal de índole nacional y local, reconociendo sus antecedentes inmediatos en el *commonlaw* y en el Derecho Comunitario vigente en la Unión Europea. En nuestro país, la producción científica en torno a este instituto procesal es más bien reciente, tomando como punto de partida la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al Derecho doméstico y la necesidad de reformas legislativas tendientes a cumplir con los parámetros mínimos incorporados en dicho instrumento internacional.

Así, el objetivo general del presente trabajo consistirá en analizar en qué casos y bajo qué circunstancias resulta procedente el uso de la figura del abogado del niño.

Mientras que los objetivos específicos apuntarán a analizar la relación entre el abogado del niño con el abogado ad litem y el Ministerio Público Pupilar; analizar las reglamentaciones provinciales en la materia para determinar en qué casos y bajo qué supuestos se utiliza la figura del abogado del niño; identificar los principales argumentos a favor del uso y procedencia de esta figura en la jurisprudencia; y, determinar los principales argumentos dados por especialistas en el área respecto al uso de esta figura.

La hipótesis por confirmar o descartar, es que las normativas provinciales deben ser el principal criterio para demarcar fehacientemente cuando corresponde y es procedente el abogado del niño en casos dudosos.

Ahora bien, respecto del tipo de investigación, en el presente trabajo se utilizará la estrategia metodológica cualitativa dado que el tópico que se analizará, esto es, los alcances y efectos que tiene la figura del abogado del niño. Mientras que como tipo de investigación, se utilizará el descriptivo dado que a través de ellos se podrá representar y especificar las características del tópico seleccionado para el análisis.

La observación es una de las técnicas de recolección de datos más utilizadas en la estrategia cualitativa. La misma, es susceptible de ser aplicada a cualquier conducta o situación. A través de la observación se analizarán los diferentes textos que tratan la temática elegida, el análisis de la jurisprudencia, doctrina y legislación que son fundamentales para el abordaje de la investigación. El marco temporal del presente trabajo de investigación abarcará el período que transcurre desde la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará las cuestiones generales sobre el abogado del niño, su definición y vinculación con el Ministerio Público Tutelar. El Capítulo II tratará sobre la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, el principio consagrado en el Código Civil y Comercial, la determinación de la capacidad progresiva y los criterios jurisprudenciales más relevantes sobre la temática analizada.

El Capítulo III tratará sobre las diversas posiciones doctrinarias sobre la representación de los niños, sus derechos durante el proceso y en qué consiste la



capacidad progresiva del niño y cómo se relaciona ello con la doctrina de la protección integral del niño. El Capítulo IV examinará la figura del abogado del niño en las provincias. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

**CAPÍTULO 1: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE  
EL ABOGADO DEL NIÑO**

## **Introducción**

El presente capítulo pretende realizar un análisis sobre el abogado del niño como instituto procesal, entendiéndose este como el derecho de asistencia al niño, conforme su voluntad. En razón de que el abogado debe tener como objetivo principal, velar por la protección y el respeto de sus derechos, en mérito del criterio y la voluntad del niño, sin sustituir su postura, procurando el amparo del infante como orden constitucional.

Por otra parte, la Constitución reconoce los Convenios y Tratados Internacionales que prevén el derecho del niño, también es cierto que el Ministerio Público Tutelar tiene un rol significativo en cuanto a las figuras que tutelan el efectivo ejercicio de estos derechos por parte del menor. En tal sentido se observará además la existencia del Defensor de Niño y Asesores de Menores, como órganos tutelares

También se analiza la Ley 26.061 sobre la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, de acuerdo a las garantías previstas en la Constitución, Convenciones y Tratados Internacionales. Dicha Ley generó el proceso de cambio del sistema anterior, el cual, concebía al niño como objeto de tutela y represión, a considerarlo actualmente como sujeto de derecho, y ser oído. También el CCCN aportó una evolución en esta temática.

### **1.1 Antecedentes Históricos**

La problemática en torno a la minoridad en el año 1880, se encontraba a cargo de diversas instituciones privadas y religiosas, que se ocupaban de los niños en situación de desamparo. Desde luego, para ese entonces el Estado no había desarrollado una política de planificación que regulara la actividad tutelar a favor de ellos. Pero con la llegada de la inmigración, el creciente aumento de la pobreza y la cantidad de personas excluidas del mercado de trabajo, se centró la atención de las autoridades en esos incipientes problemas sociales.

De esta manera, instituciones como por ejemplo la familia y la escuela eran consideradas en ese entonces deficientes para controlar aquellos sectores de la sociedad entendidos como “peligrosos”, “marginales”. En base a ello, surgieron por parte de

Estado, la creación de correccionales de menores y de leyes específicas sobre la minoridad para dar una solución a tales consideraciones.

Por otra parte, en el año 1882 se crea el Patronato de la Infancia con extensas facultades para intervenir judicial y extrajudicialmente sobre cualquier cuestión referente a los niños que se hallaren en situación de peligro material y moral. En ese contexto, los Tribunales de Menores fueron la respuesta institucional como parte de un conjunto de cambios entre los que se destacaban el reemplazo de determinadas penas, por medidas discrecionales utilizando la intervención judicial tanto para los niños y adolescentes que cometían delitos como para aquellos que se encontraban en un inminente peligro moral o material.<sup>1</sup>

Bajo este enfoque, en 1919 se sancionó la Ley de Patronato, conocida también como “Ley Agote”, inaugurando de tal manera el desarrollo de las políticas de minoridad que entendían al niño pobre como una amenaza o patología individual y objeto de tutela del Estado, a ser atendido poco a poco por instituciones especializadas para su futuro tratamiento. Así, el modelo de intervención del patronato, interpretado como:

el conjunto de políticas estatales enmarcadas en el paradigma de la doctrina de la situación irregular que considera al niño o adolescente como un “objeto” de tutela por parte del Estado, y utiliza como parámetro las condiciones morales y materiales de la vida privada del niño, se sustenta en un andamiaje institucional basado en el control social estatal.<sup>2</sup>

Este modelo, ha forjado a lo largo del siglo la instauración de macro institutos asistenciales y penales, establecimientos psiquiátricos y comunidades terapéuticas conforme al problema social y al abordaje planteado por los profesionales del sistema.

Ahora bien, considerando el patronato como una política social que debe tener en mira a la población infantil pobre para atenderla, lo cierto es que no se encuentra exenta de los principios que rigieron históricamente al conjunto de éstas, ya que “se

---

<sup>1</sup>Breve análisis de las políticas de Infancia en Argentina, sus paradigmas y la construcción de la nueva ley. Recuperado de [www.casacidn.org.ar](http://www.casacidn.org.ar) el 21/05/2019.

<sup>2</sup>Ídem, cit. 1.

sustenta en esquemas clientelares y asistencialistas, desconociendo los principios universales de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes.”<sup>3</sup>

Este paradigma debió ser dejado de lado como sostén ideológico de las políticas para la niñez en el mismo instante en que nuestro país suscribió en el año 1990 la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en adelante CDN, sin embargo no se logró. Pero es dable destacar que a partir de ese momento adquiere vigencia legal la temática, y fuerza operativa para el derecho interno nacional (Ley 23.849).<sup>4</sup>

*A posteriori*, en el año 1994, con la reforma constitucional de trascendente envergadura, se incorpora la CDN de la mano de otros diez Tratados Internacionales de Derechos Humanos, obteniendo el mismo rango de supremacía jurídica. Es a partir de allí, que se produce lo que se conoce como el proceso de constitucionalización del derecho privado, pues la recepción formal y sustancial de aquellos documentos de Derechos Humanos, generó un cambio rotundo en la visión de todo el sistema legal (Rey Galindo, 2019).

A partir de la constitucionalización del derecho privado, se produce un cambio paradigmático, con dos ejes centrales: 1°) se entiende a la persona como sujeto de derechos y, 2°) el ámbito de protección de la persona excede los sistemas nacionales para instalarse en el ámbito internacional. De esa manera, se puede observar el fracaso de los modelos jurídicos tradicionales que regían en el Siglo XX, en donde situaban al individuo como objeto de derechos y al Estado como garante de la paz social. En este contexto es que, con la revalidación e incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución Nacional, se instaura un cambio fundamental en la materia que protege a los menores, quienes se convierten en sujetos de derechos, dejando en el camino el modelo que los consideraba como simples objetos de tutela (Rey Galindo, 2019).

De ahí, que se forzó al Sistema Reglamentario interno y las normas infraconstitucionales, a su necesaria e inherente reformulación general para poder guardar coherencia con el proceso de “humanización del derecho privado”. Así en el año 2004, el Congreso trabajó en proyectos referidos a la Protección Integral de

---

<sup>3</sup>Ídem, cit. 1.

<sup>4</sup> Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. Sancionada en Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho el 16/10/1990.

Derechos, ante la lamentable amenaza de reproducir la situación imperante a principios de siglo XX. En atención a ello, algunos trabajaban arduamente para darle forma a una normativa que representara los preceptos de nuestra Constitución, mientras que otros grupos preferían discutir la protección integral de los derechos de la infancia dentro de un marco de urgencia que implicaba generar políticas de seguridad sin renunciar al control social de la pobreza. Conforme a ello, se deduce que prevalecía nuevamente la doctrina de la situación irregular sobre el paradigma de los derechos humanos.<sup>5</sup>

Finalmente, el acuerdo logrado entre el Ejecutivo, el Congreso Nacional y las Organizaciones de Derechos Humanos asintió no sólo tratar el tema de la protección integral de derechos que atañe a toda la comunidad, sino que además pudo postergar el debate sobre jóvenes en conflicto con la ley penal en un momento donde se intentaba instalar una versión distinta sobre la doctrina de la situación irregular.

La discusión entre los proyectos de ley trabajados por ambas Cámaras pudo alcanzar este marco conceptual, filosófico e ideológico, respondiendo a concepciones profundas sobre el alcance de la democracia, el respeto hacia la Constitución Nacional y al paradigma de los derechos humanos que ella encarna, puesto que hablar de políticas públicas para la infancia en la Argentina es hablar de la historia del control social para los niñas, niños y adolescentes.

En resumen, la ley votada por los senadores que representa cabalmente al paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño, es sancionada por diputados el 28 de setiembre del 2005 y promulgada por el Poder Ejecutivo (B.O. 30.767) como Ley 26.061<sup>6</sup>, creando de esta manera el tan anhelado Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Con esta herramienta legal se da por alcanzado el deseo de adaptar el derecho interno al derecho internacional y constitucional moderno. Es un texto jurídico que en su art. 27<sup>7</sup> concentra las garantías procesales a favor de la infancia y adolescenciay,

---

<sup>5</sup>Ídem, cit. 1.

<sup>6</sup>Ley N° 26.061. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el 28 de diciembre de 2005. Publicada en B.O. el 21/10/2005.

<sup>7</sup>Art. 27° de la Ley Nacional N° 26.061: “GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales

en consecuencia, confirma el derecho constitucional del niño o niña a ser oído u oída y participar en los procesos judiciales con patrocinio letrado (Rey Galindo, 2019).

Más adelante, en el año 2015, se produce la reforma en materia de Derecho Civil, logrando la unificación en una sola pieza jurídica: el Código Civil y Comercial Común (Ley 26.994). Este Digesto, no solo defiende al niño o la niña como sujeto titular de derechos, sino que agrega explícitamente en su art. 26,<sup>8</sup> la posibilidad de ejercer esos derechos por medio de un abogado de su confianza.

## **1.2. Fundamento Constitucional, Convencional y legal del abogado del niño**

El fundamento constitucional sobre el abogado del niño, reposa en la Constitución de la Nación, de acuerdo a la reforma de la cual fue objeto en el año 1994, por medio de la cual se incorporaron una serie de tratados y convenios internacionales (art. 75, inc. 22)<sup>9</sup>, otorgando de manera directa jerarquía

---

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.”

<sup>8</sup>Art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “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... 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... Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física... Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico... A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

<sup>9</sup> Art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes... La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa

constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, pero además prevé que, mediante un procedimiento especial, otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional. Al suscribirse la Convención de los Derechos del Niño, sancionada en 1989. Siendo reafirmada en el año 2005 con la sanción de la Ley 26.061<sup>10</sup> sobre la Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

A la luz del principio de igualdad establecido en el art. 16<sup>o</sup><sup>11</sup> de la Constitución Nacional, se tutelan los procedimientos judiciales y administrativos en los que se encuentren inmersos niños, niñas y adolescentes. Por ende, los derechos de los niños deben prevalecer ante las normas garantes del debido proceso y atendiendo a los principios de derechos humanos previstos en convenios.

Así, la internacionalización del derecho constitucional argentino implica la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el marco de las normas domésticas del Estado, que implica la globalización del derecho. Aplicándose criterios jurisprudenciales conforme el sistema interamericano, asimismo, conforme los criterios jurídicos previstos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De modo que, a la luz de las normas constitucionales y de los convenios internacionales con rango supra constitucional, reconocidos al efecto, se observa que los niños tienen derecho a una tutela efectiva, sin discriminación. Asimismo, se deberá garantizar a los niños, el derecho a acceder a la justicia, educación, salud, en pro del derecho de cada niño, a través de la administración de justicia

El Estado Argentino asume la responsabilidad de garantizar los derechos reconocidos, y de tomar medidas apropiadas a dicho fin. Entre dichas acciones, se encuentran las llamadas “medidas de acción positiva”, de las cuales se ocupa expresamente el inc. 23 del art. 75 de nuestra constitución nacional, el cual reza:

---

aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara... Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

<sup>10</sup>Ídem, cit. 6.

<sup>11</sup>Art. 16° de la Constitución Nacional Argentina: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”



Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.<sup>12</sup>

Todos los derechos de los niños están recogidos en un tratado internacional que obliga a los gobiernos a cumplirlos: la Convención sobre los Derechos del Niño, es **el tratado más ratificado de la historia** y los 195 Estados que la han ratificado tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño. En este sentido Lapad, Casey y Rodríguez Virgili (2010), manifiestan que:

La incorporación de la CDN a nuestro ordenamiento jurídico, primero mediante su ratificación por ley 23.849, luego con su inclusión en el bloque de constitucionalidad con la reforma de 1994, significó un cambio sustancial en la mirada de la infancia y la adolescencia (p. 67).

Además, los 54 artículos que la componen recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños y **su aplicación es obligación de los gobiernos**, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas. Es aquí justamente que cabe resaltar el artículo 3.1 de la CDN<sup>13</sup>, el cual prevé el interés superior del niño, transformándose en un principio fundamental que será el puntapié principal del presente trabajo, y así

---

<sup>12</sup>Art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina.

<sup>13</sup>Artículo 3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

demostrar que en cada caso particular, el abogado debe tenerlo siempre en cuenta, para así, custodiarlo en todas sus formas.

Al respecto, Lapad Mirta, Casey Maria Ines, Rodriguez Virgili (2010), afirman que los niños y los adolescentes son “reconocidos como sujetos de derechos, son titulares de todos los derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos más un plus de derechos previstos, precisamente por su condición de personas en etapa de crecimiento (p.68).

Tal como lo señala Baratta (2011), la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el artículo 12<sup>14</sup> y otros artículos (considérese, en particular, el artículo 13.1), introduce un gran principio innovador. Según este principio el niño tiene derecho en primer lugar a formarse un juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión, y en tercer lugar a ser escuchado. Esto nunca había sido reconocido de modo implícito, y ahora la autonomía y subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos.

### **1.2.1 Derecho del niño a participar con un representante legal y que su opinión sea tenida en cuenta**

Entre los derechos que se consagran en la CDN a favor del sujeto en minoría de edad, se encuentra el derecho de éste a ser oído, a opinar y a que su voz sea tenida en cuenta por los operadores judiciales. Lo que en términos jurídicos se conoce como “la garantía del debido proceso”, según la letra del art. 8<sup>o15</sup> del Pacto de San José.

---

<sup>14</sup>Art. 12° de la CDN: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño...2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

<sup>15</sup>Art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica: “Garantías Judiciales...1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el

Es así, que el eje central de las garantías procesales a favor de los NNyA se encuentra dentro del marco legal de la CDN, cuyo texto dispone:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.<sup>16</sup>

Como puede observarse, dicha norma citada establece dos derechos básicos de los NNyA: primero, el derecho a ser oído y el derecho a expresarse libremente en todo asunto que le concierne; y, segundo, la aplicación de esa regla, en procesos judiciales en donde el niño o niña se halle involucrado, ello en base al grado y madurez del mismo, y con la posibilidad de que participe por medio de representantes o de un órgano especial, acorde a los sistemas jurídicos internos. Pues, se trata de un derecho humano que goza de jerarquía constitucional, por lo cual debe valorarse como un acto sustancial del proceso, jamás como una mera formalidad no esencial (Rey Galindo, 2019).

Todo ello conforma lo que para los adultos se conoce como «el derecho a un proceso justo y la inviolabilidad de la defensa en juicio», privilegio que se dijo antes,

---

inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas las personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior... 3. a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza... 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos... 5. El proceso penal será público salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

<sup>16</sup>Art. 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

se instituye en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 1969).<sup>17</sup>

Desde el año 2005, con la publicación de la Ley 26 061, se irrumpió un nuevo modelo para abordar los conflictos que involucran a los NNyA y se incorpora la figura del abogado del niño, en su art. 27, el cual dispone:

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

Años más tarde, la misma figura es añadida en el art. 26 del Código Civil y Comercial:

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. La persona menor de edad tiene

---

<sup>17</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.<sup>18</sup>

A partir de los postulados normativos traídos a colación, el primer elemento que se debe valorar, considerar y apreciar, es a una persona menor de edad que detenta la capacidad suficiente para dar su opinión, lo cual constituye un factor determinante para la aplicación de la Ley y, en consecuencia, para motivar las decisiones del juez o jueza. Esto significa que el magistrado toma en cuenta las manifestaciones del niño, niña o adolescente para resolver el caso llevado a sus estrados, despejando y apartando todo tipo de prejuicios infundados, no solo de los y las personas menores de edad, sino de las partes que son adultas de la misma causa. Esta actividad intelectual, opera con otro criterio rector en temas de infancia y adolescencia, que es interés superior del niño.<sup>19</sup>

Desde esta perspectiva, en el marco del Sistema de Protección Integral, parecería casi imposible determinar cuál es el mejor interés de un NNyA en un caso en concreto, sin antes conocer su opinión, convirtiéndose en una regla general en los procedimientos judiciales y donde suelen tomarse decisiones de mucha trascendencia sobre la vida de los infantes (Rey Galindo, 2019).

En este sentido, Juan Rafael Perdomo (2008) concluye que:

Abstenerse ilegítimamente o ilegalmente de oír la opinión de un NNyA en un procedimiento administrativo o judicial comporta una violación de un derecho humano y de un principio garantista

---

<sup>18</sup> Art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>19</sup> Convención de los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

con jerarquía constitucional, lo que acarrea por regla, la nulidad y la reposición de la causa al estado en que se garantice el ejercicio de tal derecho. (p. 34).

En concordancia con ello, Aida Kemelmajer de Carlucci (2012) afirma que el niño es titular de derechos propios, que puede ejercer aún en contra sus padres, porque hoy se le concede al niño un lugar diferente, pero no menos respetable que el del adulto, por lo que, si el menor es sujeto de derechos y no objeto del mismo, es la justicia la que debe aproximar a la realidad lo que prometen las normas constitucionales al menor.

También, es importante resaltar como el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se ha ido nutriendo de esta esencia: el derecho del niño a ser oído. Así, es que lo incorpora en forma expresa en varios de sus artículos al regular sobre la “Persona humana” (Libro Primero “Parte General”, Título I), como ya se mencionó, el art. 26 relativo al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. Este derecho que es consagrado en términos generales para todo proceso judicial, se especifica luego en las “Relaciones de Familia” (Libro Segundo):

a) Apellido: “para el caso especial de que una persona carezca de apellido inscripto, si cuenta con edad y grado de madurez puede solicitar la inscripción del apellido que está usando.”<sup>20</sup>

b) Tutela: “Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente, tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.”<sup>21</sup>

c) Matrimonio: en el supuesto caso de que el matrimonio fuera celebrado mediando algún impedimento de falta de edad legal para contraerlo de alguno o ambos cónyuges (que consiste en tener menos de dieciocho años)<sup>22</sup>, la nulidad relativa del acto matrimonial puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento (es decir, la persona menor de dieciocho años) y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio, debiendo “en este último caso el juez oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez,

---

<sup>20</sup>Art. 66° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>21</sup>Art. 113° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>22</sup>Art. 403° inc. f) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

hacer lugar o no al pedido de nulidad.”<sup>23</sup> De este modo se le reconoce al adolescente el derecho a peticionar la nulidad del acto o a ejercer su derecho de defensa material, en caso de que la acción hubiere sido interpuesta por otro de los legitimados al efecto (Vigo, 2016).

d) Técnicas de reproducción humana asistida: aquí se dispone el derecho que ostentan los niños nacidos con material genético por parte de un tercero a acceder a información no identificadora sobre el donante, es decir, datos médicos, está habilitada a toda persona con edad y grado de madurez.<sup>24</sup>

e) Adopción: en esta materia encontramos varios preceptos que estipulan el derecho a ser oído del niño. En primer lugar, en los principios generales que rigen la adopción se menciona “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>25</sup> En segundo lugar, se prevé que, cuando el adoptante tiene descendientes, estos deben ser oídos por el juez y su opinión debe ser valorada de conformidad con su edad y grado de madurez.<sup>26</sup> En tercer lugar, al delimitarse las pautas mínimas que se deben aplicar a todo procedimiento de adopción, se fijan tres reglas de suma importancia que otorgan al infante garantías inviolables en tanto sujeto con participación activa y autónoma en el proceso. Estas tres reglas son: que el pretense adoptado es parte del proceso y, si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada; que el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; y que el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso.<sup>27</sup> Finalmente, también se establece que adolece de nulidad relativa la adopción obtenida por medio de violación a las disposiciones referidas al derecho del menor a ser oído, cuya legitimación activa se halla en cabeza exclusiva del adoptado.<sup>28</sup>

f) Responsabilidad parental: entre los principios generales por los que se regula la responsabilidad parental se halla el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.<sup>29</sup> Asimismo, al regularse

---

<sup>23</sup> Art. 425° inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>24</sup> Art. 564° inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>25</sup> Art. 595° inc. f) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>26</sup> Art. 598° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>27</sup> Art. 617° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>28</sup> Art. 635° inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>29</sup> Art. 639° inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

sobre el instituto de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, se estipula que “el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo”.<sup>30</sup> Aquí, se consagra que los progenitores deben respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos.<sup>31</sup> También, se incluye como una de las ponderaciones que tiene que realizar el juez para la asignación a un progenitor del cuidado personal del hijo, la necesidad de tener en cuenta “la opinión del hijo”<sup>32</sup>; y por último, en lo referido al plan de parentalidad, se estatuye que “los progenitores deben procurar la participación del hijo”.<sup>33</sup>

g) Procesos de familia: en este peldaño, se fijan pautas procedimentales mínimas para todo el país, vinculándose una de ellas específicamente con el rol activo y la protección del derecho a ser oído de los menores de edad en todos los procesos que los afecten, lo cual quedó plasmado de la siguiente manera: “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.”<sup>34</sup>

### **1.2.2 ¿por qué los niños, niñas y adolescentes tendrían que expresar su opinión por medio de un abogado?**

La respuesta viene no solo de los preceptos citados con anterioridad, sino, además de las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (2008), las que fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana<sup>35</sup> en donde se establecen las pautas para el paso a la justicia de los individuos que atraviesan circunstancias vulnerables. En dicho documento internacional, un NNyA es una persona vulnerable:

Siempre que se consideran en condiciones de vulnerabilidad toda persona que, por razones de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales,

---

<sup>30</sup> Art. 643° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>31</sup> Art. 646° inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>32</sup> Art. 653° inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>33</sup> Art. 655° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>34</sup> Art. 707° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>35</sup> Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.



económicas étnicas, y/o culturales, se encuentran en especiales dificultades para ejercitar con total plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.<sup>36</sup>

Las reglas 64 y 65 de dicho documento internacional establecen la necesidad de la asistencia técnica antes y durante el acto judicial:

Previa a la celebración del acto: Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

Durante el acto judicial: Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.<sup>37</sup>

Según las normas citadas, un NNyA tiene derecho a participar activamente de los asuntos judiciales que los involucre, y tiene derecho a elegir un abogado, ya que sus intereses pueden coincidir o no con el de sus progenitores. Conforme a esta interpretación, Evangelina Suárez (2017), afirma que:

el abogado del niño tiene a su cargo su defensa técnica, entendida como la posibilidad de designar un letrado de su confianza o de recibir asistencia técnica de oficio, para lo cual debe interpretar los deseos y aspiraciones del menor y obrar en consecuencia. Este abogado tiene a su cargo el patrocinio de intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad. (p. 3)

Para ir concluyendo, Rey Galindo (2019), nos dice que el abogado del niño o niña, viene a darle la voz en un proceso donde generalmente solo se escuchan las

---

<sup>36</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

<sup>37</sup> Regla 64 y 65 de las XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia (2008).

perspectivas adultas, pero por medio de éste, exige que se garantice la total vigencia de sus derechos en cualquier proceso donde ellos intervengan, independientemente del patrocinio letrado con el que cuenten sus propios padres y/o terceros intervinientes.

#### **1.2.2.1 El abogado del niño como instituto procesal.**

La defensa de los niños, niñas y adolescentes es deber del Estado en mérito de garantizar el interés público, la tutela judicial, efectiva y el debido proceso en procedimientos en que se encuentren incursos los intereses del niño. En concordancia con los Convenios Internacionales de derechos humanos, en especial sobre los derechos del niño, que han sido reconocidos por el Estado Argentino.

El Estado está en la obligación de garantizar a los niños el acceso a la justicia, a través de figuras jurídicas dispuestas en la normativa especial. En tal sentido, cobran fuerza las figuras procesales de representación en juicio, como la del abogado del niño,

El abogado del niño y el asesor de menores de edad forman parte de ese diseño institucional no claramente definido; pero al mismo se le debe sumar las figuras del tutor ad hoc ad litem, la representación legal o parental y el mismo juez.

El patrocinio del abogado del niño implica proporcionarle asistencia técnica al menor, de tal manera que se desempeñe en el proceso por sí mismo, sin que ello implique que sea sustituida su voluntad. Es preciso destacar que, conforme la garantía constitucional, se encuentra el derecho a ser oído, por lo cual, dicho derecho adquiere eficacia a través de la asistencia técnica jurídica aportada.

De modo que, esta defensa técnica actúa como transporte a los fines de incluir en el proceso las manifestaciones de voluntad del niño conforme los requisitos técnicos exigidos por la ley. Permitiendo, de esta manera su valoración y garantizando el derecho constitucional a ser oído, en mérito del derecho a la defensa, habida cuenta que las resoluciones que se dictan influyen en la formación del niño.

Es importante mencionar que el abogado del niño debe ser preferiblemente un abogado especializado, que posea la preparación adecuada para el ejercicio de dicho rol y que articule las manifestaciones de voluntad del niño., siendo imprescindible escuchar al niño, sobre el régimen de visitas, filiación, violencia familiar, entre otros.

Es preciso destacar, que los niños menores de 14 años de edad, se les considera impúberes o incapaces absolutos, lo que significa que no pueden obrar en actos jurídicos por sí mismos, motivo por el cual necesitan de la asistencia del abogado especializado en el área infantil. Sí bien es cierto que los niños se encuentran representados por sus padres, también es necesario garantizar la tutela judicial efectiva.

En lo referente a la tutela de los derechos del niño, la misma implica no solo la protección de los derechos y deberes del infante, sino que se debe tomar en cuenta el núcleo familiar y el entorno social del mismo. Por cuanto los actores que integran el entorno del niño son responsables en su crianza y desarrollo, a la luz de normas jurídicas se reglamenta su bienestar integral.

Resulta pertinente destacar que el reconocimiento del niño, no implica la omisión de la patria potestad, ya que, lo que se pretende es tomar en cuenta al niño como un sujeto de derecho en mérito de los principios de igualdad y protección legal, sin discriminación. Habida cuenta que, el Estado al adherirse a normas internacionales, se obliga a la aplicación de una tutela judicial y administrativa.

... entendemos que el interés social y la justa aplicación de la ley por la que debe velar el MPT (según Ley Orgánica del Ministerio Público 1903) son el respeto y cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes y personas afectadas en su salud mental, por ser un órgano específico destinado a brindarles mayor resguardo estatal. De esta forma, la vigencia del MPT se sostiene en el interés público de la sociedad de garantizar la protección de los sectores más vulnerables, es decir, en el interés social de que se respeten y apliquen los mandatos constitucionales vinculados a los derechos y garantías de las personas menores de edad y los considerados incapaces en general. (Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Buenos Aires, 2010, p.11)

Por tales razones, el Estado está en la obligación de brindar garantías especiales a los niños, encontrándose en fase de crecimiento psicológico, físico y emocional, debido a que no es equiparable al razonamiento, madurez y discernimiento

de un adulto. Por ende, la función del abogado del niño se establece en miras de velar por su interés superior, y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

El instituto procesal se refiere a los procedimientos que se llevan a cabo en los organismos administrativos y judiciales que dispone el Estado para el ejercicio de la protección y el cumplimiento de los derechos del niño, que pudiera estar comprometido en su seno familiar. Por lo tanto, la intervención del abogado durante el procedimiento, es que se respete la condición y bienestar de niñas, niños y adolescentes.

Las garantías procesales están orientadas a un desarrollo armónico individual del niño al tener un impacto colectivo, por constituir las bases de las próximas generaciones, que finalmente influye en la paz colectiva y la sana sustentabilidad de la nación. Igualmente, la tutela de los intereses del niño está especialmente vinculada a la observancia de los procesos penales, en que se encuentre involucrado.

Vale insistir en el contenido dispuesto en la CDN sobre el efectivo amparo en las etapas del proceso en que se encuentre incurso un menor de edad, con especial atención al área penal. Por cuanto, los procesos penales configuran los hechos más controvertidos, por constituir delitos, y siendo que la Ley 22.278<sup>38</sup> dispuso que el Juez podía resolver penas de reclusión.

Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente... de los estudios realizados... el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.<sup>39</sup>

De acuerdo a lo anterior, se observa que la función del abogado en el curso de las actuaciones procesales deberá estar encausada a tutelar los principios dispuestos en las normas internacionales, dirigido a la protección del menor de edad y evitándose una pena privativa de reclusión. Por cuanto, se pretende es un tratamiento correctivo al niño, en base a criterios internacionales de orden vinculante.

---

<sup>38</sup> Ley N° 22.278 del Régimen penal de la minoridad. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el 25 de agosto de 1980.

<sup>39</sup> Art. 2º de la Ley Nacional N° 22.278.

En este orden de ideas, ante un conflicto de carácter penal el abogado defensor y garante del ejercicio eficaz de las instituciones del Estado en beneficio del niño, en aras del respeto de sus prerrogativas, deberá invocar las consideraciones dispuestas en la Ley 26.061. En mérito de la práctica responsable en la protección integral de niños, siendo que reúne los criterios internacionales.

Adicionalmente, durante el proceso se deberá acatar los principios generales propios del régimen constitucional que es aplicable a los adultos, tales como, el principio de juez natural, debido proceso, tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, entre otros, los cuales son de talante universal. Siempre y cuando, se hagan las distinciones y prerrogativas especiales que amparan al niño.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es sede internacional de carácter judicial en que se interpretan las normas domesticas en función de las normas internacionales. Por lo que, Argentina está en la obligación de asumir sus compromisos internacionales, al haberse sometido a estas y no podrá justificar su incumplimiento en base a su orden doméstico, según la Convención de Viena.

Por tal motivo, los fallos que ha emitido dicha instancia judicial internacional señalan que durante el procedimiento penal se le debe garantizar el principio de defensa al niño, así como su oportuna asistencia legal. El abogado del niño ejerce un rol fundamental, porque está en la obligación de hacer valer las consideraciones de la Ley 26.061 concatenado con los Convenios Internacionales.

La intervención del abogado será en aras de la representación y amparo del niño, en consideración a los principios rectores de los derechos humanos, y su ejercicio. Vale la pena aclarar, que ello no significa una condición de impunidad del niño ante la ocurrencia de un delito grave, sino que, se pretende su reinserción en la sociedad, y el tratamiento psicológico del niño y su entorno.

Por lo tanto, la existencia del abogado del niño garantiza la probidad del debido proceso en los procedimientos institucionales. Constituye un axioma el respeto de los derechos inalienables de los ciudadanos, y especialmente de niños, niñas y adolescentes, por lo que, el Estado Argentino está en la obligación de garantizar la asistencia jurídica al niño, conforme al artículo 27 de la Ley 26.061

La normativa en cuestión concede el derecho de los niños a la defensa tanto en forma personal como técnica, de tal manera, que el criterio del niño sea valorado por

el juez a los fines dictar la resolución respectiva. Asimismo, reconoce su derecho de nombrar su abogado de confianza, que lo asista en todas las etapas del proceso administrativo o judicial, sin perjuicio de la representación que ejerza el Ministerio Tutelar.

Por otra parte, el CCyCN, consagra la institución del abogado del niño entendiendo que resulta una figura de gran utilidad para la materialización de los derechos de un menor de edad, que no debe estar supeditado ni a edades rígidas, ni a la existencia de conflicto con sus progenitores, en el entendimiento de que para esos supuestos existe el asesor de incapaces según lo dispuesto por el art. 103<sup>o40</sup> del CCyC y el tutor especial, como se instituye en el art. 109<sup>o41</sup> del CCyC.

Este derecho también implica el derecho de elegir al profesional que quiere que lleve adelante su patrocinio. En este tema va a existir una gran diferencia entre niño y adolescente, ya que según nuestro Código Civil y Comercial, el segundo goza de presunción a favor para presentarse en juicio por sí solo con patrocinio letrado.<sup>42</sup> Diferente es el caso de los menores de edad “niños”, en el que va a tener que evaluarse si tienen madurez suficiente para poder proceder a su elección.

La elección puede devenir de la confianza en el profesional elegido, o puede fundarse la especificidad del tema; ejemplo: un menor de edad músico que debe ser asistido en contratos con la discográficas; así puede tratarse de un deportista, o en

---

<sup>40</sup> Art. 113° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.”

<sup>41</sup> Art. 109° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: Tutela especial. 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; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.”

<sup>42</sup> Art. 677° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “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.”

cuestiones más sencillas, como que son progenitores y desean entablar acciones judiciales en ese marco, hace a sus derechos que pueda elegir un abogado que tenga conocimiento sobre el tema.

### **1.3 Relación con el Ministerio Público Tutelar. El Asesor Letrado**

En Argentina el Ministerio Público es encargado de ejercer acciones de seguimiento, control y defensa de intereses públicos, y se subdivide entre el Ministerio Público Tutelar y el Ministerio Público Fiscal. Este último tiene como objetivo promover la legalidad en los actos del poder público, y el Ministerio Público Tutelar, se encarga de la defensa en la protección del niño en el área civil y penal.

El Ministerio Público Tutelar funge como un órgano protector del procedimiento, ello significa que se limita a velar por la legalidad y tutela del niño en sus etapas, a través del acceso a la justicia y el respeto de derechos

...tanto la Constitución Nacional como las provinciales asignan al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, la defensa de la legalidad cuando se compromete el orden público, la intervención en cuestiones de menores, incapaces y ausentes y la defensa de los justiciables carentes de recursos...(Rodríguez, 2010, p. 35-36).

La intervención del Ministerio Público Tutelar está encausada en proporcionar una tutela efectiva de asistencia jurídica a los ciudadanos en general, como titulares de derechos y especialmente en el caso de niños, por su condición vulnerable. Por ende, en el ejercicio de la defensa de sus derechos e intereses, no implica la anulabilidad de su capacidad personal, sino que refuerza su autonomía.

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N) se incorporan cambios significativos, como nuevos paradigmas y que influyen en los deberes y funciones del Ministerio Público. A tales efectos, se reglamenta su participación tanto en sede judicial y administrativa, y otorga a los niños un margen de capacidad como titulares de derecho, conforme el artículo 103.

Actuación del Ministerio Público. 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, complementario 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.<sup>43</sup>

El Ministerio Público Tutelar tiene como principal función ejercer su autoridad en el cumplimiento de las normas establecidas y que garantizan una tutela judicial efectiva, en instancias administrativas y judiciales. La aplicabilidad de medidas a niños, niñas y adolescentes, deberá estar sujeto a principios del derecho administrativo conforme Convenios Internacionales y la norma local.

El MPT es el órgano garante de ejercer el control de las actuaciones del procedimiento jurídico, en el marco de la legalidad y licitud de los mismos, conforme las normas internacionales y domésticas. Asimismo, se aleja del criterio del patronato asistencial que le correspondía anteriormente al asesor de menores, concediéndole nuevas funciones.

El Ministerio Público Tutelar tiene como objetivo ejercer todas las acciones necesarias para la protección de los derechos de los niños, en el marco del derecho internacional público y las leyes domésticas que ha sancionado Argentina. El Estado debe ser garante del acceso a la justicia, una tutela judicial efectiva y un debido proceso que permita una efectiva protección de la población vulnerable.

En razón de ello, la obligación de este órgano es estimular actuaciones imparciales y apegadas a la legalidad del Estado de Derecho, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Igualmente, el respeto a los principios constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, suscritos y reconocidos por la Nación Argentina, que no se limitan a la letra, y sean ejercidos.

El debido proceso implica una serie de actuaciones que garanticen la diafanidad de los actos procesales que integran el juicio. Entendiéndose por ello que,

---

<sup>43</sup>Art. 113° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.



se respete el principio de excepcionalidad de las medidas proteccionistas y de aquellas garantías previstas en la Ley 26.061, tales como, la designación del abogado del niño, así como su derecho a ser oído, en concordancia con los Convenios.

En tal sentido, se considera al niño como una persona con discernimiento suficiente como para ser escuchado en las diferentes partes del procedimiento y hacer valer su voluntad, en caso de que prive el interés superior del niño. Esto obedece, con el fin de otorgar una protección efectiva y eficaz a los niños, precisamente por su condición inerte, por lo que, el Estado está en la obligación de intervenir.

De manera que, conforme las disposiciones del CCCN vigente, el Ministerio Público Tutelar es el encargado de desempeñar una función tutelar activa, en mérito del respeto de los menores de edad, o que tengan la condición de incapaces.

Dicho lo anterior, es cuando se precisa el desempeño del asesor letrado, quien es el encargado de ejercer el control de legalidad, y siendo que sus funciones se diferencian del abogado del niño. Por lo tanto, el rol del Asesor Tutelar no podrá ser obviado, ya que su función es determinar la vulnerabilidad del niño, en el marco de una intervención subjetiva apartada del fiscal y su defensa.

Asimismo, se establece el criterio jurídico de correspondencia entre el asesor de menores y el abogado del niño, como controles de legalidad y de defensa en el proceso, y quienes deberán considerar al menor como un sujeto de derecho, en cuanto a sus derechos y obligaciones. Además, en mérito de la protección de los derechos individuales del niño, los cuales, impactan en el colectivo, en la sociedad.

(...) el asesor de menores y el niño –asesorado con su abogado de confianza– deberán acordar la estrategia de defensa. Pero, en caso de no arribar a un acuerdo, prevalecerá siempre la estrategia de defensa elegida por el propio niño. De lo contrario, se convertiría en letra muerta la figura del abogado del niño, como también la capacidad procesal y autodeterminación progresiva de las personas menores de edad (...) (Rodríguez, 2010, p.65).

## 1.4: Otros representantes de los intereses y derechos del niño

### 1.4.1 Tutor Ad Hoc o Ad Litem

Puede surgir la necesidad de designar un tutor especial para que se ocupe de una tarea concreta (p. ej: la administración de un bien). Con el mismo criterio que para la designación de un tutor especial, puede darse el supuesto de designación de un tutor ad litem, esto es, para intervenir en un proceso judicial determinado v.gr., por existir intereses contrapuestos entre los representantes legales (padres o tutores) y la persona menor de edad. Si bien en este caso se sigue el mismo criterio que se utiliza para la designación de un tutor especial (art. 109 inc. a CCyCN), la particularidad es que esta tutela especial está destinada a ser ejercida exclusivamente en el marco de un proceso judicial y solo para ese caso concreto, por ello se la llama ad litem (Elías, 2017).

En estos casos, según Elías (2017) la misma puede ser otorgada directamente por el juez de la causa cuando advierte que se da el supuesto que amerita la designación, en tanto que, como director del proceso, debe velar por la observancia de las garantías procesales en favor de los NNyA cuyos derechos e intereses se encuentren allí involucrados. De lo expuesto se desprende que no siempre la designación de tutor queda plasmada en una sentencia dictada en el marco de un expediente sobre tutela que tramita por ante un juzgado con competencia en asuntos de familia a petición de parte legitimada; sino que dicha designación puede provenir de un juez incluso de oficio para intervenir en el marco de un expediente donde se ventilan cuestiones que involucran a una persona menor de edad.

El tutor ad hoc o tutor *ad litem*, parte de la necesidad de una representación autónoma del niño cuando éste se encuentre en conflicto con sus representantes, diferenciada de la del Ministerio Público, lo cual ha sido sostenido ya incluso antes de la incorporación de la figura del abogado del niño. Se decía en tal momento de la existencia de una doble representación, la del representante necesario –padre, tutor, curador– y la del representante promiscuo –Ministerio Público–. Correspondía al Ministerio de Menores solicitar la designación de *tutor especial* para aquellos menores cuyo interés está comprometido en procesos judiciales con graves conflictos entre los padres que impidan el ejercicio de los derechos esenciales. Este tutor

especial supone la imposibilidad de discernir, visto que estrictamente representa y sustituye voluntad (Fernández, 2010).

#### **1.4.2. Representantes Legales**

Los menores de edad hacen valer sus derechos por medio de sus representantes legales, en cambio, algunos adolescentes pueden ejercer por sí mismos algunos actos, no obstante ello, en ambos casos tienen derecho a ser oídos y a participar en torno a las decisiones que se tomen respecto a su persona. Por lo tanto cobra real importancia inmiscuirnos en esta persona que detenta el poder otorgado por medio de la legislación para hacer respetar lo antedicho.

La designación de este abogado corresponderá cuando haya intereses contrapuestos entre el progenitor con facultad legal para representarlo y el menor. De este modo, cuando el juez verifique o sospeche que se ha producido o se pueda producir tal situación, deberá nombrar inmediatamente un abogado que represente al menor.

Al respecto, Claudio A. Belluscio expresa que:

existiendo intereses contrapuestos entre los menores y sus padres, resulta conveniente en función del interés superior del niño que los mismos tengan una asistencia letrada que traiga al juicio la voz y el interés de ambos en forma separada del planteo de sus progenitores, e independiente de la representación promiscua que corresponde al Ministerio Público.<sup>44</sup>

Asimismo, la jurisprudencia ha dicho que:

...el derecho de los niños y adolescentes a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya (inc. c, art. 27, Ley 26061), implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales de este último.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup>Recuperado [http://server1.utsupra.com/doctrinal?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrinal?ID=articulos_utsupra_02A00399490674) el 24/05/2019.

<sup>45</sup>CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, 19/4/12, Rubinzal on line - RC J 2607/12.

Para otra postura, Solari (2013) dice que se deberá nombrar un abogado del niño en todos los procesos que involucren a niños, niñas y adolescentes, sin importar que haya o no intereses contrapuestos entre el progenitor con facultad legal para representarlo y el menor.

Además, se suma la representación legal del Ministerio Público. De ahí que la representación legal es dual y conjunta, doble, pues se otorga al menor de edad una representación necesaria, legal o individual y una representación promiscua del ministerio público. Sin embargo, lo anterior no debe confundirse con el abogado del niño, quien debe actuar en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua (Rodríguez, 2012).

### **1.4.3. El Juez**

Resulta de gran magnitud para arribar a una solución de conflictos en los que queda ligado todo individuo menor de edad, resaltar la importancia de la tarea que ejerce un juez al momento de dictaminar, ya que le compete a éste la función de escuchar al menor y tener en cuenta lo que tiene que decir, para luego tomar una decisión. De esta manera se puede ver satisfecho su derecho.

Por otra parte, aunque la intervención del niño no sea directa, sino indirecta, es decir, por medio de sus representantes legales, en una gran mayoría de los casos existe una esfera de actuación directa ejerciendo su derecho a ser oído. Este derecho, que se encuentra consagrado entre las reglas generales de capacidad (art. 26 del CCiv.yCom.) se reitera entre los principios del proceso de familia.

El art. 707 dispone que los niños, niñas y adolescentes "con edad y grado de madurez suficiente"<sup>46</sup> para formarse un juicio propio, tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente.

Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente, tener

---

<sup>46</sup>Art. 707° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.<sup>47</sup>

Si bien es cierto, el Juez competente en materia de menores de edad no actúa en “representación” de los niños o adolescentes, su actuación desempeña un papel fundamental en el resguardo de sus derechos por lo que se pretende en este punto revisar algunos elementos pertenecientes a su labor jurisdiccional en este tipo de casos. Al respecto debe decirse que en los procesos de familia en los cuales se vean afectados los derechos de los niños, el juez debe despojarse del clásico principio dispositivo y posicionarse en un rol comprometido con la problemática familiar llevada a la justicia, haciendo uso de las facultades que le otorgan las normas adjetivas para ordenar conductas y obtener una pronta solución del conflicto, en el marco del interés superior de los niños (Jalil, 2017).

El nuevo CCCN dispone en su artículo 706, entre los principios generales de los procesos de familia, el de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente, debiendo los jueces ante los cuales tramitan estas causas, ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario así como tener en cuenta el interés superior de esas personas. A todo ello se debe sumar las premisas propias de todo juez, entre las que destaca la imparcialidad del juez respecto de la causa, que en relación al representante del Ministerio Público garantiza la separación de funciones entre los actores de un proceso judicial (Rodríguez, 2010).

El papel que juegan los jueces resulta fundamental, toda vez que con base a los principios de oralidad e intermediación, debe tener un contacto personalizado, directo e informal con el menor de edad cuyos derechos se encuentran comprometidos en el proceso judicial. Esa relación entre el juez especializado en temas de familia y el niño es la que permitirá a éste tomar dimensión de sus derechos y garantías. Cuando ese magistrado, que por experiencia y conocimiento comprende los asuntos en que los niños pueden tener intereses propios, contrarios a los de ambos o alguno de sus progenitores, escuche al niño y dimensione cuál es su interés en el proceso, le informará que tiene derecho a contar con un letrado que lo patrocine (Jalil, 2017).

---

<sup>47</sup>Ídem, cit. 38.

En este mismo sentido, si el juez advirtiera por ejemplo, un grado de conflictividad en los vínculos parentales, en la medida en que el niño que haya adquirido madurez suficiente no aspire a nombrar él mismo su propio abogado, podría el Juez designarle un letrado especializado en niñez y adolescencia, proporcionado gratuitamente por el Estado (Rodríguez, 2010).

### **Conclusiones Parciales.**

A los fines de concluir el primer capítulo de la investigación, se fundamenta la figura del abogado del niño en el ordenamiento jurídico especial a los fines de representar y ofrecer garantías institucionales al niño en mérito del derecho de ser escuchado y velar por el cumplimiento del interés superior del menor de edad. Por ende, significa un cambio de paradigma respecto al anterior sistema jurídico del niño, siendo ahora sujeto de derecho.

En tal sentido, el propósito del abogado del niño es ejercer el derecho del menor a participar activamente en el proceso, tanto en instancia administrativa y judicial. Por tales consideraciones, el abogado tiene el compromiso de ser garante de que se cumpla el debido proceso y se cumpla la tutela judicial efectiva del menor de edad en su defensa, por encontrarse en estado de vulnerabilidad.

Asimismo, el principio de no discriminación de los niños se establece conforme la Convención Internacional del Niño, con el espíritu de que se analice lógicamente el hecho, procurando que el niño actúe en el procedimiento y no se sustituya su voluntad. Lo anterior en concordancia con los principios de derecho a la defensa, y el principio de igualdad previsto en la Constitución en el artículo 16.

Es preciso insistir, que los Estados firmantes de los Convenios Internacionales, y específicamente en el caso de Argentina que estableció en su carta magna la obligatoriedad constitucional de asumir criterios internacionales, está en la obligación de aplicar el compromiso de la protección de los niños. Ello implica, el acceso a la justicia de manera eficaz, así como a ser oído.



## **CAPÍTULO 2: LA CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

### **Introducción**

El presente capítulo analizará la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, principio que fue incorporado en la “Convención Sobre los Derechos de los Niños”, y luego también en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

La CDN es un instrumento jurídico, que le brinda a los niños la potestad de ejercer por si mismos sus derechos, con la colaboración e instrucción de los padres, esto en relación al conocimiento de capacidad progresiva, los infantes y adolescentes van adquiriendo con el pasar de los años autonomía para desarrollar personalmente sus derechos.

Así, es que la determinación de la capacidad progresiva es el cambio que se dio a la perspectiva de comprender la niñez y adolescencia, originadas de una manera tutelar, pero que poco a poco fue cambiada por el prototipo de la protección integral de los derechos del niño. Este principio, es transversal para toda legislación que trate sobre derechos del niño, ya que les reconoce la adultez que van adquiriendo paulatinamente, como así también sus aptitudes y sus cualidades madurativas, las cuales les van a permitir ir maximizando su independencia respecto de sus progenitores o representantes. Por lo cual, resulta de gran preponderancia su desarrollo, ya que incluso va a ser un parámetro a la hora de interpretar y dar importancia a la opinión de la niña, niño o adolescente.



## 2.1 Definición de la Capacidad progresiva

La Ley 26.061 ha introducido un sistema de protección integral para el infante, el que no solo abarca la satisfacción y restitución de los derechos por medio de la introducción de políticas públicas que garanticen y protejan dichos derechos, sino que además se refiere al modo de ejercerlos. De ahí, se puede decir que empieza a tener relevancia la noción de capacidad progresiva. La misma, en palabras de Cataldi (2012), fluctúa por ser una persona en estado de desarrollo, y va prosperando a lo largo de un proceso continuo en el que van adquiriendo mayor autonomía desde la niñez hasta llegar a la adolescencia.

Conforme a ello, se asevera que es una etapa de evolución que recorren las niñas, niños y adolescentes. Pero para ser más certeros, es conveniente buscar un concepto que clarifique la cuestión. Por ello se recurre a Herrera (2015, p. 78) quien, en términos generales determina que, el principio de autonomía progresiva, “es el reconocimiento de la adquisición gradual de aptitudes y cualidades madurativas de las niñas, niños y adolescentes” con el fin de contribuir a su formación como adultos capaces conocedores del ejercicio de sus derechos.

De tal modo, se infiere que la capacidad progresiva del individuo menor de edad es el parámetro de equilibrio entre el reconocimiento del protagonismo que se les da, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y que se les brinde más autonomía para la actuación de sus derechos, sin que esto signifique que se los enfrente a responsabilidades propias de los adultos negándoles la tutela que necesitan por su inmadurez relativa (Herrera, 2015).

Así, teniendo ya establecido una noción del término capacidad progresiva, podemos decir que, a mayor autonomía por parte del infante, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, ya que permite reconocer, que a medida que las niñas, niños y adolescentes desarrollan mayores competencias, adquieren mayor capacidad para asumir responsabilidades y protagonismo en sus propias vidas. (Herrera, 2015).

Ahora bien, es significativo tener en cuenta que para advertir este transcurso de madurez en cada niña, niño o adolescente en particular, en este proceso paulatino, el hecho de que inciden agentes biológicos, psicológicos y sociales, los cuales

variando de acuerdo a su edad, el grado de estímulos y el contexto social, cultural y económico en el que cada niño se desenvuelva. Por ello, no es posible imponer reglas generales y estrictas debido a que no todos los niños dejan de ser niños de la misma manera y a la misma edad.

Por otra parte, es necesario también, tener en cuenta que representación, asistencia y cooperación son tres figuras graduales, que dependen del desarrollo obtenido por el menor. Entonces, mientras que la representación implica la sustitución total de la voluntad del niño, solo se aplica en los supuestos en los cuales el infante posea una mínima capacidad de autodeterminación y cuando éste se adelanta un poco más aparece la figura de la asistencia que forma un acompañamiento que se justifica su protección. Luego, cuando el niño, niña o adolescente no demuestra incapacidad, se le da lugar a que aparezca la cooperación, en donde el menor logra un protagonismo real, con el respaldo necesario, porque no pierde su estado de niño, niña o adolescente. En suma, a medida que el niño adquiere un grado de autonomía mayor, menor es la necesidad de participación de un tercero como representante en el ejercicio de sus derechos y deberes (Minyerski, y Herrera, 2008).

### **2.1.2 El contenido del principio de la capacidad progresiva en la Convención de los Derechos del Niño**

En la actualidad del instituto jurídico de la capacidad civil y representación de las personas menores de edad se ha encontrado rodeado de conflictos, y todo esto por la anexión y jerarquización de la convención de los derechos del niño. Por ello cabe destacar que el art. 5° de la CDN<sup>48</sup>, contiene el principio de autonomía progresiva del menor, al determinar que los responsables legales deben proporcionarles dirección y orientación para que los infantes ejecuten sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades. Es una herramienta jurídica internacional que otorga a los niños el derecho a ejercer por sí mismos sus derechos, con la participación de sus padres, todo esto, gracias a las nociones de autonomía progresiva en la cual los niños,

---

<sup>48</sup>Artículo 5° “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

niñas y adolescentes van teniendo con el paso de los años capacidad plena para ejercer personalmente sus derechos.

Asimismo, el artículo nombrado precedentemente, se relaciona de igual manera con el principio contenido en su art. 12inc 1<sup>49</sup> de la CDN, el cual garantiza el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado. De todo esto resulta, que el niño sea titular y portador de derechos y atributos que le son propios por su condición de persona y otros particularmente por su condición de niño.

En este sentido, Minyersky (2007), asevera que la interpretación de estos artículos traídos a colación, revelan que los derechos de los niños, son derechos, son derechos completos que serán ejercidos de acuerdo a la etapa y evolución acorde a su desarrollo en la que se hallare. De tal manera, el mismo autor afirma que:

El niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades, y esa totalidad es completa en función de su etapa vital, por lo que podemos decir que existen diferencias entre las necesidades y la subjetividad de un niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre, la que va a construir el parámetro del grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos (Minyersky, 2007, p. 206).

Esto no significa, que no se desconoce que los menores no siempre puedan ejercer por sí mismo los derechos que detentan, porque justamente el artículo quinto de la CDN impone la obligación a los adultos de erigirlas condiciones que sean necesarias para que ellos alcancen su máximo grado de autodeterminación.

La Convención sobre los Derechos del Niño realizó un cambio en la forma en la que se entiende la infancia y adolescencia y al mismo tiempo hizo que los países tuvieran que adecuar sus

---

<sup>49</sup>Artículo 12 inc. 1 “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.”

estándares internos y sus instituciones en relación al respeto integral de los derechos del niño. En 1990 Argentina ratificó la CDN, que luego adquirió jerarquía constitucional con la incorporación de los tratados de derechos humanos en la reforma constitucional de 1994 (Viola, 2016, p. 85).

Además, este reconocimiento a los niños en la esfera de la progresividad de su autonomía opera como un límite al poder discrecional del Estado, y de los operadores jurídicos, sociales, educativos, sanitarios y administrativos en general que trabajan en clave de protección de la infancia. A su vez, importa por un lado, que el niño pueda ejercer sus derechos por sí mismo y también exigirlos; por el otro, que ya no puede ser objeto discrecionalmente dependiente para su asistencia, ya sea de parte del Estado, de la familia o de la sociedad sin ser consultado y oído.<sup>50</sup>

Finalmente, para ir concluyendo se puede mencionar que la autonomía progresiva se vincula además con la participación, y con la defensa en juicio como garantía constitucional, a la par que constituye componente necesario de la formación de ciudadanía. Igualmente, la participación de niños y adolescentes en el proceso tiene relación con el principio de autonomía progresiva. La especial relación que se da entre el poder legítimo del adulto y la titularidad de los derechos del niño, supone para el adulto el respeto del derecho de ese niño a recibir, en la medida de su madurez, información y explicaciones en torno a los asuntos que le incumben, así como el derecho de opinar respecto de las decisiones que le afecten. Ese poder legítimo debe ser ejercido con el objetivo de asegurar al niño y adolescente la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar (Yambay Giret, 2017, pp. 62-64).

El silencio sobre el principio constitucional de la autonomía progresiva y el condicionamiento de la defensa en juicio a la capacidad civil, habla del trayecto entre las prácticas institucionales y las leyes. Se sabe que los procesos de implementación de las leyes son pausados, no se debe pasar por alto que la CDN (Convención Sobre los Derechos de Niño) fue

---

<sup>50</sup>Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/los-derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-en-la-convencion-internacional-sobre-los> el 27/05/2019.

ratificada en 1990 por la nación argentina en la ley 26061, en el 2005 que fue sancionada (Leonardi, 2016, p. 137).

## **2.2. Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**

Esta ley de 2005 tutela de manera integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio argentino, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales.

Dicha ley (26.061) incorpora la concepción de los infantes como “sujetos plenos de derechos”, lo cual implica que los niños y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos, más un “plus” de derechos propios de su condición, por tratarse los niños, niñas y adolescentes de sujetos en vías de desarrollo hasta alcanzar la mayoría de edad a los dieciocho años. Estos derechos específicos resultan el derecho a la alimentación por parte de sus progenitores, de la sociedad o del Estado; derecho a la educación, derecho a la salud en su máximo nivel, derecho a ser oído, y a que su opinión deba ser tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez. Además, el derecho a participar en las cuestiones que les atañen según la edad y madurez que los connote (principio de capacidad progresiva), el derecho a no participar de las guerras en tanto sean personas con minoría de edad, a no ser explotados ni maltratados en ninguno de los ámbitos que atraviesan a lo largo de su desarrollo integral.<sup>51</sup>

Asimismo, se les reconoce como un derecho esencial que todas las decisiones que se adopten en todos los ámbitos, ya sea por los organismos administrativos, legislativos o judiciales o de cualquier otra índole tengan como finalidad ser dictadas en su “interés superior”, y que se respete su identidad y a no ser separados de sus progenitores, de sus hermanos, es decir del ámbito familiar salvo que tal decisión de carácter excepcional se funde en el interés superior del niño cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup>Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/proteccion-de-los-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes> el 26/05/2019.

<sup>52</sup>Ídem, cit. 50.

Resulta claro, que este cambio de paradigma se armoniza con el desarrollo democrático de la estructura comunicativo-decisional frente al Estado y al ámbito de las familias en el seno de una sociedad que les debe reconocer y respetar su autonomía en tanto ellos adquieren edad y grado de madurez suficiente (art. 5º, CDN). Y a ello se suma la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN), incluida la CDN.<sup>53</sup>

Siguiendo los lineamientos, la normativa se inscribe como modelo diferente, y se conforma como un instrumento jurídico teñido de derecho constitucional que innova sobre el sentido y alcance de la intervención estatal, que exige una forma de actuar distinta en el campo de los sujetos menores de edad.

Por su parte, el art. 1º de la ley<sup>54</sup> 26.061, determina que los derechos reconocidos están consolidados por su máxima exigibilidad, sustentados en el principio del interés superior del niño. Así, los presupuestos que instituye obedecen al derecho del niño a ser oído, como también al derecho de participar activamente en el procedimiento incurso.

El que no se cumplan estos deberes que por esta ley corresponde a los organismos gubernamentales (del Estado), faculta a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restituir el ejercicio y goce de tales derechos. La sanción de este instrumento, trajo aparejo el reemplazo del paradigma, de la incapacidad de los menores por su participación activa en todo proceso administrativo y judicial que le concierne. Pero todavía hace falta una política pública sostenida y rigurosa que busque proporcionar gratuitamente a los niños, niñas y adolescentes un abogado de confianza para que la infancia pase a tener la más calificada atención jurídica (Rodríguez, 2017, párr. 17).

En su art. 27º<sup>55</sup> establece, que los derechos y garantías que asisten al niño, el de ser oído ante las autoridades competentes cada vez que lo solicite. Este instrumento ha servido para incorporar, aclarar y ampliar derechos y garantías procesales a favor

---

<sup>53</sup>Ídem, cit. 50.

<sup>54</sup>ARTICULO 1º — 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, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

<sup>55</sup> Ídem, cit. 7.

de la niñez para todas las formas jurídicas, que procuren la conformación de un nuevo y más amplio concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal.

En este orden de ideas la ley 26.061 regula en forma explícita la excepcionalidad, brevedad y último recurso de medidas que impliquen la institucionalización de todos los menores, apelando a la prioridad de la convivencia familiar, prohibición de la institucionalización de la pobreza, entre otras cosas.

Es de esta forma como este instrumento, consagra el derecho de los niños a ser oídos sin que este pueda intermediarse con la presencia de un representante u órgano apropiado, buscando una verdadera intermediación. El niño tendrá que ser escuchado, cada vez que lo solicite, más aun si este derecho debe ser desarrollado conjuntamente con el derecho de participar ampliamente en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

A la luz de esta ley deben ser reinterpretadas las normas civiles sobre capacidad de las personas menores de edad, acogiendo la denominación de capacidad progresiva (tomando en cuenta discernimientos de madurez y desarrollo evolutivo de la niñez que este instrumento contiene) y dejando atrás los rígidos y viejos juicios de incapacidad del código civil (tomando en cuenta nada más la edad cronológica de las personas menores de edad). La mencionada estipula el favorable criterio de aceptar la determinada capacidad progresiva, en lo referente a los actos que el niño pueda ejercer directamente (art. 19 inc. a y 24 inc. b) (Rodríguez, 2017).

En torno a ello, la denominación de la capacidad progresiva está basada en 2 capacidades: A- La de goce o derecho y B- La de hecho o de ejercicio. En vez de estar establecida en una edad cronológica, se tendrá que verificar en cada uno de los procesos la madurez intelectual y psicológica del niño, su discernimiento y su suficiente entendimiento. La CDN y La ley 26061, involucran el cambio del principio de incapacidad del CCCN Argentina, de esta forma la capacidad será la regla y la incapacidad es la excepción.

De acuerdo a esto, todo niño tiene derecho a ejercer el derecho de defensa técnica, presumiendo su capacidad para todo lo que tenga que ver con su abogado

(desde como designarlo, removerlo hasta darle instrucciones) y quien alegue lo contrario tendrá que probarlo.

### **2.3 El principio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

Existe un debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la capacidad de los menores de edad de 14 años para participar en el proceso judicial o administrativo, en nombre propio. Así pues en atención a lo previsto en el Código Civil y Comercial. Los mismos tienen incapacidad absoluta, por lo cual, los actos que se realicen están viciados de nulidad.

En este sentido, las disposiciones del C.C.C.N legislan sobre la capacidad de los niños tanto impúberes, es decir, que no han llegado a la pubertad como adultos. Asimismo, no ha sido derogada la Ley N° 26.061 encontrándose vigentes las disposiciones al efecto.

El cambio entre el Código Veleziano y el nuevo cuerpo normativo sobre el régimen de capacidad se da en relación al principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos. Conforme a ello, la postura de la capacidad progresiva ha sido acogida por el CCyCN en su art. 26°, el cual dispone:

...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. 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>56</sup>

En este sentido, Leonardi (2016), nos dice que los niños tienen derecho a un abogado de confianza, de acuerdo a su capacidad progresiva y en caso de problemas con sus progenitores. Esto implica un paso al frente sobre las pautas rígidas de incapacidad de los menores determinadas en el CCCN, que ignoraban la ley 26.061 y con lo cual se logra un gran avance con base en la CDN, pues reconoce el derecho de defensa técnica a todo niño, niña y adolescente, cualquiera fuera su edad y no lo

---

<sup>56</sup>Art. 26° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.



condiciona a su capacidad progresiva, ni a la existencia de intereses distintos a los de sus padres.

Por todo esto, se sostiene que el trabajo del abogado del niño, no necesita como condición del juicio del patrocinado, los estándares relativos al Código Civil y Comercial no podrán desarrollarse en un sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño. De esta forma resulta, que el principio a seguir es el de la capacidad ya que el razonamiento a aplicar es el de la capacidad progresiva. De igual manera las denominaciones de capacidad o discernimientos cronológicos (art. 54 y 921 del CCCN), se suplen por criterios de capacidad y discernimientos reales.

De este modo permite la designación de abogados de confianza a niños menores de 14 años, condicionándolo a su grado de madurez, superando de esta forma el juicio restrictivo que limita el derecho de defensa a haber adquirido la edad de discernimiento (según las pautas cronológicas del CCCN).

El concepto de capacidad progresiva receptado por el CCCN determina que los niños tienen derecho a un abogado de confianza, tomando en cuenta su capacidad progresiva y en caso de estar en conflictos con sus padres, se tomaran las medidas pertinente. Rodríguez (2017) considera que se ha sostenido que para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón. (p. 2)

El CCyCN sesirve del derecho privado para insertar en el paradigma constitucional-convencional (art. 1° y 2°) y de esa forma determina que los niños y adolescentes son sujetos de derecho.

El CCCN observa la refinación de las relaciones de autoridad y se va incrementando la participación cada vez más igualitaria y

respetuosa de todos los integrantes de la familia (está en constante transformación y su proceso de democratización), todo esto de la mano de la constitucionalización del derecho privado e incorporando los estándares que dan forma al respeto que en estos días tienen los niños y adolescentes, enunciado en instrumentos jurídicos internacionales (Rodríguez, 2017, párr. 11).

Siguiendo lo expresado en esas normas, los niños y adolescentes por su condición de seres humanos, titularizan una cadena de derechos (al igual que los adultos), y a esos derechos se les unen otros, que deben ser ejercidos por ser personas en desarrollo, de esta forma el CCyCN se le da cierto grado de importancia y está de acuerdo con la concreción emanada de los mandatos de la CDN, instrumento que hizo un cambio en lo referente a la visión teórica sobre los niños y adolescentes.

El cuerpo normativo bajo análisis establece una novísima postura en el reconocimiento de los derechos del niño, en el derecho a manifestar su opinión, ser oído y participar activamente en el proceso, lo dicho constituye el reconocimiento del niño como sujeto de derecho. En tanto que se toma en cuenta al niño en el proceso, a tenor de los artículos 26<sup>57</sup>, 706<sup>58</sup> y 707<sup>59</sup> del Código

---

<sup>57</sup> Art. 26° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “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. 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. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”

<sup>58</sup> Art. 706° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente... a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”

<sup>59</sup> Art. 707° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los

En consecuencia, la protección integral del niño debe estar sujeta al respeto al derecho humano intrínseco de la persona, así como al respeto de su voluntad y criterio, conforme el grado de madurez mental y emocional. Este hecho constituye una novedad, ya que, por su condición de vulnerabilidad, se pudiera imponer un criterio, en mérito de su bienestar, sin embargo, su opinión debe ser escuchada.

Por otra parte, es preciso destacar que en los casos en que exista un conflicto de intereses entre los niños y sus representantes, se podrá designar un tutor especial, igualmente en los casos en que los padres tengan desinterés, en virtud de la apreciación del Juez. De modo que, el tutor especial tendrá el poder de ejercer la representación del niño, conforme el artículo 109<sup>o60</sup> del CCCN.

#### **2.4. La determinación de la capacidad progresiva**

La capacidad progresiva de los niños y adolescentes es el aspecto sustancial que se rige como principio fundamental en las diligencias procesales, relativas a los alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales y administrativos en lo que resulten afectados sus derechos.

El prototipo de la protección integral de derechos que se origina de la concepción del niño como sujeto de derecho obligando a reformular las relaciones que lo tocan desde una manera de interacción democrática entre el niño y los terceros (los estados y los particulares), que se basan en el aprecio a su persona y el respeto a sus necesidades, en cada situación de su existencia y en el gradual reconocimiento y la efectiva promoción de su autonomía en el desarrollo de sus derechos fundamentales, en función de las distintas situaciones de su desarrollo evolutivo.

---

procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.”

<sup>60</sup> Art. 109° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Tutela especial. 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; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.”

Esta nueva forma de ver al niño, como sujeto de derecho mantiene un nivel, a medida que el crece y es dueño del pensamiento abstracto, adquiere sensatez para entender el sentido de sus acciones, de manera que su valor como sujeto de derecho significa reconocer su opinión y colaborar en los asuntos que afecten a su persona, aun en el cuadro de las relaciones paterno-filiales (Fama, 2009).

De esto se desprende que la CDN, en su art. 5<sup>o</sup><sup>61</sup> reconoce el derecho de los padres de dar a sus hijos –en armonía con la evolución de sus facultades, dirección y orientación que sirvan para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha convención y del art 12<sup>o</sup><sup>62</sup> de este mismo instrumento, se determina que el niño –que esté en condiciones de formarse un juicio propio – el derecho- de dar su opinión libremente en todas las diligencias que concierna al niño, teniéndose muy en cuenta sus opiniones en relación a su edad y madurez.

De lo anterior se deriva que las distintas etapas por la que pasa el niño en su evolución psicológica determinan una progresión en el nivel de decisión al que puede llegar en el desarrollo de sus acciones primordiales, asunto que será valorada en relación de las características personales, psicológicas, sociales y emocionales de cada niño sin apearse a una edad cronológica definida.

Si la titularidad de los derechos principales depende de la capacidad jurídica su desarrollo, que se puede definir como la habilidad o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces. Esta capacidad obra depende de las efectivas condiciones de criterio, que además de ser distintas en cada individuo se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la mayoría de edad. La cual en sí misma lleva implícita una presunción iuris tantum de plena capacidad de obrar. En este sentido la mayoría de edad, no es una causa de incapacidad sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obra basada en situaciones subjetivas de las personas. De esto resulta que el menor de edad tiene una capacidad limitada, en vez de ser incapaz (Fama, 2009).

La CDN dio un vuelco total en la manera en que se entiende la niñez, adolescencia y sus derechos, al cambiarse el prototipo de la protección integral de los

---

<sup>61</sup>Ídem, cit. 47.

<sup>62</sup>Ídem, cit. 48.

derechos de la niñez, considerando que los niños, niñas y adolescentes, tienen que ser reconocidos como sujetos plenos de derecho y que son sus derechos los que necesitan una protección especial. Esto implica que tienen que ser protagonistas de su vida y que con el paso de los años irán alcanzando autonomía para la toma de decisiones de acuerdo a su evolución.

Por otro lado se sostiene que la actuación del abogado del niño, no necesita como condición la sensatez del patrocinado. Los estándares del Código Civil y Comercial, deberían ser reinterpretados y ya no se podrán aplicar en un sentido literal tras la norma de la CDN y la ley 26061. De todo esto deriva que el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad ya que el criterio a seguir es de la capacidad progresiva.

Es por todo lo anterior que los estándares argentinos respetan al niño como sujeto de derechos humanos y acoge el principio del interés superior del niño de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a ser tomada en cuenta su opinión, el derecho a la protección de la identidad, etc. Compartiendo reglas al lado de estos principios troncales, están un conjunto de normas que garantizan la tutela efectiva de los derechos implicados y es que la participación de las personas vulnerables en los procesos es un requisito indispensable para que estos se lleve a cabo su desarrollo como individuos de una sociedad (Kemelmajer, Molina y Mariel, 2015).

### **Conclusiones Parciales**

El art. 5° de la CDN ha venido a ser de mucha utilidad, al otorgar o titularizar una cadena amplia de derechos(a ser oído, etc.), y a estos derechos se les unen otros y que deben ser ejercidos por ser los niños y adolescentes, personas en desarrollo. La CDN con la concreción emanada de sus mandatos, hizo un amplio cambio en lo referente a la visión teórica sobre los niños y adolescentes, actualmente los estándares argentinos respetan al niño como sujeto de derechos humanos.

La ley 26061 o “Ley de Protección de Derechos de Niñas, Niños y adolescentes, junto con la CDN, han dado un vuelco al principio de incapacidad del Código vigente, de esta forma la capacidad será la regla y la incapacidad será la excepción. Esta legislación en su art. 27°, establece que los organismos estatales, deben asegurar a los niños y adolescentes en cualquier procedimiento administrativo y judicial que les conciernan los derechos contenidos en la constitución nacional.

En relación a la determinación de la capacidad progresiva, se establece que esta nueva forma de ver al niño, como sujeto de derecho mantiene que a medida que el crece y es dueño del pensamiento abstracto, adquiere sensatez para comprender el sentido de sus acciones, de forma que su valor como sujeto de derechos, significa reconocer su opinión y colaborar en las diligencias que afecten su persona.

La CDN, ha dado un giro de 180 grados, en la forma en que hoy día se entiende la niñez y adolescencia y sus derechos. Al cambiarse el paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez, representa que los niños, niñas y adolescentes, tienen que ser reconocidos sujeto pleno de derechos, los que necesitan una protección especial. El abogado que necesite el niño para que lo represente deberá ser facilitado gratuitamente por el estado, en el caso que el niño, niña y adolescente no tenga recursos para pagarlo. La ley 26061 es reglamentaria de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y tiene jerarquía inferior a este instrumento jurídico.

Todas estas normas son herramientas para llevar a cabo el ejercicio de los demás derechos que poseen los menores y de esta forma se evidencia la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los demás, además se puede observar la manera en la que se inserta el nuevo paradigma de los derechos de la infancia y la adolescencia entre los niños y adultos.

## **CAPÍTULO 3: POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

### **Introducción**

El presente capítulo pretende realizar un análisis sobre la figura del abogado del niño en el marco de las disposiciones especiales sobre la tutela judicial efectiva y el debido proceso que debe regir en el marco del interés superior del niño. En ese sentido, se profundiza lo referente a la doctrina sobre la protección integral de los derechos del niño, para luego introducirse también, en la importancia que detenta el derecho a que sea escuchado.

Asimismo, se aborda lo concerniente a la representación del niño en el proceso, ya sea judicial o administrativo y de índole civil o penal, en el que se evidencia la representación en primer término de los padres, y en segundo término del abogado del niño, así como el asesor de menores. En función de ello, se ahonda en las funciones de cada uno, y las diferencias en el procedimiento, para que finalmente se pueda traer a colación algunos fallos relevantes.

### 3.1 Doctrina sobre la protección integral del niño

[Quitar todo los subrayados]

La protección Integral llega para imponer una serie de instrumentos jurídicos cuyo fin esencial no es más que proteger y garantizar la máxima tutela de los individuos menores de edad en todas sus áreas de desarrollo, tratando de lograr un engranaje de lo que es la familia, estado y comunidad, para lograr que efectivamente se puedan respetar y garantizar los derechos de éstos.

El concepto de Protección Integral es el resultado de una serie de instrumentos internacionales que sirvieron de base para unificar criterios y tomar lo mejor de cada uno para obtener un óptimo resultado en cuanto al concepto de Protección Integral del niño, niña y adolescente, o por lo menos tener un concepto de lo que se quería prever como Protección Integral, entre estos instrumentos encontramos:

- La Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), en ella se consagra la necesidad de proporcionar al niño una Protección especial.
- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), esta convención reconoce a los niños y niñas todos los derechos que se consagran en los pactos internacionales de derechos humanos sin ningún tipo de discriminación.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) año 1985. Contiene orientaciones básicas con fines de prevención del delito, así como las reglas para procesar a los menores que incurran en delitos.
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de Riyadh, 1990) el cual se basa en consagrar normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de libertad en todas sus formas de manera compatible con los Derechos humanos y libertades fundamentales, y con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.
- El Convenio N° 138
- La recomendación N° 146 de la Organización Internacional del Trabajo
- Carta de la UNESCO sobre la Educación para todos



Los principios fundamentales de la CDN, particularmente la llamada doctrina de la Protección integral, han servido como fuente en el cambio de visión de nuestra legislación en la cual se garantiza a todos los niños y adolescentes el disfrute pleno de sus derechos.

Precisándose el criterio dispuesto, la autora Cavagnaro (2010) dice que: “...este cambio recoge los postulados de la denominada "Doctrina de la Protección Integral" que conceptualiza al niño como sujeto de derechos, a diferencia de la anterior "Doctrina de la Situación Irregular" que lo reduce a objeto de protección.” (p.2).

Lo cierto, es que esta posición fue duramente cuestionada por juristas y movimientos sociales, finalmente es superada en el año 1989, a partir de la aprobación de la Convención, ya que en su artículo 3, contiene una de las contribuciones más importantes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al afirmar que el niño es a la vez, objeto del derecho a protección especial que su condición de menor requiere, y sujeto de todos los demás derechos que la normativa internacional consagra como derechos de toda persona. Entonces se coloca a niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y promueve, junto con otros instrumentos de las Naciones Unidas la doctrina de la protección integral (UNICEF, 2014). La misma:

...involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia (García Méndez, 1994, p. 11).

Este cambio de paradigma recauda los principios de la doctrina de protección integral, que define a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, siendo este un módulo tutelar adoptado por la Ley de Patronato del año 1919, definiendo al niño como un incapaz, objeto de protección.

De Carlo (2014) afirma sobre ello que:

la Ley 26.061 (sancionada el 28/09/2005) propone un sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que -sin perjuicio de la críticas que podrían alzarse en contra de ella (6)- lo que interesa resaltar aquí es como el propósito que persigue su objeto (art. 1), y los principios, derechos y garantías que presenta (Titulo II, arts. 24, 27, 28 y 29) son consecuentes con aquel instrumento internacional, hoy parte de nuestra Constitución (p.2).

En consonancia, la magnitud de la influencia de la Convención al repercutir en el ordenamiento jurídico interno con el dictado de leyes que se adecúen a ella, tomando como base la tutela integral del infante, provoca la consagración de un gran avance en la materia para aumentar el valor que tiene, conformar un bloque regulador que otorgue un relevante poder a la parte más indefensa de la sociedad y que demanda protección constante, lo cual es evidente frente a las tremendas realidades que envuelven el crecimiento y desarrollo de muchas criaturas, muchas de ellas dentro de muros en condiciones aberrantes.

Sin lugar a dudas, especialmente luego de la incorporación de la ley 26.061 a nuestro ordenamiento jurídico nacional, nos vemos en la obligación de reinterpretar aquellos institutos que se basen según Acosta (2008), en "eufemismos justificados por el argumento de la protección"(p. 5).

La doctrina que aborda la situación irregular, establecía respuestas sin tomar en cuenta la opinión del menor la cual era sustituida por el criterio de los asesores de menores, además se encontraba subordinado a las disposiciones de la ley conforme la interpretación del caso por parte del sentenciador. En ese sentido, se realizaron los cambios para que sea valorado como sujeto de derecho y su opinión sea escuchada en el marco de los convenios internacionales que influyen las leyes domésticas.

Adicionalmente, es preciso destacar que la intervención del juez de acuerdo al régimen de situación irregular, anteriormente imperante, se le permitía intervenir y disponer del niño, cuando se vislumbraba un peligro físico o moral. En ese sentido, el

sistema judicial era el mecanismo pertinente para abordar los conflictos de orden civil o penal, por medio del Juez. De este modo se ejercía un control sobre el niño bajo la figura de Patronato, por medio del cual se abordó las situaciones económicas, y de índole social en el que se encontraba involucrado el niño. Y en ese sentido, era potestad del señor juez determinar el destino del niño, sin tomar en cuenta su opinión, porque como se ha dicho, era considerado como un objeto.

Por otra parte se colige que la doctrina de la situación irregular expuso las situaciones de desigualdad de que era objeto el niño, ya que no tenía derecho a ser escuchado, y a pesar de que la medida privativa de libertad es la más rigurosa, se podía declarar a potestad del juez. En tanto, que el niño ya sea víctima o autor de un hecho en el área civil o penal, se regía por los principios expuestos.

Por ende, con la actualización hacia el modelo de protección integral de derechos, abre una nueva legislación en relación al estado legal de los niños y adolescentes, al aceptarlos como sujetos de derecho. Igualmente, por las circunstancias de su desarrollo se les reconocen una gran cantidad de derechos, que aumentan en la medida de su evolución, excluyendo aquellas prácticas por su condición de fragilidad. Ello conlleva a que el estado se replantee las políticas públicas, encaminadas a hacer y a leer los derechos y garantías de los niños, la CDN y la Ley N° 26.061 quienes expulsan la noción del menor de edad como incapaz.

El CCCN establece una nueva concepción en la forma en que se deben regular las relaciones con el régimen especial de niños, niñas, y adolescentes, en tal sentido, se reconoce la progresividad de sus derechos, así como la titularidad de sus derechos. Por ende, la norma dispone los presupuestos a los que se somete el Estado en aras de asumir sus compromisos y obligaciones internacionales, asimismo, la ejecución de prácticas que permitan valorar la voluntad del niño. Se refiere a que el Estado no actúa como un estado represor o que se impone, por el contrario, se respeta la voluntad del niño y la función del estado es a los fines de aplicar las políticas públicas. Así se establece la doctrina a los fines de interpretar y profundizar en el articulado y las prácticas que debe asumir el Estado, como garante de principios. Es así que la evolución legislativa:

...viene habilitando a las personas menores de edad para el ejercicio por sí de sus derechos a pasos más veloces que la

cultura jurídica. Tal reconocimiento requiere de prácticas concretas de los efectores, a cuyo fin la colaboración interdisciplinaria para elaborar un protocolo de valoración de la particular capacidad del niño concreto, es medular garantizar tanto los derechos de mínima de los niños, como la seguridad de los procesos que lo involucran. (Wallace, 2012, p.7).

Por consiguiente, la doctrina pretende analizar los métodos de aplicabilidad de las disposiciones contenidas en las normas domesticas e internacionales del niño, procurándose que se apliquen efectivamente y se garantice el ejercicio de las disposiciones. En ese sentido, se pretende que el contenido de la norma no quede en letra, sino que se pretende que continúe más allá y que garantice su ejercicio. Lo que implica que el reconocimiento del niño como titular de sujeto de derecho, no está subordinado a la situación política, económica o social del niño, sino que trasciende más allá de esa apariencia, puesto que el respeto del derecho del niño, debe ser garantizado por el estado en beneficio del niño, al entorno social y familiar, y en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas.

Los derechos humanos son una parte fundamental para la convivencia de la sociedad, puesto que el reconocimiento individual mantendrá los límites de respeto en el colectivo, y cobra mayor importancia en lo que respecta al régimen de niños. El interés superior del niño, el derecho a ser escuchado, el derecho de representación y asistencia es parte del proceso de su reconocimiento. Por ello, la doctrina interpreta el derecho del niño desde la norma constitucional, así como ahondar en las disposiciones doctrinarias y análisis de juristas especializaos en cuanto a la aplicabilidad de las potestades y privilegios de la población vulnerable, y los niños como sujetos jurídicos, entendiéndose que las normas de derechos humanos deben ser aplicables a todos, niños y adultos. Asimismo, el instrumento constitucional que rige el derecho del niño, así como los de carácter internacional, se aspira a obtener el interés superior del menor de edad, por lo que las medidas que adopta el Estado, están destinadas a garantizar el bienestar del mismo.

Al respecto sostiene Cavagnaro(2010):

...que los conflictos donde los niños, niñas y adolescentes que están involucrados serían de mucho más factible solución si quienes tienen la potestad de resolver, tomaran la actitud de no sólo resolver "por ellos, sino con ellos".... porque escucharlos no es una mera facultad discrecional, sino un imperativo constitucional (p.3).

En mérito de las consideraciones expuestas, el interés superior del niño es la brújula que marca el rumbo para un desarrollo integral del infante, el cual va de la mano de sus derechos, permitiendo resolver los asuntos en que estos se hallen involucrados, respetándose sus intereses, así como su valoración adecuada.

### **3.2 El derecho del niño a ser escuchado**

La reforma de nuestra carta magna en el año 1994, le proporcionó a la Convención sobre los Derechos del Niño un rango constitucional por medio del art. 75° inc. 22<sup>63</sup>, por lo cual, el citado tratado está junto y al lado de la Constitución, en la cabecera del derecho argentino. De este modo, se puede decir que siempre que un derecho que emane de la Convención, y esté dirigida a una situación de la realidad en la que pueda aplicarse, operará inmediatamente.

Es por lo mencionado *ut supra* que, las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas y cada uno de los artículos y cláusulas que contiene, poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y para toda la nación Argentina (operatividad), debiendo los jueces aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades, la significación de su texto (De Carlo, 2014).

No obstante, la normativa de fondo no regulaba los medios para la práctica de dichos derechos, en especial al derecho a ser oído, previsto en el artículo 12<sup>64</sup> de la CDN. Al respecto De Carlo (2014) asevera que: “la Convención sobre los Derechos del Niño consagra, en su artículo 12, el derecho de los menores a ser oído en todo proceso judicial o administrativo en el que directa o indirectamente se puedan ver afectados...” (p.1).

Este derecho puede ser definido como:

---

<sup>63</sup>Ídem, cit. 9.

<sup>64</sup>Ídem, cit. 14.

Este derecho puede ser definido como la facultad que tiene todo imputado y, dicho más ampliamente, todo justificable a ser escuchado por el órgano competente; que en principio es la autoridad judicial pero que, excepcionalmente, puede serlo la policial durante la faz de prevención. El derecho a ser oído se relaciona íntimamente con el derecho de defensa (Ekmekdjian, 1999, p. 136).

Esta afirmación está sujeta a distintas interpretaciones atendiendo el caso específico, pues se trata de una noción que cambia, no solo en relación de las relaciones sociales y culturales de cada estado, sino que también en desarrollo de la historia de un periodo. Considerándolo como una definición marco, es decir, en contexto de referir su valoración en el caso particular.

En ese sentido, y prosiguiendo con el análisis del jurista De Carlo (2014), es preciso enfatizar que sostuvo:

...la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que este derecho es susceptible de ejercerse a través de la representación que realiza el Asesor de Menores, en cambio -a contrario sensu- la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha decidido que la actividad desplegada en el proceso por el representante promiscuo, no suple ni subsana la falta de contacto directo del juez con el menor, y por lo tanto, corresponde anular las sentencias en las cuales no se haya dado cumplimiento con la previsión que instituye esta norma de jerarquía constitucional... (De Carlos, 2014, párr. 2).

Por lo expuesto, se colige que el notable valor de la CDN, radica en la aceptación del niño y adolescente como un verdadero sujeto que ostenta sus derechos.

Por su parte, Liliana Graciela Ludueña (1989), al reflexionar sobre el derecho que detentan los infantes a ser escuchado, manifiesta que éste corre de la mano con otra pauta constitucional insoslayable, como el interés superior del niño, y se pregunta:

¿De qué valdría el derecho del niño a ser oído en todo procedimiento judicial si no lo puede ejercer de modo útil y eficaz? ¿Cómo se pueden defender sus derechos sin escucharlo? ¿Cómo puede valorar el Juez su interés superior sin

oírlo o sin tomar contacto personal con él?". Resuelve este interrogante, luego de considerar comentarios de doctrina y jurisprudencia, que "el niño debe ser escuchado directamente por el juez, sin perjuicio de que este representado, (...) o que actúe el ministerio pupilar ejerciendo la representación promiscua, (...) pues bastaría la intervención de este último o de sus padres o de su tutor para que el niño no sea oído y nada más lejos del espíritu de la Convención. Una cosa es el derecho del niño a ser oído y otra muy distinta es el derecho, que también le asiste, de estar representado (p. 106).

Del texto citado, se desprende que el poder ejercer este derecho, equivale a una herramienta que permite efectivizar los restantes derechos que la misma CDN constituye, y que cualquier reflexionamiento en este sentido debe ser desarrollado hasta su máxima posibilidad de actuación, teniendo en cuenta constantemente el superior interés del niño, en atención a su desarrollo y bienestar integral. Así se toma a la CDN como la norma internacional por excelencia, que atañe los asuntos de los infantes, y que el derecho del niño a ser escuchado no se limita a un mero formalismo, sino que constituye un derecho inalienable, basado en el principio de la autonomía de la voluntad, en concierto con el desarrollo de sus aptitudes como la edad, y evolución.

Por otra parte, la Ley Nacional 26.061 contiene varios artículos que estipulan el reconocimiento de los derechos del niño a ser escuchado como: el art. 2° que decreta que "las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos."<sup>65</sup> El art. 3°, inc. b establece la obligación de respetar "el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta".<sup>66</sup>

También, el art. 24°, inc. a, que establece el derecho de las niñas, niños y adolescentes a "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés"<sup>67</sup>; y su inc. b que insta que también gozaran del derecho a "que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su

---

<sup>65</sup>Art. 2° de la Ley Nacional N° 26.061.

<sup>66</sup>Art. 3° inc. b) de la Ley Nacional N° 26.061.

<sup>67</sup>Art. 24° inc. a) de la Ley Nacional N° 26.061.

madurez y desarrollo”.<sup>68</sup> Incluso este derecho alcanza a todos los ámbitos donde la niña, niño o adolescente se desenvuelve.

Asimismo, el art. 27°, inc. a, precisa que el niño cuenta con el derecho “a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”.<sup>69</sup> Y finalmente el art. 41°, inc. a, que al hablar de la aplicación de las medidas excepcionales de protección que puede tomar los órganos competentes, impone la obligación de que se aplicaran “en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes”.<sup>70</sup>

La ley de protección integral del infante (Ley N°26.061), al igual que la Convención de los Derechos del Niño, no fija ninguna restricción para que el niño sea oído. Además se entiende que durante el proceso ya sea administrativo o judicial, deberá considerarse al niño como sujeto de derecho, y sí bien sus padres ejercen la representación, ello no exime una asistencia por parte de un abogado especialista. A su vez, se debe tomar en cuenta la opinión del Ministerio Público como institución vigilante del interés superior, por medio del asesor de menores

En definitiva, la ley 26.061 fue sancionada para desterrar formalmente todas aquellas prácticas propias del modelo de la situación irregular. En esta lógica, se deslegitiman los remedios judiciales tutelares. Remedios judiciales tutelares adoptados, tradicionalmente, por los jueces y defensores de menores, en forma conjunta. Dentro de este contexto, puede decirse que la ley 26.061 provoca una alteración sustancial de las leyes internas que se encuentran basadas en el régimen tutela (Rodríguez, 2010, p.29).

De modo que, constituye una obligación del Estado en asumir el compromiso y hacer valer en la práctica, la efectiva aplicabilidad de los principios anteriormente descritos, tomando en consideración que se aplica este presupuesto de escuchar al niño, cuando este tiene la capacidad de formarse una opinión. Por tales motivos, se resalta el grado de madurez y desarrollo mental del niño.

Se adhiere al criterio del autor De Carlo (2014) quien enuncia que la CDN no puso ninguna edad determinada para evaluar la validez de la opinión del menor y que

---

<sup>68</sup>Art. 24° inc. c) de la Ley Nacional N° 26.061.

<sup>69</sup>Art. 27° inc. a) de la Ley Nacional N° 26.061.

<sup>70</sup>Art. 41° inc. a) de la Ley Nacional N° 26.061.



como no ha hecho ninguna distinción, no cree que deban realizarse interpretaciones que puedan desnaturalizar el espíritu y fines de ésta, y que en cada caso en particular, deberá analizarse si el menor posee un grado de madurez suficiente para evaluar su propio destino y bienestar.

A tales efectos, el derecho del niño a ser oído debe ser el principio que rige los procedimientos donde se encuentre incurso un menor de edad, precisamente para ejercer una tutela efectiva, que se asimile a la práctica de una autentica protección. El hecho de que se evalúe al niño, en su condición de formarse un criterio, implica evaluar el entendimiento según su periodo etario.

Es importante destacar que la edad cronológica no es necesariamente equiparable al raciocinio o nivel de consciencia del niño, toda vez, que ello va a depender del grado de entendimiento, conforme a su entorno familiar y social. En razón de que la influencia y desarrollo del menor de edad, proviene de su núcleo social y familiar más cercano.

Prosiguiendo con el análisis de Alegre, Hernández, Roger (2014) sostienen que la aserción de los niños como sujetos de derechos no implica asimilarlos a las personas adultas. En tanto, la interacción adultez-niñez debe trascender la idea de alteridad u otredad, para erigirse en un concepto en que esta relación se defina a partir de la palabra dada y la capacidad de escucha, de la comprensión empática de la percepción de la voluntad de los niños a partir de la memorización de la propia biografía, de la consideración de la particularidad sin afectar intereses universales, de la comprensión de la complejidad sin abstracciones violentas.

Otros autores señalan que la convención no estableció edad alguna para evaluar la legitimidad sobre la opinión del niño, por ello se debe examinar si tiene el nivel de madurez requerido para determinar su bienestar. La enunciación de carácter genérico sobre la exigencia de formarse criterios personales, admite acomodarse a distintas circunstancias que rodean al niño y su familia.

Esta interpretación conlleva a señalar que la facultad del niño de desarrollar una opinión personal constituye una condición esencial para el ejercicio a ser oído, y los niños que no tengan dicha capacidad se encontrarían en estado de indefensión. Ello en franca contradicción con los motivos que generaron su protección legal como la ausencia de madurez física y mental.

Otras posiciones señalan que es la edad del menor de edad la que determina su grado de madurez, sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que todos los niños tienen el derecho a ser oídos por estar dentro de los sujetos que la convención ampara. A partir de este razonamiento surgen las corrientes restrictivas y amplias, que se ahondara más adelante.

Señalan los autores Alegre, Hernández y Roger (2014) en cuanto a la nueva concepción del niño:

...adquiere diversas implicancias sobre las acciones estatales de intervención. El interés superior del niño implica articular todas las intervenciones en un sistema de protección integral y otorgar prioridad a las políticas públicas dirigidas a la infancia. El principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos y el carácter multidimensional del desarrollo del niño dan lugar a la construcción de un entramado institucional sistémico, que exige reforzar la cooperación entre todos los actores cuyas acciones tienen impacto sobre la niñez. (p.9)

En relación a esta última parte, la opinión predominante es que debe producirse el contacto personal del menor de edad con el juez, lo cual no obsta que el mismo sea asistido por un letrado que le proporcione la defensa técnica en aras de alcanzar un nuevo modelo de justicia. Resaltándose que el letrado o abogado, encausa la voluntad del niño en la ley, y no sule su voluntad.

Es preciso resaltar que el derecho del niño a ser escuchado constituye un derecho de orden público, esto quiere decir que, son derechos irrenunciables, independientes e intransigibles, los cuales pueden ser advertidos y participados a la autoridad, en mero conocimiento de la ocurrencia de su violación. En el entendido, que es un derecho de carácter público que el niño sea escuchado.

Se observa el planteamiento expuesto por Vigo (2013) al insistir en que:

...el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en la decisión de un conflicto que lo involucra, encuentra recepción en la norma convencional de rango constitucional del artículo 12... (p.5)

Asimismo, la norma dispone que la protección integral del niño comprenda un sano desarrollo de su personalidad, así como el bienestar físico, emocional y de un

entorno social y familiar estable y armónico. En ese contexto, se desprende el interés superior del niño, el cual se basa en el máximo bienestar del niño, en mérito de tutelar su amparo como un principio universal.

Así las cosas, el razonamiento permite indicar que el derecho del niño a ser escuchado solo podrá ser eficaz y cumplir su objetivo, en tanto que exista la posibilidad legal de que pueda ofrecer su opinión libremente. Es decir, se requiere una correspondencia del acto de opinar y ser escuchado como retroalimentación, conforme los derechos y garantías entre la autoridad y el niño.

Prosiguiendo con el análisis, es preciso destacar el criterio de Pellegrini (2008) sobre el discernimiento y la relación con la capacidad de ser oído del niño, el cual destaca:

que resulta necesario dejar aclarado que la ley 26.061 no ha modificado ni el sistema de capacidad ni el de la representación procesal impuesto por el Código Civil. Por otra parte, la CDN impone como límite a la autoridad paterna el respeto a la evolución de las facultades del niño, reconociendo la autonomía progresiva del niño como parámetro para el ejercicio por sí mismo de sus derechos (p.3).

En tal sentido, Pellegrini (2008) sostiene que “más allá de su recepción legislativa específica, el derecho de los niños a su propio patrocinio letrado tiene sus raíces en el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta” (p.2). Ahí, el juez deberá considerar la envergadura y peso de los alegatos del niño, el que debe realizarse en el marco del interés superior del niño, en atención a su desarrollo y bienestar integral, por lo que, el grado de madurez mental del menor de edad no podrá ser motivo de excusa para una valoración que desmejore las condiciones del infante.

Así, el ejercicio del derecho a la defensa material implica una relación directa del niño frente a quien deba tomar una decisión (sea juzgador o ente administrador), entendiéndose que se trata de un derecho personalísimo cuyo ejercicio corresponde en forma directa a su titular, sin perjuicio de la colaboración de operadores técnicos en la escucha. (Pellegrini, 2008, p. 3)

Es pertinente destacar que el niño tiene el derecho de poder participar en todo el proceso, sin distinción de la instancia administrativa o judicial, o la fase en que se

encuentre el mismo. Adicionalmente, se deberá evaluar la participación del niño en el proceso, en función de la posición de éste, es decir, conforme al rol que desempeña el niño en el contexto del juicio. Toda vez que, si el niño se encuentra como parte interviniente directamente en la causa, entonces, sí le corresponde al menor de edad ser escuchado por el juez.

Ahora bien, en caso contrario y que no sea interviniente directo de la causa, el juez no está en la obligación de darle espacio y pronunciarse dentro de la misma, en razón de que no es un asunto que afecte sus intereses o le concierna. Un ejemplo tradicional de este tipo de casos, ocurre cuando son causas o asuntos que versan sobre los adultos, ya sea padre, madre o tutor.

A modo de referencia, se establece el análisis de Robledo (2013) al consagrar que:

...los niños... se encuentran representados por sus padres (en función del artículo 57, inciso 2º, y artículo 274 del Código Civil). En caso de haber colisión entre los intereses de los padres con los del niño, se designa un tutor(p.12)

En este orden de ideas, es preciso resaltar que una vez se cumplan los extremos y el niño sea escuchado por la autoridad, se entenderá por realizado satisfactoriamente la declaración. Lo que significa que no es necesario que el niño repita la declaración en reiteradas oportunidades, ya que de acuerdo a la magnitud y grado de complejidad del evento, pudiera ocasionarle una sobre exposición.

### **3.3. Representación del niño en el proceso**

Como es sabido los niños se encuentran bajo la representación de sus padres en un núcleo familiar en el que ambos progenitores ejercen la custodia del mismo, siendo una típica y tradicional convivencia en representación del niño, que no admite controversia. En este sentido El art. 18.1<sup>71</sup> de la CDN dispone específicamente que

---

<sup>71</sup> Art. 18º de la CDN: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños...3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan

incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño, con la preocupación fundamental centrada en el interés superior del niño, que a su vez se encuentra reconocido en el art. 3.1<sup>72</sup> de dicha Convención, y cuyo alcance ha quedado establecido en el art. 3<sup>o73</sup> de la ley 26.061.

Ahora bien, cuando el niño es centro de disputa o forma parte de un proceso, es allí cuando surge el debate sobre su representación. De tal manera que los niños están tutelados por sus padres conforme lo preveía el artículo 57<sup>o</sup> inciso 2<sup>74</sup>, y el artículo 274<sup>o75</sup> del Código Civil y en caso de conflictos de intereses entre ellos, se nombra a un tutor ad litem. Mientras que la defensa pública ejerce la representación promiscua o conjunta en la esfera de la protección de los niños y cuya ausencia genera la nulidad absoluta.

Por otra parte se prevé el patrocinio de un abogado especialista en la materia como una innovación, toda vez que anteriormente la representación en el proceso estaba basada en la representación paterna y del Ministerio Público Tutelar. Siendo una representación promiscua, en función de los intereses del niño y de la sociedad, y sustituyendo la voluntad del niño por intermedio del profesional letrado.

---

derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.”

<sup>72</sup> Art. 31<sup>o</sup> de la CDN: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes...2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.”

<sup>73</sup> Art. 3<sup>o</sup> de la Ley Nacional N<sup>o</sup> 20.061: “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 tenida 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; 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.”

<sup>74</sup> Art. 57<sup>o</sup> inciso 2 del Código Civil de la Nación Argentina: “Son representantes de los incapaces: 1<sup>o</sup> De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2<sup>o</sup> De los menores no emancipados, sus padres o tutores; 3<sup>o</sup> De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre.”

<sup>75</sup> Art. 274<sup>o</sup> inciso 2 del Código Civil de la Nación Argentina: “Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código.”

Asimismo, en virtud de la entrada en vigencia de la CDN, ampliamente identificada ut supra y en concordancia con el artículo 27<sup>o76</sup> de la Ley 26.061, se desprende que el acceso del niño a la justicia debe ser directo y podrá ser aportado por el Estado, en caso de que no tengan los recursos suficientes. Tiene, por tanto el niño/a:

...un amplio derecho de expresión que puede hacer público por cualquier medio cierto (a través de un panfleto, un opúsculo, un libro, un periódico, por la prensa oral, radial o televisiva) en asuntos que los afectan (educación escolar, recreación, ámbito familiar, social, comunitario, deportivo, cultural, religioso, científico). (Galletti, Mangione, 2014, p.4).

Conforme a lo antedicho, no sólo se valora la voluntad del infante sobre aquellas circunstancias que le han sido impuestas por la vida, sino que se maximiza de tal forma la palabra de este, su interés y consentimiento en determinados asuntos, en pos de mejorar el desarrollo de su crecimiento.

Ahora bien, el hecho de que se establezca la representación del niño por un abogado, significa que debe ser considerada la voluntad del infante, y sí bien se encuentra en fase de desarrollo y crecimiento, no es menos cierto que en virtud de su grado de madurez y consciencia puedan razonar en mérito de su bienestar integral. Asimismo, se toma en cuenta en caso de conflictos entre los padres.

El Juez como rector del proceso judicial en caso de insolvencia económica podrá designar de oficio un defensor de menores, en ocasión del interés superior del niño. Asimismo, es deber del Estado garantizar la asistencia del menor de edad por un letrado preferiblemente especializado en materia de familia, sin importar la edad del niño. Así, las cosas, vale destacar el criterio de Pellegrini (2008) al subrayar que “el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos y “a peticionar”, obligando al juez a garantizar el ejercicio de este derecho” (p. 2). Peticionar, es otro elemento que implica entonces, una acción diferente a aquella de expresar su opinión; y para ello se requiere el asesoramiento técnico que provee un abogado.

La Ley N° 26.061 faculta a los niños y adolescentes a tener el patrocinio de un letrado naciendo de esta manera la figura del abogado del niño. Este derecho a tener el

---

<sup>76</sup> Ídem, cit. 7.

referido patrocinio se origina del derecho a ser oído, y que sus opiniones sean valoradas conforme a la ley, distinguiéndose de esta manera, la defensa material de la defensa técnica.

Sostiene el autor Robledo (2013), que: "...el derecho de defensas es inescindible al debido proceso, y se materializa en acción y excepción durante todo el proceso; es como dice el artículo 18 de nuestra Carta Magna "*inviolable*". (p.6). Por ende, se entiende que la ley señala la participación personal del niño y adolescente en el proceso a través de la manifestación de voluntad y el derecho a obtener los medios necesarios para hacer valer sus opiniones en el proceso.

Por ende, la participación del niño en el proceso admite la representación de este, a través del abogado del niño, siendo la novísima figura que establece la capacidad del menor de edad a acceder a sus derechos fundamentales. La capacidad de derecho o de goce está destinada a ejercer sus derechos, intentando cambiar el criterio anterior sobre la incapacidad del impúber. Sobre este aspecto Pigretti

...el derecho de los niños a su propio patrocinio letrado tiene sus raíces en el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta (por mandato legal expreso tanto en la ley 26.0615 como en la ley 13.634, art. 3), resultando necesario diferenciar las formas de ejercicio de tal derecho: como defensa material, o autodefensa, en cuanto a intervención personal y directa en la expresión de sus opiniones; y como defensa técnica, en tanto a ser patrocinado y recibir asesoramiento letrado...(p.2).

A mayor abundamiento, jurisprudencialmente se adoptó la participación del niño de acuerdo a su periodo etario, ya que entre la edad de 5 a 14 años deberán evaluarse las consecuencias del niño en función de su grado de consciencia y raciocinio. Toda vez, si bien se pretende que el niño sea escuchado y en esa misma medida se respete su voluntad, también es cierto que media el principio del interés superior del niño. De manera que, es conveniente señalar el análisis del autor De Carlo (2014), al inferir, que la edad del niño no es una condición impuesta en la Convención Internacional del niño, pero también afirma lo que se desprende que en algunas legislaciones, el derecho a ser oído existe a partir de cierta edad fijada por ley, mientras que en otras se exige tener la suficiente capacidad o discernimiento para emitir el juicio, sin que se fije una edad precisa.

Ahora bien, un punto importante a resaltar en la representación del niño en el proceso obedece al debido proceso y la tutela judicial efectiva que se le debe garantizar a los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, los principios de igualdad y dignidad humana atiende la intervención del estado en el respeto de las individualidades de la persona, y especialmente en la tutela del niño. En pocas palabras, lo que toda norma debe contemplar en torno a esta temática es:

...la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir la voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar. (Galletti, Mangione, 2014, p. 13).

En fin, la defensa de los derechos del niño, por su condición vulnerable interesa no sólo al niño como principal beneficiario de la tutela de sus derechos, sino que además interesa al Estado como rector, y a la sociedad. Habida cuenta que la corrección de situaciones distorsionadas de índole civil y penal, y que son advertidas a tiempo permite un crecimiento social saludable y digno.

### **3.3.1 El rol del abogado del niño: corrientes restrictivas vs. corrientes amplias**

El objetivo del derecho es establecer y garantizar el acceso de las personas a un debido proceso así como a una tutela judicial efectiva, por medio de los organismos públicos de índole judicial y administrativo. Es necesario que el niño ejerza sus derechos en el marco de la vigente norma especial argentina, sujeta a convenios internacionales, para brindar una real y auténtica tutela

Las bases que sustentan el derecho que ampara a los niños, niñas y adolescentes son el acceso a la justicia, y la garantía de un debido proceso, siendo uno de los principios más significativos, la representación propia, como un novísimo esquema en el que se concibe al niño como titular y sujeto de derecho.

El interés superior del niño es también una **norma de interpretación o de resolución de conflictos**. Este principio es, sin lugar a dudas, una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la Convención, que actúa además como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos. (Alegre, Hernández, Roger, 2014, p.4).



Resulta evidente señalar que el niño en su condición de sujeto de derecho tiene una gama de garantías más amplia con respecto al adulto, ya que si bien se protegen los derechos humanos en general, sobre el niño se debe hacer mayor hincapié por su estado de desarrollo emocional, físico y mental. Las corrientes de protección del niño están destinadas a resolver o intervenir en su beneficio

La intervención del niño en el proceso antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.061, era considerado como incapaz, donde no se reconocía al menor de edad como sujeto de derecho sino que debía someterse a la autoridad y al fallo del juez. Con la promulgación de la referida ley doméstica y la influencia de normas internacionales, se replantea esta condición del niño.

La mirada desde la igualdad refleja verdaderos cambios estructurales dentro del sistema jurídico y de la sociedad y con este valor también se modifica el acceso a la justicia. Se trata de una mirada desde una perspectiva diferente, la mirada sobre la capacidad a través de la igualdad de las personas menores de edad (Galletti, Mangione, 2014, p.3).

Es así como surgen las posturas o distintas corrientes que norman el tratamiento de los problemas en que se encuentren involucrados los niños. De manera que, se presentan criterios contrapuestos sobre la pertinencia de un abogado del niño en un procedimiento, con motivo de proporcionar la asistencia jurídica necesaria en el marco del respeto de su voluntad.

Por ello, se presenta el debate sobre si es obligatorio o no, el patrocinio de un abogado para atender un asunto legal en que se encuentre inmerso el niño. Así como también, el hecho de que la figura del asesor del menor actúa como representante del Ministerio Público al atender una tutela promiscua, al impulsar los intereses del Estado y en la medida de proporción los intereses del niño.

Es conveniente destacar la postura señalada por Acosta (2008) al señalar “...que un abogado asuma la defensa de los intereses personales de un niño o adolescente, casi siempre es advertida por un adulto y es este adulto quien debería poder orientar, proponer y, si corresponde, hasta seleccionar un profesional idóneo” (p.4)

Por un lado, la corriente restrictiva señala que la participación del abogado del niño en los procesos administrativos y judiciales, estará condicionado a que el niño haya cumplido 14 años de edad. De tal manera que los niños que no alcancen la mencionada edad carecen de la capacidad necesaria para designar al abogado, en estos casos la defensa debe ser ejercida por un funcionario del Estado. Se establece un criterio rígido, fijando edades específicas en las cuales:

...las personas menores de edad se encuentran capacitadas para ejercer determinados derechos (...). Así, si bien la plena capacidad se adquiere a los 21 años, distingue entre dos grandes grupos: aquellos menores de 14 años y los mayores de tal edad (art. 127 CC), determinando que a partir de los 14 años cesa la incapacidad absoluta (art. 54 CC)...(Pellegrini, 2008, p.4)

Mientras que la corriente amplia concibe al abogado del niño como una garantía al derecho a la defensa y al debido proceso, siendo de esta manera un derecho obligatorio con prescindencia de la edad del niño, en donde el abogado actúa en su condición de patrocinante, sin llegar a representarlo, ni sustituir su voluntad; no se prevé una edad específica para su patrocinio.

Obsérvese que en ambos casos se permite la participación de los abogados en el proceso como patrocinante del niño, conforme lo preveía el artículo 127<sup>o77</sup> y 921<sup>o78</sup> del Código Civil. En consecuencia Pellegrini (2008) nos dice que:

...resulta necesario dejar aclarado que la ley 26.061 no ha modificado ni el sistema de capacidad ni el de la representación procesal impuesto por el Código Civil (...) la Convención de los Derechos del Niño impone como límite a la autoridad paterna el respeto a la evolución de las facultades del niño, reconociendo la autonomía progresiva del niño como parámetro para el ejercicio por sí mismo de sus derechos... (p. 3)

El debate entre ambas corrientes, se presenta en función de que la designación o el rol que desempeña el abogado del niño, va a depender de la edad cronológica de

---

<sup>77</sup>Art. 127° del Código Civil de la Nación Argentina: “Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.”

<sup>78</sup>Art. 921° del Código Civil de la Nación Argentina: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.”

14 años del niño. Lo que se traduce en tema de discusión, puesto que, deberá imperar la progresividad de los derechos en mérito del interés superior del menor de edad, lo que no puede ser limitante en su reconocimiento.

Por otro lado, el Ministerio Público de la defensa según resolución DGN 1234/2006, expreso que el ejercicio del derecho a la participación del abogado del niño en el proceso, está condicionado a las edades cronológicas del niño. Ello, sin tomar en cuenta el desarrollo y evolución del mismo, en franca contradicción al principio de la capacidad progresiva.

El Ministerio Publico de la Defensa adopta el criterio de discernimiento real por sobre el discernimiento cronológico, en la resolución DGN 1234/2006, se recomendó a los defensores de menores arbitrar los medios tendientes a la provisión de un letrado, consignando “el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas —sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo— no responde al principio de “capacidad progresiva” o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño/adolescente”.(Galletti, Mangione, 2014, p.13)

La argumentación de la doctrina y la jurisprudencia, adopta el criterio de que la edad de 14 años no debería marcar un punto de diferenciación entre los niños, niñas y adolescentes, por cuanto se estaría dando el mensaje de que hay una distinción entre unos y otros. Los derechos deben amparar a toda la población infantil sin distinción, y designar un abogado no es una desmejora, en absoluto.

...la evolución legislativa viene habilitando a las personas menores de edad para el ejercicio por si de sus derechos a pasos más veloces que la cultura jurídica. Tal reconocimiento requiere de prácticas concretas de los efectores, a cuyo fin la colaboración interdisciplinaria para elaborar un protocolo de valoración de la particular capacidad del niño concreto.  
(Wallace, 2013, p.7)

Se deduce también, que cuando se requiera de la presencia de un abogado del niño, para quienes tengan menos de 14 años de edad, tal designación debe ser realizada por el Juez. Sin embargo, se insiste que el niño como sujeto de derecho

puede elegir por su designación, en base a su discernimiento, en base al principio de capacidad progresiva y titular activo de sus derechos.

En *sumun*, se observa que la participación o el rol del abogado del niño, en base a las corrientes restrictivas y amplias, difieren en cuanto a su objetivo y propósito. Sin perjuicio de ello, el interés superior del niño opera como un principio universal y se debe velar por el reconocimiento y la efectiva aplicabilidad del mismo, y que se garantice el ejercicio de la intervención procesal del mismo.

Así se observa el criterio de Cavagnaro (2010) al asegurar que "...la ley 26.061 (...) en su artículo 27 establece en términos claros, que los organismos del Estado deberán garantizar la participación de los niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte..." (p. 27)

Las normas internacionales y su influencia vinculante en el derecho interno del Estado, no pueden ser consideradas aisladas, entendiéndose que el Estado asumió la obligación de aplicar en letra y en el ejercicio de las mismas, lo estipulado en la Constitución. Por lo que, el criterio sobre la participación del niño, obedece a prácticas de fuero especial y de rango internacional vinculantes.

Así las cosas, lo concerniente al criterio cronológico y periodo etario en el tratamiento de los niños, y especialmente en cuanto al amparo tutelar que les corresponde en su condición de desarrollo y vulnerabilidad, está sujeto a prácticas divergentes de acuerdo a los criterios contrapuestos. Será el Juez de la causa el encargado en dilucidar la aplicabilidad y la garantía de la tutela al niño.

(...) es facultad de la persona menor de edad decidir si desea contar o no con patrocinio letrado, pero para que pueda hacerlo con libertad debe poder comprender en qué consiste esta figura, cuál es su función en el proceso y las implicancias de una u otra opción. (Galletti, Mangione, 2014, p. 12)

Toda vez que la edad del menor de edad, como se ha dicho, no debería representar una limitación para el reconocimiento de la tutela y amparo del mismo, en el sentido de que, un niño de tres (03) años a pesar de no tener un discernimiento desarrollado, tiene sus propias formas de comunicación. Un ejemplo de ello, es a través de su conducta, así como, la pintura, entre otros.

El desconocer el derecho de unos niños respecto a otros, o de segregar la aplicabilidad de un derecho a un niño con respecto a otro, evidencia una limitación tajante sin eufemismos. La práctica del derecho del niño y sobre la representación de un abogado, y la asistencia del asesor de menores, no deben constituir una excusa para aplicar un retraso, o contravenir el interés del niño.

Vale señalar la postura de descrita en la monografía del Ministerio Público Tutelar de la ciudad autónoma de Buenos Aires, (2010) al afirmar que: "... el asesor de menores deberá controlar que se cumpla con el debido proceso legal, que supone para su legitimación frente a la sociedad la actuación del abogado de confianza de niñas, niños y adolescentes." (p.40)

En este orden de ideas, se deduce que el rol que desempeña el abogado del niño no reemplaza la voluntad del menor de edad, asimismo, no debiera ser una condicionante en el ejercicio de garantizar los derechos de los niños. Puesto que, el amparo o la tutela especial precisamente se brinda para procurar el bienestar integral del menor de edad, como deber de Estado

El principio de igualdad, expuesto en el contenido del escrito no debe considerarse como un formalismo en la letra o como principios utópicos de una sociedad ilusoria. Precisamente los Convenios Internacionales y las Leyes domésticas son dictadas en el rango de garantizar una útil aplicabilidad del derecho del niño, que es aún más efectiva y proteccionista a través del abogado.

Los principios tutelares que amparan al niño no son prácticas gentiles o que pretenden reemplazar la responsabilidad y desempeño de los padres, sino que pretenden reforzar la familia como núcleo fundamental y básico en la crianza y crecimiento responsable de los individuos. Y que por tanto significa un desarrollo colectivo, que desde la óptica positiva y jurídica generara bienestar

El Estado de derecho parte del respecto de las individuales que afectan al colectivo, y siendo el derecho del niño un tema sensible y especial por cuanto se reconoce la vulnerabilidad de los menores de edad. Lo que no significa que deba concurrir una omisión o debilidad jurídica del Estado respecto a los niño, por lo que, en aras del respeto de la norma, no se debe aplicar distinción.

La realización del interés superior del niño exige seguir desarrollando y profundizando la investigación sobre la infancia

(...) la afirmación de los niños como sujetos de derechos no implica asimilarlos a las personas adultas. Es en este sentido que la interacción adultez-niñez debe trascender la idea de alteridad u otredad, para erigirse en un concepto en que esta relación se defina a partir de la palabra dada y la capacidad de escucha... (Alegre, Hernández, Roger, 2014, p.28)

Aun así, la lógica permite comprender el razonamiento y la razón de ser de ambas corrientes doctrinales, en cuanto a la designación y el rol que desempeña el abogado del niño en el proceso. Por tales razones, ya sea en instancias administrativas o judiciales, de carácter civil o penal, lo que requiere atención y fuerza es velar por el interés superior del niño, como titular de derechos.

### **3.4 Jurisprudencia sobre la designación del abogado del niño**

La jurisprudencia sobre intervención del abogado del niño en lo que hace a la defensa técnica jurídica de los niños, es pertinente describir a los fines de contar con un panorama actualizado en lo que respecta a la designación del abogado del niño para intentar relucir y demostrar la importancia de la intervención y la incidencia de dicho profesional para la efectiva participación activa del niño en un proceso judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en dos casos puntuales sobre el abogado del niño, la primera vez fue en el caso “G.M.S. c/J.V.L. s/divorcio vincular”<sup>79</sup> por los Ministros Ricardo L. Lorezetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni. El caso se origina en la Provincia de Santiago del Estero, en donde M. S. G., madre de dos niñas, acusa al progenitor de las mismas J.V.L. por abusar sexualmente de una de ellas, y por tanto, promueve una incidencia de supresión y cesación del régimen de visitas vigente a favor del padre. En forma paralela, solicita una medida cautelar para que se suspendan los encuentros, lo que el juez de grado concede y ante la petición del padre, regula un régimen de visitas acotado y asistido en presencia intermedia de la psicóloga actuante del Tribunal.

Luego, la Cámara Civil santiagueña revocó la sentencia, por lo que la madre de las niñas interpuso recurso de casación – rechazado– y queja. El máximo tribunal

---

<sup>79</sup> C.S.J.N. “G.M.S. c/J.V.L. s/divorcio vincular” expediente G. 1961. XLII. RHE, fallado el 26 de octubre de 2010.

santiagueño, resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación introducido y, en consecuencia, modificó la sentencia de la Alzada disponiendo una restricción respecto de la amplitud del régimen de vistas estipulado a favor del padre, con una modalidad supervisada o asistida de los encuentros.

Luego, contra dicho pronunciamiento la actora interponer recurso extraordinario federal. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Santiago del Estero, observa que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario federal y agrega: “estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo, su derecho a participar en el proceso de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (art. 18 C.N, 75, inc. 22, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 incs. c), d), y e) de la Ley N° 26.061). Todo ello, a fin de asegurar su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una protección judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar; máxime, cuando pueden existir intereses contrapuestos con sus progenitores”.<sup>80</sup> A tales efectos, la CSJN decidió:

...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... Hágase saber al juez de la causa que deberá designar un letrado especializado en la materia a los efectos de que patrocine a las menores L. J. V. y R. J. V. en el proceso.<sup>81</sup>

Es imperantetener en cuenta que en este litigio el nombramiento de letrado patrocinante, es para dos niñas que a la fecha de la sentencia no superan los 14 años de edad, y que además, el pedido de letrado patrocinante para las menores lo hace el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

<sup>80</sup> Dictamen de Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 6 de noviembre de 2007.

<sup>81</sup> Ídem, cit. 79.

La segunda vez que la CSJN se expidió fue el 26 de junio de 2012 en el caso “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho”<sup>82</sup> deducido por la defensora oficial de M. S. M.”, fallado por Ricardo Luis Lorenzetti (por su voto), Elena I. Highton de Nolasco, Enrique S. Petrachi, Eugenio Raúl Zaffaroni, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda (por su voto). En síntesis, los hechos del caso, provienen de un proceso de familia sobre tenencia, en el que M.S.M., una niña de 11 años de edad, hija de las contrapartes en el proceso en el que se debate su tenencia, solicitó ser parte por derecho propio. Esta solicitud fue denegada por el tribunal a quo y el ad quem, Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Ahora bien, contra la decisión del ad quem, se presentó un recurso extraordinario, que fue denegado, y además, la Defensora de Menores de Cámara dedujo ante la Cámara queja ante la renuncia de la letrada que asistía a la niña. El dictamen de la Procuradora Fiscal ante la CSJN, Marta Amelia Beiró de Gonçalves, de fecha 18 de junio del año 2009 aconsejó declarar admisible la queja y rechazar el recurso extraordinario.

Finalmente, la sentencia de la CSJN confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que había rechazado el pedido formulado por la niña, que pretendía ser tenida como parte, por derecho propio y con el patrocinio de un abogado. La CSJN ha sentado jurisprudencia al decir que “...las prescripciones de la ley Nacional N° 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo” (considerando 2°).

Por otra parte, respecto de la capacidad civil, queda claro que las disposiciones que establece el Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Siguiendo con este razonamiento, expresa que “los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2° del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte”.<sup>83</sup>

En el 3° considerando, se explica la diferencia con otra causa en la que sí se nombró abogado del niño y se pone en relieve que el letrado patrocinante fue

---

<sup>82</sup> CSJN “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho.”M.394.XLIV, del 26 de junio de 2012.

<sup>83</sup>Recuperado de <file:///C:/Users/CompaqPresario21/Downloads/6021-17640-1-SM.pdf>.



solicitado por el Ministerio Público de la Defensa y la designación la hizo el magistrado interviniente, “de tal modo que no fueron los menores, sino el magistrado interviniente quien procedió a nombrar el patrocinio letrado requerido por el Ministerio Público de la Defensa”. Esto sucedió en la causa “G., M. S. c/ J., V. L. s/divorcio vincular” en la que se resolvió la designación de un letrado especialista en esa materia para su patrocinio” para los menores involucrados, con el objeto de que fueran escuchados con todas las garantías y pudieran hacer efectivos sus derechos.<sup>84</sup>

La Opinión Consultiva citada en la sentencia y solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Condición jurídica y derechos humanos del niño” (OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002), como argumento de autoridad para justificar que en el caso, no se viola el principio de igualdad y que no existe discriminación por razón de edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores de edad, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

Los Ministros Ricardo L. Lorenzetti y Juan C. Maqueda por su voto, pusieron de relieve que el planteo se había tornado abstracto, pues al momento de emitir su voto, la niña ya tenía más de 14 años y que su abogado había presentado renuncia obrante en el expediente principal, sin que existan constancias de una nueva designación ni manifestación alguna de la peticionaria en ese sentido (considerando 5°).

### **Conclusiones Parciales**

La finalidad del presente capítulo, es que el lector comprenda la importancia que detenta la doctrina de la protección integral, la cual dota a los infantes como un sujeto pleno en ejercicio de derechos individuales y colectivos, abriendo las puertas hacia una legislación que deja entrever el nuevo estado legal de los niños, niñas y adolescentes. Es un importante reconocimiento tanto en Argentina y a nivel internacional, por los mencionados convenios que han surgido en mérito de la defensa del interés superior del niño.

Acto seguido, se inmiscuyó sobre aquella facultad que ostenta todo individuo menor de edad de ser escuchado por el órgano judicial competente, para que sus

---

<sup>84</sup> CSJN “G., M. S. c/ J., V. L. s/divorcio vincular”. Fallo G.1961.XLII, del 26 de octubre de 2010.

decisiones y opiniones sean tomadas en cuenta en todo proceso que atañe a su desarrollo como persona. Ésta expresión de voluntad, como se ha estudiado, puede ser manifestada por medio de un representante letrado.

Ahora bien, es pertinente aclarar que, la distancia que existe entre criterios que pretenden reemplazar la existencia de figuras del abogado del niño respecto a la de asesor de menores, es un asunto a considerar por cuanto el objetivo y concepción de ambas son totalmente opuestos. En ese sentido, vale la pena insistir en las diferencias de que el abogado del niño representa la voluntad y el asesor una defensa promiscua.

Entendiéndose que el abogado del niño ejerce la representación, cuando este así lo considere, como sujeto titular de derechos, y respetando su voluntad. Mientras que el asesor de menores interviene por orden del estado y en mérito de reguardar los intereses de este, como ente que tutela al colectivo sobre el particular, lo que no limita su asesoría sobre el niño individualmente

A partir de estudios doctrinales surgen las corrientes restrictivas y amplias, en función de su propósito y aplicabilidad difieren sustancialmente. La corriente restrictiva sostiene que la representación del niño depende de su condición etaria, mientras que la corriente amplia sostiene que no se debe segregar la tutela de derechos por la edad, y el letrado es garantía del debido proceso.

Finalmente, se expuso jurisprudencia relevante sobre la cuestión de fondo del trabajo de investigación, logrando arribar que el patrocinio letrado, es una figura ineludible y necesaria en manos hoy del menor para que sean satisfechos los resortes formales, los derechos y libertades fundamentales directamente implicados entre ellos podemos mencionar, el debido proceso/defensa, la participación/libertad de expresión, e igualdad ante la ley, etc.

**CAPÍTULO 4: LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO EN  
LAS PROVINCIAS**

## **Introducción**

Como se ha logrado observar en los apartados anteriores, los derechos del niño comprenden, entre otros, el derecho a ser oído y a estar informado, de hecho, este último. Éstos derechos no sólo se fundamenta en el acceso, la información también es presupuesto de ejercicio de un derecho, al permitirle al individuo (en este caso, con autonomía progresiva), actuar o elegir de manera efectiva y acorde a sus intereses(Leonardi, 2014).

El abogado del niño es una figura creada para representar legalmente a los niños, niñas y adolescentes, informándoles previamente sobre su derecho a la asistencia jurídica y defensa técnica, ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo, en el que puedan actuar como parte.

La adecuación de la normativa local a lo previsto en los tratados internacionales de derechos humanos de la niñez, comienza por la adhesión de las provincias a la Ley Nacional 26.601 de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes.

En suma, en el presente capítulo, se analizará cómo se ha llevado a cabo la adopción y aplicación de las normas relacionadas, semejanzas y diferencias entre provincias, haciendo un breve estudio comparativo de sus regulaciones sobre la materia y otras figuras que intervienen en el proceso.

### **4.1. Provincia de Buenos Aires**

El Decreto 62/2015<sup>85</sup>, como anexo único de la Ley 14.568, es la reglamentación prevista en el artículo 07 de esta ley<sup>86</sup>, en virtud de la facultad del Poder Ejecutivo para reglamentar sus disposiciones, a los 90 días de haber sido promulgada.

---

<sup>85</sup>Decreto Reglamentario 62/2015 de la Ley 14.568. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 13 de mayo de 2015.

<sup>86</sup>Ley 14.568. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 06 de febrero de 2014.

La Ley 14.568 provincial, recoge lo dispuesto en la Ley 26.601 nacional acerca de la creación de la figura del abogado del niño y en paralelo, los decretos reglamentarios de cada una (Decreto 415/2006<sup>87</sup> por la Ley 26.601), establecen los requisitos, procedimientos y limitaciones para su ejercicio. Ambos instrumentos comparten, al igual que los de otras provincias que regulan procedimientos relacionados a la protección de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, el acatamiento a lo establecido por el Artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, salvo que la Ley 14.568 no menciona los procesos penales (sólo los de índole civil, familiar y administrativo), lo cual sugiere la integración de un defensor penal infantil para estos fines.

El Colegio de Abogados de Buenos Aires inscribirá en el Registro Provincial de Abogados del Niño a los profesionales con matrícula para actuar en ese territorio y especialización en derechos del niño, aparte de interactuar con cada Departamento Judicial para aportar los datos necesarios de ubicación de estos profesionales, de acuerdo al domicilio del representado, factor determinante para la designación del abogado, atendiendo al interés superior del niño.

La participación del abogado del niño, no impedirá la del asesor de incapaces, aun activa y dependiente del Ministerio Público, circunstancia que pudiera poner sobre la palestra la discusión sobre la aparente incapacidad del menor para designar un abogado por su cuenta, como lo confirma Leonardi (2012) cuando se refiere a la postura restrictiva en tanto tiene su basamento en el sistema cronológico de la capacidad y sostiene que el niño menor de 14 años, conforme a los artículos 54 y 921 del anterior Código Civil, carece de capacidad de hecho para realizar por sí mismos actos jurídicos, y por lo tanto, descarta su participación como parte en el proceso y con la asistencia de un abogado (pág. 14)

Los criterios interdisciplinarios de intervención compensarían el posible conflicto que se generaría por esta alternancia, dado que la asistencia letrada y defensa técnica deben proveerse sin excepción, cada vez que lo solicite el niño, por el

---

<sup>87</sup>Decreto Reglamentario 415/2006 de la Ley 26.601. Boletín Oficial de la República Argentina, del 18 de abril de 2006.

principio de la autonomía progresiva, no susceptible de restricciones arbitrarias en función de su edad cronológica (Leonardi, 2012, pág. 14).

El Ministerio de Justicia dictará las pautas y procedimientos para el pago por las actuaciones de los abogados patrocinantes de los niños, niñas y/o adolescentes y dictará las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias que resulten necesarias; de hecho, se observa que otros supuestos al respecto, podrían ser desarrollados o incorporados, tomando en cuenta que los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 62/2015, se encuentran sin reglamentar.

#### **4.2. Provincia de Córdoba**

La creación de la figura del Abogado del Niño y el Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba han sido impulsados por la Legislatura de la Provincia, quien ha sancionado con fuerza de ley el proyecto<sup>88</sup> para su posterior promulgación por el Poder Ejecutivo, señalando que, en virtud del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la CDN forma parte de ley madre, así como la Ley 26.601 nacional y la Ley 9.944<sup>89</sup> provincial.

El Abogado del Niño ejercerá su oficio, sin perjuicio de la intervención del Asesor de Niños, Niñas y Adolescentes previsto en el artículo 27 de la Ley 26.061, siguiendo lo establecido en el artículo 31 sobre las garantías mínimas que deben cumplirse en los procedimientos de la Ley 9.944:

Inc. c) A ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia, personalmente o en sus padres o tutores que lo representen, cuando no haya intereses contrapuestos, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, sin perjuicio de la intervención del ministerio pupilar cuando corresponda. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado debe asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup>Proyecto y sanción de ley para la creación de la figura del abogado de niños, niñas y adolescentes. Expediente 19082/L/16, Provincia de Córdoba.

<sup>89</sup>Ley 9.944. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, del 03 de Junio de 2011.

<sup>90</sup> Ley 9.944. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, del 03 de Junio de 2011.

Se establecen pautas rectoras para el ejercicio de las funciones como Abogado del Niño, las cuales sugieren mantener una posición más neutral y ajustada al cumplimiento de la voluntad de su representado, por encima de sus intereses personales, en el caso que le corresponda asistir: ejercer la defensa técnica en todo procedimiento administrativo o judicial, haber sido libremente elegidos por sus representados, brindar una asistencia propia de un abogado del niño como lo estipula la ley que crea esta figura, alejarse de toda forma de paternalismo, actuar con especial observancia al deber de confidencialidad y lealtad, informar al niño de todo cuanto suceda en el proceso, ofrecer prueba y controlar la presentada por las otras partes del proceso, representar los intereses de los niños niñas y adolescentes en carácter de parte en todo procedimiento civil, de familia, o penal cuando el niño haya sido víctima directa o indirecta de un delito, y en todo procedimiento administrativo que lo afecte y controlar que quede acreditado en el procedimiento de manera escrita, la modalidad en la que el niño ha ejercido su derecho a ser oído, según su capacidad progresiva.

El Estado Provincial se hará cargo del pago de los honorarios por sus actuaciones, velando siempre porque el “derecho a ser oído se debe convertir en el patrocinio técnico de un abogado que traduzca los interés del niño en actos procesales”<sup>91</sup>.

### **4.3. Provincia de Santa Fe**

Esta provincia también se adhiere a la ley nacional 26.601 para reconocer los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, en atención a su interés superior y por ende, respetando su condición de sujetos de derechos, su derecho a opinar y ser oídos, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

La Ley 12.967<sup>92</sup> contempla en su artículo 25, las garantías mínimas que deben cumplirse en cualquiera de los procedimientos judiciales o administrativos en los que las niñas, niños y adolescentes sean parte, además de los derechos reconocidos “en la

---

<sup>91</sup>Proyecto y sanción de ley para la creación de la figura del abogado de niños, niñas y adolescentes. Expediente 19082/L/16, Provincia de Córdoba.

<sup>92</sup>Ley 12.967. Boletín Oficial de la Provincia de Santa Fe, 22 de Abril de 2009.

Constitución Nacional, la CDN, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten”. No hay referencia directa y explícita a un Abogado del Niño, como en la Ley 14.568 pero, no deja de regular la obligación de garantizar que el niño, niña o adolescente sea asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, en forma privada y confidencial, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo y en caso de carecer de medios económicos, el Estado le designará un letrado de la lista de abogados de oficio que proveerán las instituciones que se mencionan en su decreto reglamentario:

Inc. e) A los fines de dar cumplimiento a lo establecido y garantizar servicios jurídicos gratuitos, la autoridad de aplicación deberá confeccionar una lista de abogados de oficio integradas preferentemente por letrados especializados en niñez y adolescencia. La misma podrá estar integrada por abogados que integren la planta de personal permanente o no permanente del Estado Provincial, Municipal o Comunal y/o de profesionales aportados por organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades, en caso de inexistencia o insuficiencia de personal estatal especializado para conformar la misma, en virtud de la suscripción de convenios con este fin<sup>93</sup>.

Comenta Leonardi(2012), que la figura aún no ha sido implementada pero, en agosto de 2014, se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que propone la creación del Registro Provincial del Abogado del Niño (p.7)

El representante legal debe ser informado de inmediato del lugar donde se encuentra el niño, en los casos de privación de libertad, al igual que sus padres o la persona encargada o con la que sostenga vínculos afectivos.

Se crea la figura del Defensor Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, dentro del ámbito de la Defensoría del Pueblo, quien tendrá a cargo la obligación de velar por la protección y promoción de sus derechos ante las instituciones públicas y

---

<sup>93</sup>Decreto Reglamentario 619/2010 de la Ley 12.967. Boletín Oficial de la Provincia de Santa Fe, del 12 de Mayo de 2010.



privadas, junto a la supervisión y auditoría de la aplicación del Sistema de Protección Integral en la provincia. Este funcionario depende en forma directa del Defensor del Pueblo pero, ambos pueden delegar sus funciones en los Defensores del Pueblo Adjuntos de la Ciudad de Santa Fe y de Rosario, como también pueden ser sustituidos por ellos, en caso de imposibilidad temporal o definitiva e incluso cuando se presente alguna recusación y excusación. No debe confundirse su labor con la de un representante legal designado para un caso en particular; el Defensor es propuesto, designado o removido por la Legislatura Provincial, aunque se le exige igual idoneidad y especialización en la defensa y protección activa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y sus familias.

Se encarga de supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las niñas, niños o adolescentes, denunciar cualquier irregularidad que amenace o vulnere sus derechos, proporcionar asesoramiento acerca de los recursos disponibles para solucionar problemáticas relacionadas, recibir reclamos o denuncias en forma personal y gratuita, canalizándolo a través del organismo competente.

ARTÍCULO 38 Las Defensoría Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes se integrará con un equipo técnico, compuesto como mínimo por: a) Un/a trabajador/a social; b) un/a psicólogo/a especialista en niños y adolescentes; c) tres abogados/as; d) un/a médico pediatra; e) un/a profesor de educación física; f) dos acompañantes terapéuticos; y g) un/a docente. Asimismo contará con el apoyo administrativo que fuere necesario. A propuesta del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, podrán designarse dos adjuntos que auxiliarán a aquél en el ejercicio de sus funciones<sup>94</sup>.

Se ha previsto trabajar conjuntamente con las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), manteniendo un control sobre sus actividades mediante el Registro Provincial de Organizaciones No Gubernamentales, conforme a lo establecido en el art. 49. Estas organizaciones deben gozar de la habilitación correspondiente y la asistencia profesional de un equipo interdisciplinario compuesto de por lo menos un/a trabajador/a social, un/a licenciada/o en psicología y un/a

---

<sup>94</sup>Decreto Reglamentario 619/2010 de la Ley 12.967. Boletín Oficial de la Provincia de Santa Fe, del 12 de Mayo de 2010.

abogado/a. Contarán a su vez con la debida asistencia técnico jurídica de la Subsecretaría de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia, de las Direcciones Provinciales y de las Delegaciones Regionales, así como también fue establecido para los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos existentes o a crearse en los Municipios y Comunas y en el ámbito de los Ministerios: “la intervención de estos organismos no es excluyente de la actuación articulada de otros organismos que aborden la temática de niñez”.

Se convoca a la integración del Consejo Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes por parte de la Subsecretaria de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia, teniendo en cuenta la descentralización regional de la Provincia de Santa Fe en cinco nodos y por cada uno, se convocará a dos representantes del Poder Legislativo, dos del Poder Ejecutivo, dos del Poder Judicial, dos representantes de Universidades Nacionales, diez representantes de Municipios y Comunas, dos representantes de Colegios Profesionales y cinco de Organizaciones No Gubernamentales, involucrados en la temática de niñez.

#### **4.4. Provincia de Río Negro**

Con la Ley 5.064<sup>95</sup>, de manera muy similar a la Ley 14.568, se crea la figura del Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes y el Registro Provincial de Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Río Negro. Coinciden sus disposiciones en cuanto a la asistencia jurídica y defensa técnica, provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del/la niño/a, que privará también en la emisión de los datos necesarios para la designación del abogado a través del Colegio de Abogados, quien interactuará con cada Departamento Judicial y cualquier organismo interviniente, tomando en cuenta el domicilio de influencia o del entorno del niño, a fin de difundir esta información y garantizar su accesibilidad.

Esta ley, en comparación con otras legislaciones que abordan esta temática, establece muy claramente que, el abogado intervendrá en cualquier procedimiento civil, penal, familiar o administrativo y los gastos que se generen por sus actuaciones

---

<sup>95</sup>Ley 5.064. Boletín Oficial de la Provincia de Río Negro, 28 de septiembre de 2015.

serán sufragados, en primer lugar, por quienes están a cargo de las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 7° - Honorarios. Las costas y particularmente los honorarios que genere la actuación profesional del abogado del niño, niña y adolescente, serán a cargo de los padres o tutores de los mismos. En caso de la carencia de recursos económicos debidamente acreditada o existencia de conflicto de intereses entre los menores y sus padres, el Poder Ejecutivo Provincial será el encargado de cubrir los montos, sin perjuicio de la posterior acción de repetición que pudiera entablarse contra aquéllos. Todo ello, conforme los aranceles que determinen la normativa vigente y la condena en costas que pudiera establecerse.

Lo mismo podría decirse en cuanto a la delimitación de sus funciones, al ser presentadas de una forma más taxativa y descriptiva en su artículo 5°: brindar asesoramiento de cualquier índole, realizar la defensa técnica de los derechos y garantías del niño con observancia de su voluntad, promover las medidas judiciales y extrajudiciales correspondientes a la protección de esos derechos, solicitar al juez interviniente que declare el estado de adoptabilidad cuando sea aplicable, oponerse a la internación y/o institucionalización acudiendo a medios alternativos y solicitando la restitución del vínculo familiar y/o externación y en caso no se pueda evitar la internación o la institucionalización, esta sea por el período más breve posible.

Esta ley no cuenta con un decreto reglamentario, como lo han implementado otras provincias.

#### **4.5 Provincia de Salta**

Cabe destacar la Resolución número 15247 de fecha 11 de abril de 2017 emitida por el Ministerio Público de la Provincia, conforme lo establecido en el CCCN en sus artículos 103 y 26, que basada en dicha normativa contempla la intervención del Ministerio Público en los asuntos judiciales y extrajudiciales donde intervienen niños.

La anteriormente mencionada resolución de la Provincia, además establece que los niños y adolescentes pueden intervenir en los procesos judiciales y administrativos actuando en nombre propio con la asistencia de letrados, respectivamente. En caso de que los niños o adolescentes no tengan los recursos necesarios para contratar dicha asistencia, el Estado deberá proporcionárselo, conforme a la Ley N° 7970. Es a partir de dicha normativa, que se crearon tres (03)

cargos de abogados del niño, los cuales están subordinados a la Asesoría General de Incapaces.

Asimismo, se deberá garantizar a los niños, el derecho a acceder a la justicia, educación, salud, en pro del derecho de cada niño, a través de la administración de justicia.

### **Conclusiones Parciales**

A pesar que las provincias tienen como base la Ley 26.601, este instrumento no limita la asistencia letrada a situaciones de conflicto de intereses como lo hace el CCCN vigente en su artículo 26, lo que ha originado conflicto en su interpretación, concatenada a la normativa especial sobre protección, en cuanto a la capacidad del niño.

Normalmente, es el Ministerio Público quien asume la función del Abogado del Niño, aunque podría desempeñar su rol tradicional sin excluir la intervención de otro defensor, como lo permiten las leyes provinciales incluso.

De acuerdo a la Resolución 20553<sup>96</sup> del Colegio de Abogados de Córdoba, las Asesorías de Niñez y Juventud del Fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar están asumiendo el rol del abogado del niño del art 27 de la ley 26061, a petición del Juez de Niñez ,Juventud y Violencia familiar hasta tanto sea implementada la figura ,asumiendo este rol el asesor de niñez y juventud siguiente al que por turno corresponda por petición del juez de Niñez Juventud y Violencia interviniente .Que si también en los Juzgados de Familia como las asesorías del mismo fuero, están aceptando la intervención del abogado del niño a petición de parte y/o del niño niña o adolescente teniendo en cuenta la madurez y capacidad progresiva del mismo.

La presencia de un defensor especialmente designado para los niños, no sustituye la orientación que deben proveer y es tarea de los padres pero, en su ausencia o por su actuación contraria al interés superior del niño, el abogado del niño tiene una posición relevante en la sociedad por el respeto de los Derechos Humanos inherentes a todos los individuos y al orden público.

---

<sup>96</sup>Resolución 20.553/2012. Colegio de Abogados de Córdoba, 11 de Diciembre de 2012.

De hecho, la sociedad civil no está exenta de responsabilidad. Es nuestro deber difundir la información necesaria para denunciar cuando no se cumpla esta normativa. La población más vulnerable a la violación de sus derechos y garantías, cuenta con instrumentos legales para su protección, reconocidos internacionalmente y por ende, adoptados por la Carta Magna, que no soslaya la importancia de las generaciones de relevo para el progreso de la Nación.

## **CONCLUSIONES FINALES**

La Convención sobre los Derechos del Niño ha generado una internalización de los parámetros internacionales respecto del respeto por los niños, niñas y adolescentes. A razón de internalizar tales disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico, se ha dictado la Ley Nacional N° 26.061 sobre la Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, que tal como indica su nombre, consagra en su contenido la protección del integral del menor de edad, lo que es equiparable a su armónico crecimiento psicológico, emocional y social. A la luz de la referida ley, se observa la influencia del postulado internacional de la CDN.

Así las cosas, Las normas domesticas e internacionales que rigen el derecho del niño, versan sobre los principios de derechos humanos que se encuentran previstas en la CDN, en la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, y en el CCN donde se reconoce al niño como sujeto de derecho.

Una de las cuestiones más importantes introducidas en nuestro ordenamiento jurídico, es el Derecho del niño a ser oído, ya que, si bien son representados por sus progenitores, ello no obsta que se presenten disputas entre los involucrados en un proceso y en el cual un niño se ve comprendido. Es así que nace la figura del abogado del niño, a quien se le requerirá, para garantizar la tutela judicial efectiva y la observancia del debido proceso en el procedimiento.

Es preciso resaltar que el debido proceso, además de ser obligatorio durante la tramitación jurídica del proceso, de manera diáfana, también deberá tomarse en consideración el etario del menor de edad. En este caso, por su condición de crecimiento, el niño es objeto de una protección especial por parte del Estado, pretendiéndose formar a un adulto responsable que contribuya a la sociedad.

Esta situación también se vincula con el principio de capacidad progresiva en el nuevo CCCN, se puede concluir que la postura de la capacidad progresiva, ha sido acogida por el proyecto y finalmente en el texto sancionado del mismo cuerpo normativo

La puesta en marcha del criterio de capacidad progresiva de la CDN, implica un paso al frente sobre las pautas rígidas de incapacidad de los menores determina en el código civil, desconocen que la ley 26061, trajo un avance en la Convención mencionada, al reconocer el derecho de defensa técnica de todo niño, niña y adolescente, cualquiera fuera su edad y no lo condiciona a su capacidad progresiva, ni la existencia de intereses distintos a los padres.

El proceso es la garantía de que se cumplan las instancias que establece la ley en el marco de un debido proceso que no trasgreda principios constitucionales. Por ende, la representación del niño en el proceso, en primera instancia corresponde a los padres, por motivo de su responsabilidad de crianza y desarrollo, naturalmente.

Ello, en consonancia con la protección integral como máxima de aplicabilidad, en mérito de garantizar una defensa técnica que patrocine los derechos del niño. Lo que se distancia sustancialmente de las disposiciones que anteriormente regían el régimen especial del niño, que lo consideraban objeto de obediencia y sustituía su voluntad.

Así las cosas, el abogado del niño puede ser designado por elección del menor de edad, o también podrá ser designado por el juez, en la medida en que el mismo lo autorice, lo cual puede ocurrir de oficio, si no se tienen recursos para su designación. Por otra parte, es de hacer notar que el interés superior del niño y debido proceso fungen como pilares de su auténtica protección integral.

Sin embargo, y para confirmar la hipótesis planteada, puede reflejarse que las provincias han estipulado los lineamientos de la figura del abogado del niño, incorporándola a sus legislaciones de conformidad con la normativa internacional. Aunque, como se ha analizado a lo largo del presente trabajo de investigación, a pesar de la importancia del abogado del niño, son pocas las provincias que lo han hecho.

Sin perjuicio de ello, la figura del abogado del niño es novedosa en nuestra legislación, y la falta de reglamentación o de un decreto reglamentario que, anexo a esas leyes, desarrolle el lineamiento a seguir para llevar a cabo las actividades y el funcionamiento de esas instancias novedosas y necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en los tratados internacionales, podría traducirse en poca voluntad legislativa por parte de las autoridades y el menoscabo de esa asistencia técnica,

indispensable para la protección de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

Es preciso insistir en que las instituciones públicas y privadas, deberán adoptar medidas para el bienestar del niño, y asegurar su protección y cuidado. Asimismo, se deberá considerar la voluntad y la responsabilidad de los padres y del núcleo familiar, siempre y cuando ello no implique un desmedro de los derechos del niño, conforme los artículos 3, 5 y 12 de la CDN.

La Ley Nacional N° 26.061 establece el interés superior del niño, conforme sea respetada la voluntad del niño, al ser escuchada la opinión del mismo, de acuerdo a su edad y capacidad de discernimiento, Asimismo, es deber del Estado garantizar la asistencia y defensa de sus derechos en los procedimientos judiciales y administrativos, de conformidad con los artículos 3, 24 y 27 de esta Ley.

La finalidad del abogado del niño es ejercer la defensa de los niños y adolescentes, respetando la opinión de ellos, independientemente de su edad y el entorno donde se desenvuelva. El acceso a la información y a la asistencia técnica no debe constituirse en impedimento para lograr justicia cuando lo amerite, razón por la cual debe instarse a todas las provincias de nuestro país a los fines de reglamentar sin falta esta figura.

El autor concluye que la hipótesis planteada al comienzo de la investigación fue confirmada atento que en base a las disposiciones del CCCN, las normas locales, nacionales e internacionales respecto de la figura del abogado del niño se considera que las normativas provinciales deben ser el principal criterio para demarcar fehacientemente cuando es procedente el desempeño del abogado del niño.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

- Acosta, K. (2008) “Cuando un niño necesita un abogado: Sistema argentino de información jurídica”. Recuperado de <http://www.saij.jus.gov.ar>
- Arias, P. A. (mayo de 2010). Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores. Del niño sacer a la exigibilidad de derechos . Buena Aires, Argentina: Ministerio Publico Tutelar.
- Baratta, A. (2011). Una aproximación al significado y contenido del derecho del menor a ser oído. Recuperado de <https://www.buenastareas.com/ensayos/Una-Aproximaci%C3%B3n-Al-Significado-y-Contenido/3224366.html>.
- Cavagnaro, M. (2010).Oír o escuchar a los niños?. Una diferencia que no es menor: Sistema argentino de información jurídica. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com/2010/10/escuchar-los-ninos-para-la-toma-de.html>
- Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. y Fernández, S. (2016) “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Cataldi, M. M. (2012). Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. Buenos Aires Argentina: Alberedo Perrot.
- Cavagnaro, M. (2010). Oír o escuchar a los niños. Una diferencia que no es menor: Sistema argentino de información jurídica”. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com/2010/10/escuchar-los-ninos-para-la-toma-de.html>
- De Carlo, I. (2014). Derecho del menor a ser oído, una herramienta efectiva: sistema argentino de información jurídica. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar>

- El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior. (2013). Recuperado de <http://www.lgluduenia.com.ar/derechoninio.pdf>
- Elías, Jorge A. (2017). Asuntos procesales relacionados con la nominación del tutor en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/28/asuntos-procesales-relacionados-con-la-nominacion-del-tutor-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>.
- Ekmekdjian, M. A. (1999). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.
- Fama, V. (2009). Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia. *Jurisprudencia Argentina*. ISSN 0326-1190.
- Fernández, S. (2010). Rol del asesor de menores a la luz del sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Nuevos perfiles del debido proceso constitucional de infancia. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Galletti, M. (2014) “Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes”. Asociación Argentina de Profesores de Derecho Constitucional y la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- García Méndez, E. (1994). Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral. Santa Fé de Bogotá: Forum Pacis.
- Herrera, N.S., (2015). La participación del niño a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial. [Versión Electrónica] Revista Jurídica La Ley 2015 (abril), 06/04/2015 cita online: AR/DOC/874/2015.
- Jalil, S. (2017). “El abogado del niño: a propósito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Recuperado de [https://www.academia.edu/18920677/El\\_abogado\\_del\\_ni%C3%B1o\\_a\\_prop%C3%B3sito\\_del\\_Nuevo\\_C%C3%B3digo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Naci%C3%B3n](https://www.academia.edu/18920677/El_abogado_del_ni%C3%B1o_a_prop%C3%B3sito_del_Nuevo_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial_de_la_Naci%C3%B3n)

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). El derecho constitucional del niño a ser oído. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (II), pp. 157-170.
- Kemelmajer de C., Molina A., Mariel, F. (2015) “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”. *RCCyC 2015* (noviembre), 3.
- Lapad Mirta, Casey Maria Ines, Rodriguez Virgili. (Mayo de 2010). *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores. El rol del asesor de menores a la luz de la ley 26.061*: . Buenos Aires: Ministerio Publico Tutelar.
- Leonardi, C. (2012). “El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del Fallo “M., G. C/ P., C. A.” Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Leonardi, C. (2014). “El derecho de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a a propósito de la Ley Provincial 14.568”. *Revista Niños, Menores e Infancias* (9), Instituto de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1-24.
- Leonardi, C. (2016) “El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo “M., G. c/ P., C. A.”. *Revista Electrónica. Cuestión de Derechos*.
- Leonardi, C. (s.f.). El derecho de los/as niños/as a contar con un/a abogado/a a propósito de la Ley Provincial 14.568. *Revista N° 9 Niños, Menores e Infancias* , 24.
- Ludueña L. G. (1989). El derecho del niño a ser oído en el marco del principio constitucional de su interés superior. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 28. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Buenos Aires (2010). *Las políticas públicas de infancia y salud mental: Un análisis en la ciudad de Buenos Aires desde una perspectiva de los derechos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eudeba.
- Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Buenos Aires (2013) *Nuevas ideas, nuevos sujetos de derechos: infancia y salud mental en la ciudad de Buenos Aires 2013*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eudeba.
- Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Buenos Aires, (2010). *Redefiniendo*

el rol del asesor de menores: monografías seleccionadas en el concurso realizado en las XXII jornadas nacionales de los ministerios públicos 2009. Buenos Aires, Argentina: Editorial Eudeba.

- Minyerski, N. y Herrera, M. (2008). *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061. Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, análisis de la Ley 26.061, 2da ed.* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Minyerski, N. (2007). *Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del niño.* Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Pellegrini, M. (2008). La figura del abogado del niño y el carácter de parte de niños y adolescentes. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Perdomo, J. R. (2008). El derecho del niño a ser oído y a opinar en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes. Caracas: Acea.
- Rey-Galindo, M. J. (2019). El Abogado del Niño. Representación de una garantía procesal básica. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17(1), 35-46. doi:<https://dx.doi.org/10.11600/1692715x.17101>.
- Robledo, D. (2013) “Abogados de los niños, niñas y adolescentes: Reflexiones desde el derecho procesal, thelawyers of children and adolescents: procedural law’s perspective”. Vol. IV, Nº 1, *Revista de la facultad*.
- Rodríguez, L. (2010). El asesor de menores nació ligado al Patronato y el abogado del niño, ligado a la protección integral de derechos ¿Es posible compatibilizarlos? En: *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores.* Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Rodríguez, L. (Mayo de 2010). *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores.* El asesor de menores nació ligado al Patronato y el abogado del niño, ligado a la protección integral de Derechos ¿Es posible Compatibilizarlos? Buenos Aires, Argentina: Ministerio Publico Tutelar.
- Rodríguez, L. (2017) *Derechos Humanos, Políticas Públicas y Justicia para el Sur.* Buenos Aires, Argentina: La Ley.

- Roger, Hernández, Alegre (2014) Cuaderno 05: El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. Sistema de Información de tendencias educativas en América Latina. Fundación Arcor, Unicef.
- UNICEF, (2014). ¿Qué es la protección integral de la infancia?. Recuperado de [https://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview\\_8887.htm](https://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview_8887.htm) el 10/05/2019.
- Vigo, F. C. (2015) “El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia”. Recuperado: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf>.
- Viola, S. (2016) “Autonomía Progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”. Revista Electrónica. Cuestión de Derechos.
- Wallace, N. M. I. (2012). Implicancias del régimen de capacidad civil de la persona humana menor de edad en los procesos del fuero de niñez, juventud y violencia familiar. prácticas vigentes referidas a su representación y patrocinio. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2131.pdf>.
- Solari, N. E. (2013). El abogado del niño en el Proyecto. Recuperado de <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/06/REVISTA-DERECHO-UNS-VII-2018-ESPECIAL.pdf>.
- Wallace, N. (2013) “Comisión nº1, Privado Parte General: Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana”. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2131.pdf>
- Dra. Laura Rodríguez El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

## **Legislación**

- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, de fecha 08 de Octubre de 2014.
- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Boletín Oficial de la República Argentina, 24 de Abril de 1964.
- Ley N° 23.849. Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. Sancionada en Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho el 16/10/1990.
- Ley N° 26.061. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el 28 de diciembre de 2005. Publicada en B.O. el 21/10/2005.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
- Ley N° 22.278 de Régimen penal de la minoridad. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el 25 de agosto de 1980.
- Decreto Reglamentario 415/2006 de la Ley 26.601. Boletín Oficial de la República Argentina, del 18 de abril de 2006.
- Decreto Reglamentario 619/2010 de la Ley 12.967. Boletín Oficial de la Provincia de Santa Fe, del 12 de Mayo de 2010.
- Decreto Reglamentario 62/2015 de la Ley 14.568. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 13 de mayo de 2015.
- Ley 12.967. Boletín Oficial de la Provincia de Santa Fe, 22 de Abril de 2009.
- Ley 14.568. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 06 de febrero de 2014.
- Ley 22.278 sobre el Régimen Penal de la Minoridad. Boletín Oficial de la República Argentina, de fecha 28 de Agosto de 1980.

- Ley 26.061 sobre la Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de Octubre de 2005.
- Ley 5.064. Boletín Oficial de la Provincia de Río Negro, 28 de septiembre de 2015.
- Ley 9.944. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, del 03 de Junio de 2011.
- Ley de Patronato Estatal de Menores Nro. 10903. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de octubre de 2019.
- Ley Orgánica del Ministerio Público de la Nación Nro. 27148. Boletín Oficial de la República Argentina, 17 de Junio de 2015.
- Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946. Boletín Oficial de la República Argentina, de fecha 23 de Marzo de 1998.
- Ley Provincial N° 7970. Boletín Oficial de la Provincia de Salta, 16 de enero de 2017.
- Proyecto y sanción de ley para la creación de la figura del abogado de niños, niñas y adolescentes. Expediente 19082/L/16, Provincia de Córdoba.
- Proyecto y sanción de ley para la creación de la figura del abogado de niños, niñas y adolescentes. Expediente 19082/L/16, Provincia de Córdoba.
- Reglamento General del Ministerio Público, aprobado por Resolución General N° 5567/07, Boletín Oficial de la República Argentina, 30 de Mayo de 2007
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, “Reglas de Tokio”, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de Diciembre de 1990.
- Resolución 20.553/2012. Colegio de Abogados de Córdoba, 11 de Diciembre de 2012.
- Resolución E 1234 / 2017 del Ministerio de Educación y Deportes. Boletín Oficial de la República Argentina, de fecha 14 de marzo del 2017.
- Resolución N°15247/2017. Boletín Oficial de la Provincia de Salta, 11 de abril

de 2017.

- Resolución Nro. 15.247/2017. Boletín Oficial de la Provincia de Salta, 11 de abril de 2017.

### **Jurisprudencia**

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M., G. c. P., C. A”. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.”, sentencia de fecha 26 de junio de 2012. Recuperado de <http://rodolfojauregui.blogspot.com/2013/07/la-cs-jn-y-un-fallo-que-deja-dudas.html>
- CS, Junio 14-1995."Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, Maria Gabriela"Primera instancia, el Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de San IsidroSC Buenos Aires, 2002/05/02. "S. de R., S. R. c/ R., J. A
- CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, 19/4/12, Rubinzal on line - RC J 2607/12.
- C.S.J.N. “G.M.S. c/J.V.L. s/divorcio vincular” expediente G. 1961. XLII. RHE, fallado el 26 de octubre de 2010.
- CSJN “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho.” M.394.XLIV, del 26 de junio de 2012.
- CSJN “G., M. S. c/ J., V. L. s/divorcio vincular”. Fallo G.1961.XLII, del 26 de octubre de 2010.

### **Sitios de Internet**

- Breve análisis de las políticas de Infancia en Argentina, sus paradigmas y la construcción de la nueva ley. Recuperado de [www.casacidn.org.ar](http://www.casacidn.org.ar) el 21/05/2019.
- Recuperado de [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674) el 24/05/2019.
- Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/los-derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-en-la-convencion-internacional-sobre-los> el



27/05/2019.

- Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/proteccion-de-los-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes> el 26/05/2019.
  - Recuperado de file:///C:/Users/CompaqPresario21/Downloads/6021-17640-1-SM.pdf.
-