



**TRABAJO FINAL DE GRADO**

**EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y SU REPRESENTACION EN  
EL PROCESO JUDICIAL ARGENTINO**

Autor: María Jesús Fernández

DNI: 32.872.585

Legajo: VABG13395

Carrera: Abogacía

2019

### **Resumen ejecutivo**

Las modificaciones a nuestro Código Civil y Comercial de la Nación han sido muy importantes, se logró afianzar derechos que se encontraban regulados en leyes complementarias y en tratados internacionales. Respecto al tema que planteamos del “Derecho de los niños a ser oídos en el proceso” han sido muy relevantes y es por eso que abordaremos un análisis de las innovaciones en materia del Derecho del Niño y su participación en el proceso.

Se realizará un recorrido histórico sobre el reconocimiento de dicho derecho tanto en leyes nacionales así como también en tratados internacionales.

El espíritu del presente trabajo se basa en la necesidad de determinar si efectivamente pese a estos cambios se respetan los derechos de los niños a ser oídos en el proceso como sujetos de derechos, representados por la figura del “abogado del niño”. De esta manera descubriremos de la lectura del trabajo si en la práctica se ha logrado soslayar falencias que se extendieron durante muchos años en materia de derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes que nunca fueron llevados a cabo en la práctica.

**Palabras claves:** *Capacidad progresiva, Derecho a ser oído, el abogado del niño, debido proceso, participación en el proceso.*

**Abstrac:**

The modifications to our Civil and Commercial Code of the Nation have been very important; it was possible to consolidate rights that were regulated in complementary laws and in international treaties. Regarding the issue we raised about the "Right of children to be heard in the process" they have been very relevant and that is why we will address an analysis of what the innovations have been in the area of Children's Rights and their participation in the process.

There will be a historical tour on the recognition of this right both in national laws as well as in international treaties.

The spirit of the present work is based on the need to determine whether, in spite of these changes, the rights of children to be heard in the process as subjects of rights, represented by the figure of the "child's lawyer", are respected. In this way we will discover the reading of the work if, in practice, we have been able to ignore shortcomings that were extended for many years in terms of rights recognized to children and adolescents that were never carried out in practice.

**Keywords:** *Progressive capacity, Right to be heard, child's lawyer, due process, participation in the process.*

**Agradecimiento:**

*Este trabajo está dedicado a toda mi familia, en especial a mi esposo e hijos, que siempre estuvieron apoyándome a cada instante. A mi madre que siempre me puso en sus oraciones en momentos de exámenes. A mis hermanos, parientes, suegros y cuñados que siempre con su palabra me alentaron a seguir.*

*A todos muchas gracias.*

## Índice

<b>Resumen ejecutivo.....</b>	<b>1</b>
<b>Abstrac:.....</b>	<b>2</b>
<b>Agradecimiento: .....</b>	<b>3</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>6</b>
<b>Capítulo I Evolución normativa de la capacidad progresiva.....</b>	<b>10</b>
Introducción .....	10
1.1 Recepción normativa de los derechos del niño. ....	11
1.2 Observaciones generales del comité de los Derechos del niño. ....	13
1.3 Protección Integral de los niños ley 26.061. ....	17
1.4 Capacidad en el actual Código Civil y Comercial. ....	19
1.5 La autonomía Progresiva. ....	21
Conclusión .....	25
<b>Capítulo II Derecho a ser oído marco normativo .....</b>	<b>26</b>
Introducción .....	26
2.1 Art. 12 de La Convención de los D° del Niño.....	27
2.2 Derecho a ser oído Ley 26.061 .....	28
2.3 Ley 26.994, reforma del Código Civil Y Comercial de la Nación.....	33
Conclusión .....	35
<b>Capítulo III Intervención del niño en el proceso Judicial y administrativo .....</b>	<b>37</b>
Introducción .....	37
3.21 Derecho a participar en el proceso judicial o administrativo. ....	38
3.2 La representación del menor en el proceso .....	43
3.3 El ministerio público, tutor y curatela.....	46
3.3.1 El ministerio publico.....	46
3.3.2 Tutores y curadores públicos .....	49
3.3.3 Tutor ad Litem .....	50
Conclusión .....	52
<b>Capítulo IV El abogado del niño .....</b>	<b>54</b>
Introducción .....	54
4.1 letrado del menor según ley 26.061 .....	55
4.2 Modificaciones al Código Civil y Comercial.....	57
4.2.1 Condiciones para designar abogado .....	58
4.2.2 Edad y grado de madurez .....	61

4.2.3 ¿Quién puede cumplir esa función?.....	61
4.2.4 asistencia letrada a la luz del Código Civil y Comercial.....	62
5. Pautas rectoras de la figura del abogado del niño .....	63
Conclusión .....	64
<b>Conclusiones Finales .....</b>	<b>67</b>
<b>Listado de bibliografía.....</b>	<b>71</b>

## **Introducción**

El presente estudio se centra en comprender el derecho del niño a ser oído en el proceso judicial, analizando su reconocimiento por el Estado Argentino y sobre todo a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Buscaremos comprender si la legislación Argentina ha adecuado la normativa local a la convención de los Derechos del Niño y sobre todo si se ha logrado efectivizar en la actualidad.

La investigación se concentrará en las siguientes preguntas ¿Cuáles son las condiciones para el derecho del niño a ser oído en el proceso judicial Argentino? ¿Estas condiciones vulnera el derecho a ser oídos y a la igualdad en el proceso?

La relevancia respecto de la temática elegida se hace notable desde un aspecto tanto jurídico como social. El primero de ellos se relaciona con la posibilidad de esclarecer cuales son las condiciones para que los niños tengan derechos a ser oídos y asistidos legalmente en pos de la satisfacción de sus intereses cuando estos estuvieren en conflicto.

Por otro lado, la relevancia social se hace notable frente al reconocimiento por parte del Estado, mediante la normativa protectoria de los niños, niñas y adolescente (en adelante NNyA), a partir de la cual se busca brindar certeza en cuanto a la aplicación práctica de los mismos, siendo de gran aporte para la utilización de la figura del abogado del niño.

Para lograr este trabajo el objetivo general será analizar el marco normativo regulatorio pertinente a las condiciones de un niño a expresarse libremente y ser oído en defensa de sus propios intereses.

Por eso el recorrido histórico comienza en el año 1994, con la reforma de la Constitución Nacional se le asigna jerarquía constitucional a diversos tratados, entre ellos al texto legal de la

Convención sobre los Derechos del Niño, en su art.12 regula lo referido al Derecho del Niño a ser oído.

Luego de este primer reconocimiento se plasma en la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes sancionada en el año 2005 y más recientemente en el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación cuya entrada en vigencia se produjo en el mes de Agosto del 2015.

Tras los diversos cambios cronológicos que se efectuaron, se busca determinar cuáles son las modificaciones normativas introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación. Relativos a los derechos del niño y si estos representan realmente un avance en términos de brindar a la niñez una adecuada cobertura legal.

Por otra parte en el proceso judicial determinaremos si el niño es sujeto del proceso y sobre todo si se respetan las garantías constitucionales reconocidas a todo sujeto de derecho.

Continuaremos con el estudio del rol del abogado del niño, figura que actúa en el proceso judicial para proteger el derecho de defensa del menor. Se analizara cuáles fueron los motivos que tornaron necesaria su creación y cuáles son las condiciones para su actuación.

Pero lo más importante es determinar si efectivamente esta nueva figura fue creada para dar cumplimiento al art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño. Si marca el fin del paradigma que considera al niño como objeto destinatario de las políticas protectorias del derecho, para dar lugar a la actual concepción del niño sujeto de derecho, protagonista activo de su propia vida.

Y por último determinar si efectivamente se da cumplimiento a las garantías constitucionales cuando hablamos de niños o niñas y adolescentes en el proceso judicial



Ante lo expuesto, con el presente trabajo se logrará establecer en forma clara y precisa a partir de qué momento los NNyA pueden ejercer su participación. Tanto mediante la escucha activa de los mismos en el proceso, como mediante la asistencia legal, para lo cual se estudiará tanto la doctrina como la jurisprudencia más relevante en la materia.

Para el desarrollo del presente trabajo la investigación a utilizar es descriptiva y exploratoria. Consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema (Sampieri, 2006). Describiremos conceptos necesarios para la comprensión de la temática abordada y para lograrlo se estructuró el presente trabajo en cuatro capítulos.

En el primero buscaremos comprender que es la capacidad progresiva desde su reconocimiento en la Convención de los Derechos del niño hasta su reconocimiento legal en el Código Civil. En el capítulo II estudiaremos concretamente el derecho del niño a ser oído, concentrándonos en el estudio de la ley 26.061 hasta la ley 26.994 que reforma el Código de Fondo. Desarrollaremos que se entiende por el derecho del niño a ser oído y su reconocimiento legislativo.

Para finalizar analizaremos en el capítulo III la intervención del menor en el proceso judicial y concentraremos nuestro estudio en las distintas figuras jurídicas que cumplen diferentes roles a la hora de representar al menor, los tutores y curadores.

Culminando el capítulo IV con la figura del abogado del niño, sus condiciones de actuación, veremos algunas diferencias con distintas figuras jurídicas como los asesores de menores y los tutores. Buscaremos determinar si a través de esta nueva figura “el abogado del niño” se respeta el derecho del niño a ser oído y si su voz es determinante en el proceso judicial a la hora de dictar sentencia.

## Capítulo I

### Evolución normativa de la capacidad progresiva

#### Introducción

En el presente capítulo buscaremos comprender que se entiende por autonomía progresiva de la capacidad. Dicho principio ha sido incorporado en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015.

Esta nueva definición con respecto a la capacidad gradual existía con anterioridad como un principio fundamental en la Convención de los Derechos del Niño y su reconocimiento fue tardío en nuestra legislación.

La determinación de la capacidad progresiva que se les adjudica a los niños, es importante, dado que le reconoce diversos derechos a medida que van creciendo hasta convertirse en adultos, este progreso le permite obtener independencia jurídica.

La reforma a nuestros Código Civil y Comercial de la Nación incorpora un cambio de paradigma, desde la ratificación por parte de nuestro Estado de la Convención de los Derechos del Niño y su incorporación a nuestra Constitución en 1994, hasta la actualidad. (Ley 26.061 y actual Código Civil y Comercial de la Nación).

Pese a esta incorporación y su reconocimiento existían algunas cuestiones pendientes vinculadas a la forma en que se regula el ejercicio de los derechos del niño, niñas y adolescentes. Por eso desarrollaremos en esta primera etapa la evolución del reconocimiento de la capacidad de los niños y sus límites.

### **1.1 Recepción normativa de los derechos del niño.**

Los derechos del niño han sido reconocidos a nivel internacional, desde 1924 donde se consagró la Declaración de Ginebra de los derechos del Niño. Luego en 1959 la Declaración de los derechos del niño y por último con la Convención de los derechos del Niño en 1989. (En adelante CDN)

Tras 10 años de intenso trabajo por parte de la comunidad internacional se dicta la CDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que cambia de manera radicalmente el rumbo doctrinario respecto de los niños, niñas y adolescentes. (En adelante NNYA)

La protección integral de los Niños, niñas y Adolescentes ha sido un rompecabezas que se ha ido armando a lo largo de la historia a nivel mundial y también lo ha sido a nivel nacional. Se ha logrado establecer principios fundamentales y básicos, como el de la Igualdad, el interés superior del niño y la efectividad.

También se reconocen diversos derechos entre ellos encontramos, el derecho a la supervivencia (vida, salud, a la seguridad social, etc.), desarrollo (la educación, a la cultura, al nombre, etc.) y el más importante el de la participación. En este último encontramos la Libertad de expresión, asociación y opinión, permite la expresión libre del niño o niña en todos los asuntos de su interés, incluyendo los procedimientos administrativos y judiciales. Concretamente se le reconoce al menor su derecho a ser oídos.

Pese a su reconocimiento mundial, son los Estados que lo han ratificado y adherido quienes deben continuar de manera progresiva en su desarrollo. Por lo tanto son quienes deben tomar medidas legislativas, transformando leyes internas que respondan y respeten estos derechos. (Comité de los Derechos del Niño [CDN], 2009)

Nuestro país adhirió a este convenio en el año 1991, mediante ley 23.857, consistía en la creación de una organización que se ocupara de dar solución a los casos de menores trasladados ilícitamente en el extranjero por uno de los padres. Incorpora ese tratado Internacional a través de la Ley 23.849<sup>1</sup>, el tratado obtiene jerarquía constitucional en 1994, con la reforma a nuestra Constitución dispuesto en su art. 75 inc 22. Pese a esta incorporación el camino Nacional también fue largo.

A nivel local se sanciona la ley 26.061<sup>2</sup> de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes logrando de esta manera un reconocimiento de los derechos que se establecieron desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño a la normativa interna, el año 2005.

Concretamente el art. 5 de la CDH (1990) trata la autonomía progresiva de los niños y el art 12 contempla que “Los Estados garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente...” derecho a ser oído.

Al decir de Minyersky (2007), la interpretación de ambos artículos son derechos completos que serán ejercidos por los niños de acuerdo a la etapa de evolución y desarrollo que se encuentren. Esto es lo que actualmente conocemos como capacidad progresiva.

Concretamente desde 1994 cuando se le reconoce jerarquía Constitucional al tratado, los gobiernos debían trabajar en garantizar se respete los derechos de los niños, mediante el dictando de leyes internas para su cumplimiento. Es decir que ya debíamos hablar desde entonces de la capacidad progresiva y de sus derechos a ser oídos.

---

<sup>1</sup>Convención sobre los derechos del niño adoptada por la asamblea general de la naciones unidas, en Nueva York el 20/11/89 (1990) Recuperado de: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-23849.html>

<sup>2</sup>Ver:<https://www.educ.ar/recursos/118943/ley-nacional-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes>

Pero recién en el año 2005, se dicta la ley 26.601 que tiene como principal objetivo la protección de los derechos del niño, además de 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. A pesar de estas incorporaciones existieron diversas falencias, sobre todo en el tema que estamos desarrollando.

## **1.2 Observaciones generales del comité de los Derechos del niño.**

Por su parte Unicef<sup>3</sup> publica las observaciones generales del comité referidos a los derechos del niño. Entre ellos tenemos la Observación General Número 2 que habla del papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del Niño. Observación general N° 5 que habla de las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. El que más nos interesa es la observación acerca del derecho que tienen todos los menores de edad a ser escuchados.<sup>4</sup>

Como vemos si bien existen diversos principios y derechos reconocidos, el que nos interesa analizar es el referido a los derechos de los niños a ser escuchados. Por eso el comité de los Derechos del Niño (2009) señala el art. 12 de dicha convención como unos de sus principios fundamentales, para lograr interpretar y hacer respetar todos los demás derechos que vimos hasta ahora. Lo que busca es que los niños que estén condiciones de expresar su opinión libremente en

---

<sup>3</sup> Durante toda la historia de UNICEF, sus labores prioritarias han estado dirigidas a garantizar la vigencia de los derechos intrínsecos de la infancia a un nivel básico de vida; derechos que los dirigentes mundiales definieron más precisamente en la Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF fundamenta su acción en los resultados de su experiencia y las investigaciones sobre los factores que contribuyen a que los niños y niñas comiencen la vida de la mejor manera posible, a que sobrevivan y progresen – especialmente en las situaciones de emergencia – y a que vayan a la escuela. Recuperado de [https://www.unicef.org/spanish/mdg/28184\\_28229.htm](https://www.unicef.org/spanish/mdg/28184_28229.htm)

<sup>4</sup>“Observaciones Generales sobre el cumplimiento de los derechos de la infancia” Plataforma de infancia. España.. Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xZYBeZDljw4J:plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ar>

todo aquello que afecta su interés, se lo tenga en cuenta. Especialmente en todo proceso administrativo o judicial. (Comité, 2009)

El comité coloca en el centro esencial al derecho a ser oídos porque es a partir de este que se logrará respetar todos los demás. Por eso busca que los Estados partes de la convención se comprometan a tomar todas las medidas que sean necesarias, a fin de garantizar una correcta aplicación de dicho artículo. Marcando los siguientes objetivos a cumplir en la aplicación efectiva del artículo 12. En virtud de ese propósito pretende:

- Aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general;

- Abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12;

- Destacar los enfoques positivos en la aplicación del artículo 12, teniendo presente la experiencia del Comité en las labores de seguimiento;

- Proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten.

El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente: En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está “firmemente asentado en la vida diaria del niño” desde las primeras etapas. (CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 14.)

Gerison Lansdown (2005) y el centro de investigación Innocenti de Unicef publica “la Evolución de las facultades de los niños”, exponiendo que existen estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente.

Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión.

El propósito del estudio de Lansdown<sup>5</sup>(2005) es abrir la discusión y promover el debate para adquirir un mejor entendimiento de la protección que debe darse a la niñez, de acuerdo con sus ‘capacidades evolutivas’, y asimismo proveer oportunidades de participación en el pleno cumplimiento de sus derechos.

En el medio de estas concepciones antes del dictado de la norma nacional, cabe resaltar un fallo que revela la intención por parte de los magistrados de dar cumplimiento a la CDH, de un modo contundente sobre la actuación de los niños en el proceso judicial.

Fallo 20534”B.S.D s/ Homicidio culposo y lesiones culposas”- Cámara de apelaciones y garantías en lo Penal- San Nicolás, Buenos Aires, conformado por los Dres. Pedro Omar Bruno,

---

<sup>5</sup>Gerison Lansdown, (2005). La Evolución de las facultades del niño. *UNICEF* Recuperado de: <http://www.unicef.org/lac/evolving-spa.pdf>

Fernando A. Giuliani y Oberdan (1999)<sup>6</sup>. Este fallo se fundó en el artículo 18 de la Constitución Nacional que dice:

".....Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...."

Los derechos Fundamentales establecidos en la Constitución Nacional son para todos los habitantes, ya sean mayores o menores. Por su parte la Corte Suprema de la Nación en varias oportunidades entendió que no es imperativa la consulta directa de la voluntad del niño, ya que se cumplía con la Convención que hace referencia al “representante u organismo apropiado”, el requisito estaba cumplido con la intervención del Defensor de Menores.

### **1.3 Protección Integral de los niños ley 26.061.**

Para dar cumplimiento a la Convención Internacional de los derechos de los niños y lograr armonizar la legislación local se dicta la ley 26.061 (2005) de Protección Integral de los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes junto a su decreto reglamentario N° 415/06. Cuyo texto responsabiliza al Estado de generar herramientas operativas con la finalidad de proceder a la eficacia de los derechos y garantías reconocidos en la CDH. Reforzando y profundizando el principio de capacidad o autonomía progresiva de los menores.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. (Herrera, 2015)

---

<sup>6</sup> “B.S.D s/ Homicidio culposo y Lesiones Culposas. Cámara de apelación y Garantías en lo Pena. *Biblioteca jurídica Online*. Recuperado de [elDial.com](http://elDial.com) - AA150



La normativa nacional ley 26.061 (2005) se dicta como bien dijimos para dar cumplimiento al tratado internacional con jerarquía constitucional. En su artículo 3<sup>7</sup> expresa sobre el interés superior del niño, como regla general que debe respetarse. En el inciso a) sostiene que el niño es sujeto de derecho; en su inc. b) los menores tienen derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.

Pese a esta regulación en la práctica no participaban directamente lo hacían por medio de sus representantes legales, quedando de esta manera subsumidos a la voluntad de quienes ejercen la patria potestad. Nos preguntamos entonces si efectivamente se respetaba el principio constitucional del debido proceso para los niños.

En consonancia con esta regla general el art. 24 habla del derecho del menor a ser escuchado. La norma también regula derechos que son específicos en cuanto a la autonomía personal del niño como el derecho a la dignidad, respeto a la vida íntima art 22.

La Ley reconoce capacidad al menor y autonomía progresiva que no se encontraba reflejada durante mucho tiempo en nuestro Código Civil de Vélez Sarsfield, antes de la reforma del actual Código Civil y Comercial de la Nación, distinguíamos capacidad de hecho absoluta y relativa. Dentro de esta clasificación se colocaba a los menores de edad como menores púberes como incapaces de hecho relativo. Art 54 del viejo Código Civil.

---

<sup>7</sup> Artículo 3° — Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea 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.

Además era necesario que el menor tenga discernimiento para actuar, es decir que la falta del mismo lo convertía en incapaz absoluto. En cuanto a la capacidad no se tenía en cuenta la autonomía progresiva del menor, por lo tanto no eran considerados sujetos de derechos en el procedimiento judicial por ser menores de edad, actuaban por medio de sus representantes.

Otro cambio importante es en materia de la minoridad en el antiguo código se establecía a la edad de 21 años lo cual también era discordante con la CDN.

Por otra parte la ley crea la figura del Defensor de los Derechos de los NNYA, pero pese a que la norma había establecido una fecha de 90 días para su funcionamiento pasaron años para que se efectivice. (La Nación, 2015)<sup>8</sup>

La ley significó un cambio al sistema de derechos y garantías procesales que aseguren el acceso y goce de la garantía constitucional del debido proceso de los niños. Pese a esto en la Práctica no se desarrollaba de la misma manera. Es claro que el concepto de capacidad progresiva presenta ciertas ambigüedades en su interpretación dando lugar a la discrecionalidad judicial desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la CDH pone en tela de juicio el régimen jurídico referido a la capacidad civil y representación de los menores de edad.

Minyerski y Herrera (2008) sostiene que:

Tanto la CDH como la ley 26.061, receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio, que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas. Es decir que para el ejercicio de estos derechos no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada. (p 57)

---

<sup>8</sup> La Nación, Infancia en deuda: ¿de qué se trata la ley 26.061? *Diario Online* Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/una-apuesta-al-futuro-nid1853001>

Durante mucho tiempo se expresó de la necesidad de reformar el Código Civil de la Nación, lo cual se efectivizó en el año 2015, incorporando numerosas reformas. Entre ellas las referidas a la autonomía y capacidad progresiva del menor, esto permitió que la ley 26.061 no sea discordante con el Código de fondo.

#### **1.4 Capacidad en el actual Código Civil y Comercial.**

El Código Civil y Comercial de la Nación fue modificado por la ley 26.994. El art. 22<sup>9</sup> de nuestro cuerpo normativo, determina que toda persona tiene aptitud para ser titulares de derechos, adquirir obligaciones y ejercer dichos derechos por sí misma. Es decir que sigue un principio general que abarca a todos por igual relaciona tanto la capacidad de hecho<sup>10</sup> como de derecho.

Entonces la regla es que toda persona goza de capacidad, y se admiten ciertas incapacidades como excepcional y como función de la protección de determinados intereses.

Pero al hablar de niños, niñas y adolescentes, este principio general tiene ciertas limitaciones, respecto de determinados actos que pueden realizar teniendo en consideración su madurez. Y durante mucho tiempo se los consideraba incapaz de hecho no podían disponer de su patrimonio, de tomar decisiones sobre su cuerpo, etc. (Fama, 2015)<sup>11</sup>

La finalidad en este supuesto radicaba en proteger al menor en los actos de la vida civil a la hora de contratar y resguardar su patrimonio ya que lo consideraba que no gozaba del grado de madurez necesario para comprender la seriedad del acto. En materia penal y en el Derecho de Familia es donde más marcado se vio esta limitación a su capacidad de ejercer sus derechos y de

---

<sup>9</sup> **Art. 22.- Capacidad de derecho.** Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

<sup>10</sup> **Capacidad de ejercicio:** es la aptitud o idoneidad que tiene una persona para ejercer por si mismos los derechos y las contraer las obligaciones de los cual es titular.

<sup>11</sup> Fama, María Victoria (2015) *Capacidad Progresiva de niñas, niños y Adolescentes en el Código Civil y Comercial*. Tomshon La ley, AR/DOC/3698/2015

defenderlos. En concordancia con lo que dice Marisa Herrera (2012) el sistema de capacidad e incapacidad civil que sostenía nuestro ordenamiento plantea que la ley determina a quienes se les veda a priori y en abstracto ejercer determinados derechos, siendo unos de los grupos sociales a quienes se le impide realizar por sí actos jurídicos.

La voz del niño no tenía sentido en estas ramas del derecho, no se la consideraba como una opinión a tener en cuenta por parte de los tribunales, por lo tanto las limitaciones a su capacidad de hecho eran absolutas.

El antiguo código establecía la siguiente clasificación, eran menores de edad los de 21 años art. 126 (antiguo código civil), actualmente sigue vigente la minoridad incorporada por la ley 26.579 del año 2009. El actual código establece la minoridad en 18 años art. 25 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Distinguía por un lado a los menores impúberes menos de 14 años y menores adultos comprendidos entre los 14 y los 18. El niño de 14 años tenía incapacidad absoluta para ejercer sus derechos. Por lo tanto ni era considerado sujeto de derecho, sino era visto como un sujeto de carencias y debía ser objeto de protección y control por parte del Estado y de sus progenitores, eran los encargados de brindarles tutela y cuidado.

Por lo tanto eran sus representantes legales, quienes suplían la incapacidad de ejercicios de ciertas personas como los niños y adolescentes. La representación legal es

“La legislación de una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de sus derechos y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido” (LLambías, 1987, p. 422). Esto tiene por objeto suplir la incapacidad de hecho para no violar el principio de igualdad.

El primer cambio a tener en cuenta es que se elimina la categoría de impúberes y púberes, y en concordancia con la CDH, es remplazada por niños y adolescentes, lo cual ha significado lograr delimitar la autonomía de ejercicio.

En el art. 26 del CCYC dice que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuente con edad y madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situación de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. (Fama, 2015)

Por eso es de suma importancia el reconocimiento de la capacidad progresiva en los niños, niñas y adolescentes, implica un avance en los derechos humanos de la niñez.

### **1.5 La autonomía Progresiva.**

Uno de los principios fundamentales para que el niño pueda poner en práctica personalmente sus derechos y no a través de sus representantes, es el reconocimiento de su autonomía progresiva. Esta última, junto con el interés superior y el derecho del niño a ser oído, son los tres postulados básicos sobre los que gira el cambio de paradigma y que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos, reconocidos a los NNYA. (Yola, 2012, p. 87)<sup>12</sup>

Es necesario tener en consideración que la autonomía progresiva tiene una gran incidencia sobre el Instituto de la “patria potestad”, esta es quien determina que son los progenitores quienes tienen la potestad de decidir sobre sus hijos menores de edad en aquellos actos prohibidos. Esta, es la forma establecida en nuestro ordenamiento jurídico antes de sus reformas, donde mirábamos al niño como objeto de protección.

---

<sup>12</sup> Sabrina Viola, (2012) Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el código civil. *Revista electrónica cuestión de derecho* Pág. 87.

Con el reconocimiento de la autonomía progresiva, lo que se busca es que los progenitores acompañen y orienten a sus hijos, para que sean ellos quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos. Por eso en el nuevo Código hablamos de “responsabilidad parental” la representación legal de los progenitores irá decayendo a medida que los niños vayan creciendo.

Como expresa Herrera Marisa (2009) A mayor participación de los hijos menor protagonismo de los padres.<sup>13</sup>

Nuestro Código Civil y Comercial reconoce la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes de manera expresa, reconociéndoles de esta manera aptitudes a medida que van desarrollándose y evolucionando en su madurez. En el art. 25<sup>14</sup> encontramos una diferencia entre niño y adolescentes, marcando como pauta la edad de 13 años a partir de la cual se adquiere madurez que le permite realizar determinados actos. En el art. 26<sup>15</sup> establece que los representantes legales acompañan en el ejercicio de sus derechos y los que tengan madurez suficiente los ejerce por su cuenta. Tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial que le concierne. El art 679<sup>16</sup> Pueden reclamar a sus progenitores por sus intereses. De esta manera existen determinados actos que pueden realizar por sí solos y otros que no. A continuación se expone un breve cuadro.

---

<sup>13</sup> Herrera, Marisa (2009). *Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino*, en Justicia y Derechos del Niño N° 11, UNICEF, 1° edición, Santiago de Chile.

<sup>14</sup> Art. 2. Menor de edad y adolescente: Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.

<sup>15</sup> Art. 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales

<sup>16</sup> ART. 679.- Juicio contra los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

Tabla 1

*Cuadro sinóptico Actos de los menores- Breve reseña. Año 2015*

<b>Actos</b>	<b>Normativa</b>	<b>Consideraciones/argumentos</b>
Principio general o regla	Art. 26 primer párrafo	La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.
Vacunación	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía, acto no invasivo
Operación quirúrgica (tratamiento oncológico, operación riesgosa)	Art. 26 4to párrafo	Adolescente de 13 a 16, consentimiento adolescente- asentimiento de uno de los representantes legales, actos invasivos
Actos no invasivos e invasivos de cuidado al propio cuerpo	Art. 26 última parte	Adolescente 16 a 18, sólo su consentimiento

El cambio más importante en materia de reconocimiento es el que determina el art 26, permitiendo que los menores de edad sean oídos en todo procedimiento judicial y administrativo. Claro está que estos derechos que mencionamos fueron consagrados por la Convención de los Derechos de los niños, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 26061, sancionada en el año 2006, con diversas falencias a la hora de ponerla en práctica, sobre todo al derecho de ser oído del niño, ya que por mucho tiempo en el Derecho de familia carecían los menores de la calidad de “Parte del proceso”<sup>17</sup>.( Herrera, 2013).

---

<sup>17</sup> Herrera, Marisa (2015) “*El principio de autonomía progresiva en el Derecho de Familia: cuestiones personales y patrimoniales*” CapítuloXIX. Adriana Krasnomw, *Tratado de Derecho de familia*. Relaciones parentales, Tomo III. Editorial Thomson Reuters- La Ley, BsAS, 2015, ps. 911-996

Reclamo por administración y disposición de bienes	Art. 677	Adolescente puede intervenir con asistencia letrada
Juicio contra los padres	Art. 679	Persona menor de edad con edad y grado de madurez con asistencia letrada
Reconocimiento de hijos, estar en juicio, acusación criminal	Art. 680	Adolescente solo Menor de 13 años en reconocimiento porque es un acto personalísimo: consentimiento + asentimiento de uno de los progenitores Menor de 13 años para estar en juicio por representación legal. Menor de 13 años acusado criminalmente es inimputable

*Nota: "El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial". Carlucci, Herrera, Lamm y Fernandez (2015).*

En consecuencia, la autonomía progresiva es una noción que deberá ser valorada, caso por caso, teniendo en cuenta la edad como así también la individualidad psicológica, social y cultural de cada niño. La capacidad progresiva que se les reconoce a los niños no es sólo para el ejercicio de sus derechos, sino también para sus obligaciones<sup>18</sup>.

### **Conclusión**

En este capítulo vimos el reconocimiento de los derechos de los menores de edad, en primer lugar por la Convención de los derechos del Niño, a la cual nuestro país adhiere luego dicta la ley 23.857 (1990). En el año 2005 se dicta como norma interna la ley Nacional N° 26.061 referido a la protección integral de los menores de edad. En ambas normativas se estableció el derecho de los menores a ser escuchados para ello se establecieron pautas para su cumplimiento y medidas que debían tomar los Estados que forman parte la convención para efectivizarlas

<sup>18</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera (2015), *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial*. Algunas reglas para su aplicación. Infojus



Por otra parte se le reconoce a los niños capacidad y autonomía progresiva en la CDN y en ley 26.061. Pese a su reconocimiento en el tratado como en la ley nacional en materia de derecho procesal esto no se cumplía claramente, sobre todo con respecto a la participación del menor en el proceso judicial o administrativo. Nunca se los consideró como sujetos de derechos y su derecho a ser oído no se respetó.

Recién con las modificaciones al Código Civil en el año 2015, podríamos decir que se logra de manera cierta el reconocimiento del menor como sujeto de derecho.

Estas nuevas modificaciones establecen no solo una nueva clasificación de los menores entre niños y adolescentes. Si no que establece la minoridad en 18 años (art. 25) y por otra parte con respecto a la capacidad progresiva y autonomía del menor se incorpora en el artículo 26 del Código Civil. Como se expuso el camino para dichos reconocimientos fue largo y nada fácil, siempre sujeto a determinar el reconocimiento de su autonomía como sujetos libres, siempre teniendo en cuenta el grado de capacidad y madurez del menor.

Podríamos decir que actualmente se respeta el mandato de que los Estados partes de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario deben dar por supuesto que el niño tiene plena capacidad para formarse sus propias opiniones que las pueden expresar y que bajo ningún punto de vista le corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

En definitiva para concluir este primer capítulo vemos que el Código Civil y Comercial de la Nación le reconoce a los NNYA, aptitudes en función de la edad, criterio y grado de madurez que su persona va adquiriendo. Ahora bien veremos más adelante si efectivamente con todos los cambios doctrinarios y modificaciones el ordenamiento jurídico respeta estos derechos humanos.

## Capítulo II

### Derecho a ser oído marco normativo

#### Introducción

Como venimos analizando sabemos que actualmente podemos hablar de capacidad progresiva del menor como un avance cronológico, marcado por la finalización de la niñez y la entrada a la adolescencia. Este principio de autonomía progresiva significa reconocer que el menor goza de capacidad para determinados actos que sean en defensa de sus propios derechos e intereses y es de importancia para considerarlos sujetos de derecho en el proceso judicial.

Lo que vamos a ver en el presente capítulo es la evolución normativa del derecho del niño a ser oído ya que en el capítulo anterior se expuso la evolución desde el punto de vista de la capacidad como ser humano, analizando el nuevo concepto de capacidad progresiva que permite actualmente dar cumplimiento con el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Escuchar al menor, es respetar su derecho a expresarse y lo más importante es tener en cuenta su voz dentro del proceso. Para comprender esta evolución normativa del derecho del niño a ser oído, analizaremos que dice al respecto la Convención. Así como también analizaremos la ley 26.061 para culminar con las modificaciones de nuestro Código Civil de la Nación.

## 2.1 Art. 12 de La Convención de los D° del Niño.

El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta. Sobre todo evaluando su edad y madurez del niño.

El artículo mencionado dice:

“Art. 12: “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.

El párrafo primero del artículo hace referencia de que los Estados partes garantizaran el derecho del niño de expresar su opinión libremente. Es decir que se encuentran con la obligación de respetar y dar cumplimiento para establecer todos los mecanismos legales y procesales para escuchar la opinión del niño, sobre todo en asuntos que lo afecten.

Por otra parte seguidamente dice que “esté en condiciones de formarse un juicio propio”, Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible.

Cuando el artículo se refiere a que el menor tiene "El derecho de expresar su opinión libremente" Significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. Y por último "Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño" Hay que hacer un análisis según el caso ya que los niveles de comprensión de los niños no van

ligados de manera uniforme a su edad biológica. Hay que tener en consideración la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. (CDN, 2009, p.202).<sup>19</sup>

El reconocimiento de la capacidad progresiva que estudiamos en capítulo anterior a los Niños, niñas y adolescentes significa consagrar una evolución en la toma de decisiones que le son inherentes por ser sujetos de derecho para ejercer estos derechos debe tener capacidad de ejercicio.

## **2.2 Derecho a ser oído Ley 26.061**

El derecho del niño a ser oído está regulado en la Convención de los Derechos del niño en el artículo 12, este artículo en su segundo párrafo dice lo siguiente:

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.

De su interpretación se deduce que el derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo denuncias de malos tratos. Como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. (Farías, 2014)<sup>20</sup>

Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.

---

<sup>19</sup> Observaciones generales, El derecho del Niño a ser escuchado, Cita Online CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, P. 202

<sup>20</sup> Carolina Farías (2014), Legislación de la República Argentina en materia de infancia: un recorrido histórico, *Revista Iberoamericana sobre Niñez y Juventud en lucha por sus derechos*. Recuperado de [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SDFhOLvVdYIJ:ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/14023/CONICET\\_Digital\\_Nro.17352.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy+%&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=ar](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SDFhOLvVdYIJ:ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/14023/CONICET_Digital_Nro.17352.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy+%&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=ar)

Ya dijimos que el Estado Argentino adhiere a la convención por medio de la ley 23.849<sup>21</sup> promulgada en el año 1990, con algunas reservas respecto de determinados artículos que no adhiere.

Desde la ratificación del CDN los doctrinarios se expresaba a favor de la escucha del menor pero el debate se concentraba en determinar teniendo en cuenta la edad que debe tener un niño para ser escuchado en un proceso judicial. Distintas voces de la doctrina se ocuparon del tema, entre ellos la postura de Pellegrini (1998)<sup>22</sup> quien consideró que los niños deberían ser escuchados a partir de los 10 años, ya que desde esa edad tienen responsabilidad por los perjuicios que causaren con sus actos.

Por su parte Risolia de Alcaro (1998)<sup>23</sup> establecía que la opinión de niños de corta edad debería ser tenida en cuenta, siempre que en esa escucha participaran profesionales especializados para interpretar lo expresado por el niño.

En concordancia y para dar cumplimiento al tratado internacional se dicta la ley Nacional 26.061<sup>24</sup> en el año 2005. La ley sancionada crea un Sistema de Protección de Derechos para niños, niñas y adolescentes, considerando a estos como sujetos de derecho y persigue como objetivo la protección integral por parte del Estado de todos los derechos de este sector de la sociedad, para que su ejercicio pueda ser pleno, efectivo y permanente (arts. 1<sup>25</sup>. y 2)<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> ley 23.849 ratifica la CDN, que fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. Paradójicamente Estados Unidos es uno de los pocos países en el mundo que no ratificó la CDN, pese a que la sede central de UNICEF esté emplazada en NY. Puede encontrar la Ley 23.894 en: <https://goo.gl/yBKnpj>

<sup>22</sup> Pellegrini, Maria Victoria, (1998) *Derecho Constitucional del menor de ser oído*, LL 1998-B-1336. Recuperado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:617v7b611O8J:https://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2019/05/Salas-Villarreal.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ar>

<sup>23</sup> Risolia de Alcaro, Maria Matilde, *La opinión del niño y la defensa de sus derechos*, Universidad de Buenos Aires, 1998, pag. 266 en la obra *Los Derechos del Niño en la familia-Discurso y realidad*.

<sup>24</sup> Ley de Protección integral 26.061 (2005). *Infoleg*. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

<sup>25</sup> Artículo 1. 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. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Artículo 2. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Por otra parte el sistema de protección integral que la ley establece es el conjunto de políticas que consideran a la niña, el niño y el adolescente como un Sujeto Activo de Derechos. Este sistema de protección tiene como base la protección integral de los derechos como el conjunto de Políticas Públicas que los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad.

Deben proteger a los menores en el auxilio de cualquier circunstancia, priorizar la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, entre otras cosas.

Por otra parte el mismo cuerpo normativo, impone a los Estados adoptar las medidas administrativas, judiciales, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, destinadas a garantizar la plena efectividad de los derechos. En concordancia con el artículo 4 de la comisión de los Derechos del niño. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales.

Establece medidas de Protección integral de los Derechos del menor comprendido en el TÍTULO III, en su art. 32 considera que las medidas para garantizar los derechos de los niños deben emanar del órgano administrativo local ante cualquier amenaza sobre los derechos y garantías.

La ley impone un orden en la aplicación de las medidas de protección art. 37<sup>27</sup> se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares.

En segundo lugar, cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de

---

<sup>26</sup> Zeledón, Marcela. El derecho del niño a ser escuchado y la obligación del juzgador a escucharlo. Publicado en la *Revista Jurídica Digital "Enfoque Jurídico"* el 10 de febrero de 2016. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4595>

<sup>27</sup> Art. 37 Medidas de Protección. Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar) Asistencia integral a la embarazada; d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) Asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa.

vivienda, las medidas de protección serán los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares. (Art. 35<sup>28</sup>).

Los arts. 33 y 36 que prescriben:

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización“. En ningún caso estas medidas podrán consistir en privación de la libertad. (art. 19).

De comprobarse amenazas se pueden tomar las siguientes medidas:

- ✓ Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- ✓ Solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- ✓ Asistencia integral a la embarazada;
- ✓ Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- ✓ Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- ✓ Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;

---

<sup>28</sup> Artículo 35 Aplicación. Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

✓ Asistencia económica.

Es necesario destacar que la misma ley prevé como medida, ser temporal o permanentemente privados de su medio familiar cuando cuyo interés superior así lo exija.

La característica de esta medida radica en que son limitadas en el tiempo y excepcionales, y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que le dieron origen. Procede únicamente cuando se haya agotado todas las medidas detalladas anteriormente y jamás puede incluirse la privación de la libertad del menor. (Lucas de Carlo, 2014) <sup>29</sup>

Desde el punto de vista del procedimiento judicial la norma jurídica que se sanciona a nivel nacional en el año 2005, incorpora garantías mínimas de procedimiento. El Estado debe atender a la necesidad del niño a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta, a ser asistido por un letrado especializado, a participar activamente de cualquier proceso que lo involucre hasta llegar a la instancia superior (art.27) tomando en cuenta el principio de igualdad y no discriminación (art.28) y el principio de efectividad del Estado (art.29).

Como vemos la ley busca dar cumplimiento a los derechos reconocidos a los niños y se establece por medio de su regulación la obligación de los organismos a garantizarlos y resguardarlos. Vamos a continuar analizando los cambios a nivel Nacional en cumplimiento de lo establecido por la presente norma y la CDN.

---

<sup>29</sup> Iván Lucas de Carlo, 2014 *Derecho del menor a ser oído*. Doctrina online- Recuperado de Infojus. Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9DlbWLtAxOQJ:www.saij.gob.ar/ivan-lucas-carlo-derecho-menor-ser-oido-una-hermeneutica-efectiva-dacf140869-2014-12-03/123456789-0abc-defg9680-41fcanirtcod%3F%26o%3D11%26f%3DTtotal%257CFecha/2014%255B20%252C1%255D%257CEstado%2520de%2520Vigencia%255B5%252C1%255D%257CTema%257COrganismo%255B5%252C1%255D%257CAutor%255B5%252C1%255D%257CJurisdicci%25F3n%255B5%252C1%255D%257CTribunal%255B5%252C1%255D%257CPublicaci%25F3n%255B5%252C1%255D%257CColecci%25F3n%2520tem%25E1tica%255B5%252C1%255D%257CTipo%2520de%2520Documento/Doctrina%26t%3D911+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>



### **2.3 Ley 26.994, reforma del Código Civil Y Comercial de la Nación**

La ley 26.994, reforma el Código Civil y Comercial de la Nación que entra en vigencia en el año 2015. Estos cambios también tuvieron impacto en materia de los derechos reconocidos a los niños. En materia de capacidad vimos en capítulos anteriores que se le reconoce al menor una capacidad progresiva y esto fue un paso importante que permitió en nuestro Código de fondo también el reconocimiento de los niños a ser oídos.

Como sostuvo la Dra. Marisa Herrera (2016) en una charla llevada a cabo en la Facultad de Derecho UNICEN: El Nuevo Código Civil y Comercial no podría haber sido lo que es si no se hubieran dado las luchas en materia de Derechos Humanos y en materia de niñez. Visibilizar a la infancia como un sujeto; como un otro; con necesidades propias. Entender que es un “otro” es más complejo y esa complejidad es la que también el Código tuvo el desafío de dar. Es un sujeto de derecho que tiene voz. Ejemplo: no es lo mismo tener un hijo de 2 años, de 10 o de 17, todos son menores de edad pero tienen miradas diferentes y participaciones distintas y esto también en un Código tiene que estar. En definitiva, el Nuevo Código Civil interpela las Facultades, para justamente hacer una revisión interna muy fuerte de que le doy para el afuera en la formación. Es necesario formar abogados con esta mirada, especializados en la infancia.

Los artículos que reconoce al menor su derecho son:

Art. 26 (Ejercicio de los derechos de las personas menores de edad): “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.... 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...”

Art. 595 inc. f (principios generales que rigen la adopción): “El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y 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”

Art. 617 inc. b (reglas del procedimiento de adopción) que establece que: “el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez”

Art. 635 inc. c (casos de nulidad relativa de la adopción), que establece que adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a... el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

Art. 639 (responsabilidad parental - principios): “La responsabilidad parental se rige por siguientes principios:...inc. c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.”

Art. 646 (responsabilidad parental - deberes de los progenitores), en su inc. c) dispone: “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”.

Art. 653 (responsabilidad parental - cuidado personal unilateral del hijo): establece que es deber del juez ponderar, inc. c), la opinión del hijo.

Art. 707 (procesos de familia): “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescente tienen derecho a ser oído 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.”

Ahora bien como vimos de la normativa nacional surge como principio general el derecho de los niños a ser oído, pero no se establece la forma en que debe ser ejercido ese derecho. Por otra parte el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser escuchados, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Por lo tanto el derecho a ser oído del menor puede entonces ejercerse de forma directa ante el Juez o puede realizarse por medio de un auxiliar como el abogado del niño. Veremos a continuación cuales son las condiciones en el proceso judicial o administrativo para escuchar al menor

## Conclusión

En el presente capítulo se busca desarrollar el marco normativo de los derechos del niño a ser oído y su reconocimiento en el plano Nacional.

De lo estudiado podríamos decir que de su simple lectura podríamos concluir afirmando que se mantuvo los mismos términos que la ley 17.711 se mantiene la regla de incapacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos. Pero, se incorporan excepciones sobre aquellos actos que la ley expresamente los autorice a realizar si cuenta con edad y grado de madurez suficiente.

Esto se encuentra plasmado en las modificaciones introducidas a nuestro código Civil que ha establecido como regla general la presunción de capacidad del adolescente que además cuenta con discernimiento para realizar determinados actos. Por lo tanto a partir de los 13 años de edad se presume la madurez para la toma de decisiones que son inherentes al ejercicio de los distintos derechos que expusimos en el presente capítulo.

Sin embargo, antes de los 13 años los niños carecen de autonomía o capacidad para tomar decisiones, pero el Código Civil y Comercial de la Nación al incorporar la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído, reconoce que si demuestran un grado de madurez suficiente el cual no se presume y se deberá demostrar en los casos concretos. Será tarea de la autoridad competente sea esta judicial o administrativa la que determine si el menor tiene madurez suficiente para comprender.

Entonces realmente todo este cambio de paradigma respecto del menor ¿Significa escuchar su voz como sujeto de derecho que participa en defensa de sus intereses y derechos?

No hay dudas de que se han incorporado diversos cambios respecto de los menores de edad ampliando su capacidad y posibilitando a ejercer por sí mismo determinados derechos. Como el de participar y formar parte de cualquier proceso que vulnere sus derechos.

Pero pese a estos cambios analizaremos a continuación como ha sido la participación del menor en los procesos administrativos y judiciales, para ser oídos, antes de la reforma del Código de Fondo y que cambió después de dichas reformas.

### Capítulo III

#### Intervención del niño en el proceso Judicial y administrativo

##### Introducción

Continuando con el análisis del derecho del niño a ser escuchado vamos a analizar que sucede con este derecho reconocido en nuestro Código de fondo en materia procesal. Para ello es necesario ver las pautas de cumplimiento que se venían desarrollando a lo largo del tiempo antes de la sanción del actual Código. Tomando como punto de partida que expresaba al respecto la CDN.

Recordemos que en dicho tratado los Estados que forman parte tienen la obligación de modificar sus legislaciones y establecer aquellos mecanismos necesarios que garanticen el acceso a la información y sobre todo garantizar el apoyo al menor dentro de un proceso sea este administrativo o judicial.

Por eso vamos a realizar este estudio para comprender de qué manera se dio cumplimiento a lo establecido en la Convención de los derechos del Niño, analizando las distintas figuras que representan los derechos de los menores.

Lo más importante es determinar si efectivamente se respetan la libre opinión del menor dentro del proceso judicial, sobre todo si los jueces a la hora de dictar sus fallos tienen en consideración la voz del niño.

### **3.21 Derecho a participar en el proceso judicial o administrativo.**

Ya expusimos que el Derecho a participar en los procesos administrativo y judicial del menor lo encontramos en el art. 12 de la CDN. Por otra parte el derecho del niño a ser oído no solo se encuentra vigente en la CDN sino que también en la Convención Americana de los Derechos Humanos, pero no se refiere especialmente a los niños, si no que hace referencia a toda persona, en su artículo 8 dice:

Artículo 8. Garantías Judiciales. 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 sustentación 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.

Por nuestra parte la legislación Nacional en la ley 26.061 (2005) con su dictado reconoce al menor de edad como sujeto de derecho y ya no como objeto. En su art 27 dice:

Artículo 27 Garantías mínimas de Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos

del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

En la práctica sucedía lo siguiente; en los autos: V.A., P.A. c/ R., L.C. s/ PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD. Que se tramita por la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. Sala I. Sumario N°19388.<sup>30</sup> El motivo de traer el presente fallo a colación es para analizar la problemática del tema seleccionado y demostrar que desde hace años ha sido una cuestión a dilucidar, si se considerara lo expresado por el menor en el proceso judicial. Por otra parte de la lectura del fallo surge claramente la necesidad del abogado del niño como figura necesaria para que no se vulneren sus derechos.

La jurisprudencia expuesta es del año 2009 y trata del Derecho del niño a ser oído. En donde el Juez determina innecesaria la presencia de sus representantes ya que quiere evitar condicionamientos del menor. En su parte pertinente dice:

---

<sup>30</sup> Castro, Varela, Ojea Quintana. R.112860- V.A., P.A. c/ R., L.C. s/ Privación de patria potestad. 3/08/09 Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil. Sala I. Jurisprudencia del poder judicial de la nación. <https://www.pjn.gov.ar>

El derecho del menor a ser escuchado libremente por el Magistrado en modo alguno se ve comprometido al fijarse una entrevista sin la presencia de sus padres y/o sus letrados, ello con el fin de evitar condicionamientos. Se asegura así su intimidad y tanto el Defensor de Menores como el propio juez son los que velaran por sus intereses. Será este último quien podrá disponer, si lo considera necesario, la presencia de la asistente social del juzgado y/o de un psicólogo del Cuerpo Médico Forense.

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación existían tres posturas respecto de la madurez del menor y su participación en el proceso supeditada a la edad fijada para realizar actos jurídicos lícitos (art 921 del CCiv.) o si se debían aplicar las reglas emanadas de la ley 26.061 y la CDN, haciendo operativa la valoración de la autonomía progresiva de la persona y su capacidad para intervenir en ese caso concreto

En un extremo se ubica la postura amplia que admite la designación del abogado, cualquiera que sea la edad de ese niño; en el otro, la visión restringida, que exige discernimiento para los actos lícitos y se sustenta en el criterio cronológico. En el medio, buscando el equilibrio, la que se asienta en la valoración de la madurez del niño y su autonomía progresiva. (Carlucci, 2015).<sup>31</sup>

Si bien nuestra legislación Ley 26.061 reconocía estos principios los magistrados debían determinar qué postura aplicar teniendo en cuenta el caso. Recién con la incorporación de la autonomía progresiva de los niños y adolescentes que hemos desarrollado en otros capítulos y el derecho del niño a ser oído, toman mucha más relevancia con su incorporación de forma

---

<sup>31</sup> Kemelmajer de Carlucci (2015) *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial* Cita Online: AR/DOC/3850/2015 Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZNxU7Dsc1FsJ:colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%25C3%25B3n-del-ni%25C3%25B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>



expresa en el Código Civil y Comercial aprobado por la ley 26.994 y vigente desde el 1° de agosto del 2015, encontrándose consagrado en varios de sus artículos.

Como por ejemplo el art 26 del Código Civil establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. El Código Civil y Comercial de la Nación dice que los representantes legales de las personas menores de edad y adolescentes son sus padres (art. 26). Los menores de edad son aquellos que no cumplieron 18 años y categoriza como adolescentes a los que cumplieron 13 años.

Con las modificaciones se impone una reestructuración del sistema de representación. La representación de los progenitores solo queda reservada en aquellos casos o supuestos donde por su falta de madurez no pueden decidir por sí mismos.

Se admite la capacidad de ejercicio de las personas menores en los casos en que se haya alcanzado la edad y grado de madurez suficiente, permitiendo que aquellos puedan actuar en determinadas situaciones cuando el juez los autorice.

Así por ejemplo en materia de divorcio y separación, concretamente en el ámbito de familia, la legislación tiene en consideración el interés superior del niño. Por ese motivo, toda la legislación debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. (Mizhar, 2015).<sup>32</sup>

Otro ejemplo lo encontramos en materia Penal, la convención de los niños establece el derecho que tienen a ser escuchados en procedimientos judiciales penales. El párrafo 2 del artículo 12 de la Convención implica que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes tiene el derecho de ser escuchado. Ese derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser

---

<sup>32</sup> MIZRAHI, Mauricio, "El interés superior del niño y su participación procesal", cit., p. 392.

escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas. Esto lo vemos en las observaciones generales N° 10 del comité de los Derechos del Niño.<sup>33</sup>

Como dice Kemelmajer de Carlucci (2015), en otras palabras, ser parte procesal es una de las diversas formas que pueden implicar la presencia del niño en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención.

Para concluir podemos afirmar que cuando se afecten los intereses de niños o adolescentes pueden intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo. Si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal. (El abogado del niño)<sup>34</sup>. (Mizrahi, 2015)

Vamos a analizar a continuación quienes representan a los menores de edad en el procedimiento judicial.

### **3.2 La representación del menor en el proceso**

A nivel nacional la Ley 26.061 hace referencia al derecho a ser escuchado en el proceso en los arts. 2<sup>35</sup>; 24<sup>36</sup> y 27<sup>37</sup>. No puede negarse la importancia que se le otorga a la posibilidad del

---

<sup>33</sup> Véase la Observación general N° 10 (2007) del Comité sobre los derechos del niño en la justicia de menores (CRC/C/GC/10). \* A petición del Comité de los Derechos del Niño, se sustituye "justicia de menores" por "justicia juvenil".

<sup>34</sup>MIZRAHI, Mauricio, El interés superior del niño y su participación procesal, cit., p. 392 Recuperado de: <https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&bhcp=1&bhhash=1#FN20v>

<sup>35</sup> Art.2° — Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

<sup>36</sup> Art. 24. — Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los

niño de manifestar su opinión, y de que ésta sea tenida en cuenta al momento de resolver la cuestión.

La corte suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en reiteradas oportunidades ha manifestado que la trascendencia de la decisión sobre el destino del niño exige que quien vaya a resolver lo conozca, no importando la edad, sino que "...sea cual fuere su edad, será indispensable verlo, porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de los certificados, informes y constancias foliadas; para ser protegido el niño necesita la mirada del juez..."<sup>38</sup>. (Ludueña, 2004)

Necesariamente este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de cosas que afectan al niño. En materia de separación personal, divorcio concretamente en derecho de familia el juez debe tener en cuenta la voz del menor así en el libro de Práctica de Derechos de menores cuyo autor es Dántonio (2013) dice:

El derecho de los niños a ser escuchados personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener patrocinio letrado cuando sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se

---

ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

<sup>37</sup> Art. 27. — Garantías mínimas de procedimiento, garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

<sup>38</sup> Ludueña, Liliana Graciela. El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior, Derecho de Familia, *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* N° 28, Edit Lexis Nexis, Bs.AS, año 2004, pág. 101.

encuentren involucrados sus personas o sus bienes. Sin embargo, “La obligación de oír al menor no es sinónimo de aceptar su deseo” (p.67)<sup>39</sup>

Siguiendo estas disposiciones, la jurisprudencia ha admitido que un menor de edad pueda ser querellante en un proceso penal, contando con la representación de la Defensoría de menores.

Resguardar el ejercicio del derecho a ser oído trae aparejada una tensión que se vislumbra entre este derecho y el interés superior, en virtud de que los jueces están obligados a escuchar pero no así a decidir conforme al deseo y voluntad de los mismos.

Con las reformas al Código Civil y comercial de la nación en su libro I Parte General, referido a la Persona Humana en el Capítulo 10, se establece el principio general de que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

Define como representante a los padres, a la falta de estos se designa un representante legal. El artículo 24 del Código Civil y Comercial admite la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad en los casos en que se haya alcanzado la edad y grado de madurez suficiente, permitiendo que aquellos puedan actuar en determinadas situaciones cuando el juez los autorice.

Introduciéndose de esta manera, el principio de la capacidad progresiva, que venía dejándose de lado. Obligando de esta manera ya no solo a escuchar al menor sino a tener en consideración al a hora de emitir su fallo su opinión y deseo. (Pietra , 2007)<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> D’Antonio , Hugo Daniel (2013) , *Práctica del derecho de menores*, Editorial ASTREA op. cit., pág. 67.

<sup>40</sup> Pietra, Maria (2007) Derecho del niño a participar en los Procesos Judiciales, *Revista Colegio de Abogados de la Plata, N °68*. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=39864&print=2>

Por ejemplo en el fallo MIZRAHI, RAMOS FEIJOO, PARRILLI. B071407 R., L.V. Y OTRO c/ S., A.H. s/ AUTORIZACIÓN. 3/07/17 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. Sala B.<sup>41</sup> Derecho del menor a ser escuchado.

El juez determina lo siguiente:

Si las distintas entrevistas que se tuvieron con la menor fueron en relación a otros temas distintos del actual (cambio de residencia a la Provincia de Misiones) y datan de hace más de 3 años, no puede omitirse la entrevista y debe realizarse.

-En el caso, no existe riesgo de revictimizar a la menor, ya que mayor aún es el peligro que se provoca al intentar ocultarle un conflicto que la atañe muy íntimamente, por ser la destinataria de lo que se decida en el juicio. De no ser escuchada la menor, se dañaría su dignidad como persona si, de un modo u otro, se la deja al margen de la contienda. No se trata de que el niño sea feliz, sino de que pueda continuar su dinámica de estructura, en la inteligencia de que lo que asegura dramas futuros es lo que no supuso ningún drama cuando se era niño, cuando no se pudo decir ni asumir.

El reconocimiento del niño a ser oído permitió que actualmente se tenga consideración su voz en los procesos bajo ciertas condiciones, pero el cambio más importante que introduce el Código es la creación del abogado del niño, cuyo análisis veremos más adelante. Pero antes vamos a continuar con las observaciones de los tutores, el ministerio público, para culminar con el abogado del niño porque todos cumplen una función específica.

---

<sup>41</sup>Ampliar en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B151&td=20&qn=1>

### 3.3 El ministerio público, tutor y curatela

#### 3.3.1 El ministerio publico

El Ministerio Público tiene como función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad art. 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Publico.

En el artículo o 25<sup>42</sup> de la ley inc. i) sostiene que tiene como finalidad promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. El rol que cumplía antes de las reformas al Código era para suplir la incapacidad de las personas menores de edad, a las cuales había que proteger sin considerar su voluntad y autonomía.<sup>43</sup> (Elías, 2017)

---

<sup>42</sup> ARTICULO 25. — Corresponde al Ministerio Público:a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera. c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales. d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley.

e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza. f) En los que se alegue privación de justicia. g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República. h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales. k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes.

l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación. ll) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.

<sup>43</sup> Elías, Jorge A. Asuntos procesales relacionados con la nominación del tutor en el Código Civil y Comercial de la Nación. · *Revista microjuris.co*. 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/>

Por otra parte en el Código Civil Y Comercial de la Nación en el artículo 103 se encuentra regulado y expresa que el Ministerio Público actúa respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellos cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyo. Describe que puede ser en el ámbito judicial, complementario o principal.

En el art. 103 inc. a. sostiene que es complementaria cuando actúa junto a los representantes legales cuando se encuentran involucrados los intereses de los menores.

Inc b). Es principal cuando actúa en lugar de los representantes legales y cuando los derechos de los niños están comprometidos.

Por lo tanto la entrada en vigencia del Código Civil nos obliga a analizar esta figura. Como vimos los cambios rígidos en materia de capacidad- incapacidad para niños y niñas en el código de fondo así como también los cambios existentes en la ley 26.378 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la intervención del ministerio tanto en cuestiones judiciales y extrajudiciales requieren un nuevo enfoque.

El ministerio público interviene respecto de las personas menores de edad y con capacidad restringida, sea en el ámbito judicial o extrajudicial. Se elimina lo que anteriormente se conocía como asesor y se la suple con la figura de asistente art. 102 CCYCN. (Fernández, 2015)<sup>44</sup>

Por otra parte cuando hablamos de la actuación principal de este organismo es para garantizar derechos que comprometen a su asistido. Cuando los derechos de los representados

---

<sup>44</sup> Fernández Silvia (2015). El rol del ministerio público en el código Civil y Comercial *Revista del Ministerio Público*, Provincia de BS AS. Pág. 10 año12-Nro16-Agosto 2015.

están comprometidos y existan inacción de los representantes ante su omisión, actúa el ministerio.<sup>45</sup>

También actuará cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación -promoviendo los procesos judiciales pertinentes a ese fin.

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

Bigliardi, K., A., (2.015) marca una diferencia sustancial entre el Abogado del Niño y el Defensor de Menores, ella sostiene que el Abogado del Niño resulta de gran utilidad para la materialización de los derechos de la persona menor de edad, ya que no debe estar supeditado ni a edades rígidas, ni a la existencia de conflicto con sus progenitores, ya que para esos supuestos existe el Asesor de Incapaces.

---

<sup>45</sup> (19) Ver en este sentido interesante sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, de 22/4/2015, causa C. 117.505, “M. M. N. d. C. y otros c. 17 de Agosto S.A. y otro. Daños y perjuicios”, que flexibilizando las normas procesales, convalidó la presentación del memorial por la Asesoría de Incapaces supliendo la inacción del representante legal –que apeló y no fundó- no obstante que la Asesoría no había interpuesto oportunamente recurso de apelación. El recurso de la actora fue declarado desierto por falta de presentación del memorial por la apelante, ante lo cual la Asesoría plantea la nulidad de lo actuado por no habersele permitido suplir la omisión del representante legal. La Corte valora que la interpretación efectuada por la Cámara omitiendo la intervención supletoria del Asesor, “dejan sin contenido las facultades que le concede la ley de suplir la defectuosa defensa hecha por ellos o de complementar ésta en la forma que considere más adecuada. (...) Con esta interpretación limitada, desde el enfoque de derechos humanos con perspectiva de infancia no se asegura el efecto útil de las disposiciones que protegen derechos humanos, reconociendo la necesidad de que tal interpretación sea verdaderamente práctica y eficaz y no convierta las reglas de protección de derechos en fórmulas vacías de contenido que no tengan ningún efecto en la práctica” (voto del Ministro De Lazzari).



### 3.3.2 Tutores y curadores públicos

El artículo 59<sup>46</sup> de Ley 24.946 del Ministerio Público determina que los tutores y curadores públicos tendrán las funciones de cuidar de los menores, incapaces o inhabilitados asignados a su cargo. Deberán procurar sean instruidos para que puedan - en su momento - acceder a una profesión, arte, oficio o actividad útil.

Por otra parte ejercer la representación legal de los incapaces, su función consiste en el cuidado, la instrucción y la representación legal de las personas menores de edad. Es la función que ejercen los padres de los niños/as y adolescentes, como consecuencia de tener la responsabilidad parental a su cargo. (Olmo, 2015)<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> ARTICULO 59. — Los tutores y curadores públicos tendrán las funciones previstas en los Títulos VII a XIV de la Sección II del Libro I del Código Civil, sin perjuicio de las demás propias de la naturaleza de su cargo y las que les encomiende el Defensor General de la Nación. Especialmente deberán: a) Cuidar de las personas de los menores, incapaces o inhabilitados asignados a su cargo, procurando que los primeros sean instruidos para que puedan - en su momento - acceder a una profesión, arte, oficio o actividad útil. En el caso de quienes padezcan enfermedades mentales, toxicomanías o alcoholismo, procuraran su restablecimiento y pedirán, cuando corresponda, su rehabilitación. b) Ejercer la representación legal de los incapaces que han sido confiados a su cargo, asistir a los inhabilitados, cuidar las personas de ambos así como también su patrimonio: proveer, cuando corresponda, a su adecuada administración. c) Ejercer la defensa de las personas sin bienes en el carácter de curadores provisionales en los procesos de declaración de incapacidad e inhabilitación y representarlos en los restantes procesos que pudieren seguirse contra ellas, según el régimen de la ley procesal. En las mismas condiciones, tratándose de personas sin parientes ni responsables de ellas, ejercerán su curatela definitiva. d) Aplicar correctivos a sus pupilos en los términos que lo permite el ejercicio de la patria potestad. e) Proceder de oficio y extrajudicialmente en la defensa de las personas o intereses puestos a su cuidado, tanto en el ámbito de la actividad privada como frente a la Administración Pública, f) Ejercer la defensa de las personas internadas en los términos del artículo 482 del Código Civil, tanto en lo personal como en lo patrimonial, gestionando tratamientos adecuados, así como también los amparos patrimoniales que puedan corresponder. g) Citar y hacer comparecer a - su despacho a cualquier persona, cuando a - su juicio ello fuere necesario a fin de requerirle explicaciones para, responder sobre cargos que se les formularen por tratamientos incorrectos o la omisión de cuidado respecto de los menores, incapaces o inhabilitados que se hallen a su cargo, o por cualquier otra causa vinculada con el cumplimiento de su función. h) Concurrir periódicamente a los establecimientos en donde se hallen alocadas las personas a su cargo e informar al juez y al defensor público sobre el estado y cuidado de aquellos, debiendo efectuar las gestiones que consideren convenientes para mejorarlos. i) Mantener informado al Defensor de Menores e Incapaces de primera instancia sobre las gestiones y asuntos que se encuentren a su cargo y responder a cualquier requerimiento que este les formule.

<sup>47</sup> OLMO, Juan P., y IURMAN, Liliana I.: Designación de tutor: aspectos procedimentales, en *Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2015* (octubre), 7/10/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/2883/2015.-

El Código Civil y comercial en su artículo 104 dice: “La tutela está destinada a brindar protección a las personas y bienes de un niño, niña o adolescente que no alcanza la plenitud de su capacidad civil o cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.”

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

### **3.3.3 Tutor ad Litem**

Este tutor es designado por un juez, cuando considera que la parte a la cual le designa esta incapacitada para actuar de manera adecuada en un juicio

Como ejemplo de ello la cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial, sala segunda de la Matanza Provincia de Bs. As. Trata un caso de apelación por negar la intervención del abogado del niño para que represente a tres menores de edad. Se expide la alzada sobre la sentencia de grado que ordena la designación de tutor ad-litem para tres hermanos en situación de medida de abrigo. La alzada analiza la figura del abogado del niño/a y adolescente y el principio de progresividad y/o autonomía progresiva del niño como sujeto del proceso<sup>48</sup>. (Sumario, 2017).

Ahora bien, la tutela puede ser general o bien especial, según el caso. La tutela general se refiere a los NNyA que no se encuentren bajo la responsabilidad parental de sus progenitores, en tanto que la tutela especial se encuentra limitada a la defensa de cuestiones específicas cuando existe conflicto de intereses o cuestiones particulares, que ameriten la necesidad de designar un

---

<sup>48</sup>Fallo (2017) “Tutor ad-litem o abogado del niño/ a” Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3490-tutor-ad-litem-o-abogado-del-ninoa>

tercero imparcial que pueda, de mejor manera, cumplir con determinado cometido (art. 109 del CCivCom).

De tal modo, se establece la representación de los NNyA a través del instituto de la tutela y de sus dos diferentes clases (tutela general y especial) por medio del cual se garantiza la defensa de los derechos de aquellos, a la vez que se asegura su participación en los distintos actos de la vida civil y que la ley establece.

Por otra parte siguiendo la línea del art.26, al adolescente se lo faculta para actuar personalmente con patrocinio letrado, pudiendo el juez -en ese caso- decidir que no resulta ineludible la designación de un tutor especial, continuándose, en consecuencia, con la línea trazada en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y en la Ley 26.061.

Aquí la diferencia con el Abogado del Niño es que el tutor se encarga del cuidado que deben realizar los padres de la persona menor de edad. Nada tiene que ver con la defensa técnica que podría ejercer un Abogado. Además puede llegarse a la misma conclusión, en donde los Tribunales podrían denegar la actuación de un letrado, por parecerles que los derechos de los niños se encuentran perfectamente garantizados por estas figuras, tornándose incensaría el otorgamiento de un abogado.

El Dr. Pettigiani<sup>49</sup> (2014) se refiere categóricamente sobre este particular diciendo que...el derecho a ser oído es de carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se exija su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor -el asesor de menores-, ni

---

<sup>49</sup> Doctrina. Iván Lucas de Carlos (2014) Derecho del menor a ser oído. Una hermenéutica efectiva. Id SAIJ: DACF140869 *Infojus*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/ivan-lucas-carlo-derecho-menor-ser-oido-una-hermeneutica-efectiva-dacf140869-2014-12-03/123456789-0abc-defg9680-41fcanirtcod?&o=11&f=Total%7CFecha/2014%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=911>

de una figura como la del tutor "ad litem", por cuanto su intermediación desvirtuaría la finalidad que se persigue

Por lo tanto es necesario preguntarse si efectivamente con todas estas modificaciones el derecho del niño a ser oído se encuentra garantizado dentro del proceso judicial. Si la figura del abogado del niño permitirá dar cumplimiento con el art 12 de la CDN, ya que los jueces deben evaluar e identificar concretamente si autoriza la intervención del menor con asistencia letrada. Ahora desarrollaremos la figura del abogado del niño para comprender cuales son la característica de su actuación.

### **Conclusión**

El análisis de las figuras en el presente capítulo tiene como objetivo lograr comprender de manera general cuales son las funciones que desarrollan y para eso hemos acudido a la normativa vigente Ley 24.946 del Ministerio Público, así como también el Código Civil y Comercial de la Nación. De esta manera buscamos sentar la base esencial para luego dar paso al estudio de la figura del abogado del niño y comprender su función específica.

Para concluir es necesario tener en cuenta que los representantes y tutores son los encargados del cuidado general que necesitan los niños, y niñas y adolescentes. Por otra parte en materia de procedimiento judicial o administrativo pueden representarlos, pero nunca van a ejercer una defensa técnica dentro del proceso.

Durante mucho tiempo la voz del menor no era considerada fundamental para el juez a la hora de dictar su sentencia, no existía la capacidad progresiva del menor, por ende eran considerados incapaces de manifestar sus intereses y de velar por sus propios derechos, esta incapacidad era suplida por medios de sus representantes progenitores, tutores o curadores.

Con la incorporación de la capacidad progresiva y la consideración de la madurez del menor en el Código de Fondo ha significado el reconocimiento de los NNYA, como sujetos parte del proceso y no como objeto del mismo.

Para concluir es menester comprender que todas las figuras analizadas no cumplen con la función de escuchar al menor ni tampoco realizan la defensa técnica dentro del proceso, simplemente buscan que se respete lo que legalmente está establecido en la norma.

El derecho a ser oídos a que su opinión sea tenida en cuenta por parte de los magistrados y el derecho a contar con una asistencia letrada, cobran importancia al realizar los cambios en el Código Civil Y Comercial de la Nación que entró en vigencia en el año 2015 y sobre todo por la incorporación de la figura del abogado del niño, cuyo análisis veremos a continuación.

## Capítulo IV

### El abogado del niño

#### Introducción

En este último capítulo veremos concretamente la figura del abogado del niño. Estudiaremos las condiciones para su actuación y su función específica, esto nos permitirá distinguir cuales son las diferencias con las figuras legales expuestas en el capítulo III.

Para comenzar se expondrá brevemente el avance cronológico del reconocimiento del letrado del menor de edad en el proceso judicial. Lo que buscaremos concretamente es determinar si se vuelve efectivo el derecho del menor a ser escuchado, si se garantiza su escucha activa dentro del proceso y si los magistrados tienen en cuenta a la hora de emitir sus fallos las expresiones de los menores.

Si bien sabemos por lo estudiado a lo largo del presente trabajo que han existido numerosas modificaciones legislativas internas en miras a reconocer y garantizar los derechos del niño, niña y adolescente. En la práctica procesal esto difiere, muchas veces por la falta de reglamentación de la misma norma. Pese a ser discutidas y sancionadas en el congreso de la Nación es una realidad que si las leyes no se encuentra reglamentadas no se pueden aplicar. La falta de reglamentación la vuelve “letra muerta”.

El constitucionalista Daniel Sabsay quien es profesor titular de la cátedra de derecho constitucional en la UBA, explica que reglamentar es todo aquello que completa la redacción de una ley y que permite que se aplique, por ejemplo, si hay que crear un organismo o si hay que establecer un determinado mecanismo para acceder a algo.

En nuestro país sólo tres provincias que se adhirieron a la ley 26.061 han reglamentado la figura del abogado del niño, Buenos Aires, Entre Ríos y recientemente la Provincia de Córdoba.

Las tareas legislativas de reglamentar las leyes son necesarias para lograr de esta manera su rápida aplicación dentro del proceso judicial sobre todo.

En este último apartado veremos concretamente la figura del abogado del niño, cuales son las condiciones para asignarlo y cuáles son las pautas que deben tener en cuenta a la hora de su actuación. Todo esto nos permitirá obtener una visión más certera de si realmente esta figura nueva, cumple con la tarea de representar y asistir al menor en miras de sus propios intereses.

#### **4.1 letrado del menor según ley 26.061**

Nuestra Ley 26.061, permite la asistencia letrada del menor de edad dentro del proceso administrativo y judicial.

Esta forma de patrocinio legal del menor es receptada a través del art. 27, inc. c, de la ley 26.061 de “Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, que decreta el derecho de aquel “a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya”.

Y agrega que: “En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”.

Por ello, el inc. c) del art. 27 de la ley 26.061 permite al niño/a o adolescente que no alcanzó la mayoría de edad, y está inmerso en conflictos familiares, participar en forma autónoma en el juicio que lo involucre, siendo asistido por un abogado independiente.

Antes de las reformas al Código Civil, los magistrados debían estar a lo establecido a la CDN y la ley 26.061 así como también tener en cuenta la jurisprudencia. Un ejemplo de ello lo vemos en el siguiente fallo: Y, S.Y.Y, T. Y OTRO S ART 250 CPCC- Incidente familia 7.- Expt. N° 91.177/12

VISTOS Y CONSIDERARNDO: Vienen las presentes actuaciones en virtud de la apelación interpuesta por una de las letradas presentadas a fs. 1/6 (en copia), Dra. S. M. B., integrante del Registro de Abogados Amigos de los Niños del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, contra la resolución reproducida a fs. 9/10 en cuanto rechazó la designación solicitada para actuar como abogadas o tutoras ad litem de los niños T. H. y S. Y..

Para decidir como lo hizo el magistrado a quo adhirió a la doctrina y jurisprudencia que sostiene que un niño sólo podrá estar en juicio por sí con asistencia de un abogado cuando haya cumplido catorce años, en tanto por debajo de dicha edad su representación corresponde a los padres, al tutor y al Ministerio Público de Menores, habida cuenta su incapacidad absoluta y que el interés superior del niño no puede ser extendido hasta el extremo de autorizarlo a realizar por sí mismo actos jurídicos que se encuentran expresamente vedados por la ley. (Fallo, 2012)<sup>50</sup>.

En el presente fallo se resolvió Confirmar la resolución copiada a fs. 9/10. La Dra. S.M.B integrante del Registro de Abogados Amigos de los niños del Colegio Público de Abogados, decidió apelar la sentencia que consideraba a los menores de 14 años incapaces

---

<sup>50</sup> Fallo: Poder Judicial de la Nación USO OFICIAL Y, S. Y. Y, T. Y OTRO S/ART. 250 C.P.C.C. - INCIDENTE FAMILIA Juzgado 7 - R. 612.508 - Sala G - Expediente N° 91.177/12. Recuperado de : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YoKroDGCEHcJ:saracanepa.com.ar/images/blogmanagement/posts/Fallo%2520ante%2520Abog.Ni%25C3%25B1o%2520del%2520CPACF.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>



absolutos por la edad. Por lo tanto no podían ejercer actos jurídicos, limitando de esta manera el interés superior del niño.

Los fundamentos de la Dra. para apelar dicha sentencia era basarse en el interés superior del niño, además de recalcar que la petición de designación de abogado o tutor ad litem de los menores la hizo el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires. Pese a los argumentos firmes de la Dra. La cámara sostuvo la confirmación de fs 9/10, pero autorizando la designación de un tutor o un abogado especializado en niñez.

Confirmó además el alcance de la sentencia apelada. La misma determinaba que el interés superior del niño no puede extenderse hasta el extremo de autorizarlo a realizar por sí mismo actos jurídicos. Por lo tanto la designación del tutor o del abogado, para el juez cumple la función de representación del menor y lo considera incapaz, a la luz del antiguo Código, lo que hace es equiparar la figura del tutor, al abogado del niño.

Esta dualidad de opiniones respecto de ambas figuras y las funciones que desempeña, se subsanan recién con las modificaciones al Código Civil y Comercial que veremos a continuación.

#### **4.2 Modificaciones al Código Civil y Comercial.**

La Convención de los Derechos del Niño, niñas y Adolescentes, junto con la ley 26.061 y el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Lograron luego de mucho tiempo armonizar lo referido a la intervención del menor en el proceso, lo cual antes era de dificultosa aplicación como se expuso ut supra con el fallo. La intervención del Ministerio Público era directa, admitida por los magistrados y la doctrina.

Por lo tanto la unión de estas tres normativas determina que el artículo 12 de la Convención y el artículo 27<sup>51</sup> de la ley 26.061 y el artículo 2<sup>52</sup> del Código Civil y Comercial de la Nación. Logran establecer las garantías mínimas del proceso.

Se reconoce sin dudas que los niños tienen el derecho de ser partes y a contar con una representación legal independiente de la de los padres. Pueden tener asistencia letrada que contribuya a una mejor defensa de sus intereses y derechos. Por su parte Solari<sup>53</sup> (2018) quien es doctrinario agrega que la capacidad progresiva del sujeto refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho de contar con asistencia letrada en el juicio. Ello, en virtud de que el art. 27 de la ley 26.061 no condiciona tal intervención a la edad del sujeto, por lo que la designación deberá hacerse en todos los casos en que se halle en juego cuestiones que lo afecten.

En el Código Civil y Comercial encontramos legislada la figura del Abogado del Niño en su art. 26, que establece:

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

---

<sup>51</sup> Ley 26.061 Artículo 27. — Garantías mínimas de procedimiento. 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. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

<sup>52</sup>CCYCN. Artículo 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

<sup>53</sup> Solari, Néstor E.: El abogado del niño en el Proyecto, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Ed. La Ley, año V, N° 3, p. 7.

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.

En consecuencia, el art. 26 del CCCN permite designar un abogado que patrocine a ese niño, sin sujetarlo a determinada edad para ello y se basa en la capacidad progresiva de aquel, tomando en cuenta como parámetro su grado de madurez. (Bigliardi, 2015)<sup>54</sup>

Como dijimos en la introducción el dictado y reconocimiento de las leyes nacional de nada sirve si no se promulga su reglamentación. La realidad es que en la práctica la designación de un letrado a los menores se viene realizando de forma lenta, existen ciertos parámetros a la hora de designarlos determinadas condiciones que vamos analizar a continuación.

#### **4.2.1 Condiciones para designar abogado**

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

Ésta parece ser la posición elegida por los redactores del Código Civil y Comercial, al establecer en el art. 26:

“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

---

<sup>54</sup>Bigliardi, K.A. (2015) El abogado del niño. *Thomson Reuters*. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-a-bigliardi/>

ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”.

Entonces podríamos decir que corresponde su designación en caso de evidente conflicto entre sus progenitores, los cuales en razón de ello, se encuentran imposibilitados de llevar adelante la voz del niño desprendida de sus propios posicionamientos.

Por otra parte este enfoque no hace ninguna referencia a la edad del niño/adolescente, es decir, que en el caso de que se dé la situación de conflicto, procedería a cualquier edad la designación del abogado del niño. En el mismo artículo establece que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial.<sup>55</sup>(Bigliardi, 2015).

El que tiene que asignar al abogado es el Juzgado quien deberá tomar los recaudos para que el abogado del niño no pertenezca a la órbita de alguno de sus padres de manera de asegurar el desempeño autónomo de aquél. Es decir que no sea contratado por ninguno de sus padres porque deben garantizarse la garantía procesal del menor de formar parte en el proceso, como sujeto activo del mismo. Por ello en la reglamentación del abogado del niño se dispuso recurrir a los abogados que cumplan dicha función como agente público y el acceso gratuito. (Bellusio, 2015)<sup>56</sup>.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal creó un servicio jurídico gratuito con esa finalidad, denominado “Registro de Abogados Amigos de los Niños”.

---

<sup>55</sup> Karina A Bigliardi (2015) El abogado del niño. Por *Thomson Reuters* En 17 diciembre, 2015. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-a-bigliardi/>

<sup>56</sup> Claudio A. Bellusio (2015) El abogado del niño y el código Civil y Comercial de la Nación... *UTSUPRA DATA UDSS S.A.* Recuperado de [http://server1.utsupra.com/doctrina?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

En Córdoba se aprobó este miércoles los proyectos 26.964 y 19.082 por los que se modifica la ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el que incorpora la figura del abogado del niño.

Quien será el encargado de realizar la defensa técnica y podrá intervenir en casos de instancias civiles o administrativas cuando el niño así lo requiera. La ley 26964 dispone la creación de un registro de abogadas y abogados especializados en la materia que funcionará en la sede del Colegio de Abogados, el funcionamiento y organización será determinado por vía reglamentaria. La autoridad de aplicación, actualmente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, coordinará con los Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba.<sup>57</sup>(La Voz, 2019).

En tanto, en la Provincia de Buenos Aires el Decreto Reglamentario 62 del 2015 da nacimiento al “Registro Provincial de Abogados del Niño” que funciona en el ámbito de los Colegios de Abogados de esa Provincia. Pero esta no es la única condición existe otra.

#### **4.2.2 Edad y grado de madurez**

El requisito de la edad y grado de madurez suficiente fue un concepto introducido con la intención de ampliar el margen de niños/as y adolescentes que puedan actuar en casusa que afecten sus intereses y derechos.

Como expresa Bigliardi (2015), esto se desprende del artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación en su segundo párrafo, que trata sobre el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad.

---

<sup>57</sup>La voz. (2019) “Córdoba ya cuenta con la figura del abogado del niño: qué alcance tiene y por qué es importante” *Diario digital*. Recuperado de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/cordoba-ya-cuenta-con-figura-del-abogado-del-nino-que-alcance-tiene-y-por-que-es-importan>

En la práctica esta designación estará sujeta a la verificación técnica deberá darse intervención al Cuerpo Técnico para que los peritos psicólogos se expidan sobre si cuenta con madurez suficiente para presentarse con patrocinio letrado.

En las provincias que reglamentaron la figura del abogado del Niño, establecen como condición la edad y el grado de madurez. Por ejemplo en Córdoba en su artículo 3 de la Ley 26.964 de la Creación del Abogado del Niño, Niña y Adolescente (2019) sostiene que:

En los procedimientos indicados en la presente ley, será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño. La asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención en función de la capacidad progresiva y fundados en el interés superior de niños, niñas y adolescentes y en el derecho a ser oídos y que su palabra sea tenida en cuenta.

#### **4.2.3 ¿Quién puede cumplir esa función?**

Como bien lo aclara a ley 26.061 debe ser asistido por el letrado que sea especializado en niñez y adolescencia. El artículo 27 dice claramente que en preferencia sea un letrado especializado y el Estado debe garantizarle de oficio un abogado que lo patrocine si el menor carece de recurso económico.

Es loable aclarar que el tutor ad litem bajo ninguna forma cumple el rol del abogado del niño, ni tampoco los asesor de menores. Los Asesores de Menores e Incapaces tienen la función de representar, asistir y defender los derechos humanos y garantizar el derecho a ser oídos de las personas menores de edad y de aquellas que por su padecimiento mental así lo necesiten. El abogado del niño defiende derechos definidos por el propio niño, niña o adolescente, sin sustituir su voluntad.

#### **4.2.4 asistencia letrada a la luz del Código Civil y Comercial.**

Desde el Código Civil y Comercial de la Nación, se marca una diferencia entre el niño y el adolescente, ya que este último goza de una presunción a favor para presentarse en juicio por sí solo con patrocinio letrado (art. 677). En cambio para el niño (menor de 13 años), será necesario evaluarse si tiene madurez suficiente para poder acceder a aquel. (Bigliardi, K., A., 201).

El código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 166 establece quienes puede demandar alimentos, enumera 1) el otro progenitor 2) el hijo y agrega que tenga grado de madurez suficiente y con asistencia letrada 3) parientes del hijo o el Ministerio público.

Por otra parte en materia de adopción el art. 608 del CCCN, referente a la declaración judicial de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, establece que en dicho proceso se requiere la intervención de aquellos con carácter de parte si tienen la madurez suficiente, en cuyo caso deberán comparecer con asistencia letrada.

Los arts. 677, 678 y 679 del CCCN establecen que el niño, niña o adolescente -que cuenten con un grado de madurez suficiente- pueden intervenir en los procesos relativos a la administración y disposición de sus bienes, debiéndose presentar en tales procesos con asistencia letrada.

El art. 679 del CCCN determina que el hijo menor de edad puede demandar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

### **5. Pautas rectoras de la figura del abogado del niño**

La mayoría de los reglamentos de la figura del abogado del niño, establecen las mismas pautas como regla para la actuación de los letrados. En este trabajo se exponen las establecidas en el Reglamento de la ley de Córdoba.

Y en el ejercicio de sus funciones los letrados deben seguir estas pautas:

- a) Ejercer la defensa técnica del niño niña o adolescente en todo procedimiento administrativo, o judicial donde se decidan medidas que los afecten en representación de sus derechos e interés personales.
- b) Ser libremente elegidos por los niños niñas o adolescentes a quienes representen entre los abogados propuestos que surjan de los Registros creados al efecto en cada jurisdicción.
- c) Brindar la asistencia propia de un abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño.
- d) Alejarse de toda forma de paternalismo, siguiendo las instrucciones del niño, en cuanto a la definición de su interés particular.
- e) Asistir y defender los derechos de los niños niñas y adolescentes en forma independiente de cualquier otro interés que los afecte.
- f) Actuar con especial observancia a deber de confidencialidad, y lealtad. El niño tiene derecho a entrevistarse privadamente con su abogado y cualquier injerencia de los padres-
- g) Informar al niño de todo cuanto suceda en el proceso e instruirlo de los distintos mecanismos y elementos disponibles para una mejor decisión.
- h) Ofrecer prueba y controlar la presentada por las otras partes del proceso como y llevar a cabo todas las demás actuaciones procesales tendientes a sostener la postura.



- i) 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.
- j) 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 capacidad progresiva con la participación de profesionales de Psicología, Psicopedagogía u otra disciplina similar, que facilite la adecuada escucha del mismo/a.

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

### **Conclusión**

En el presente capítulo podemos concluir que la ley 26.061 que se encuentra vigente desde el año 2005, permitía la intervención del letrado del menor y en el caso que no cuente con los recursos económicos el Estado debe garantizarlo.

Pero hay que destacar que antes de las reformas del actual Código Civil y Comercial, en la práctica procesal, la intervención del letrado en la mayoría de las causas no se permitía. Los magistrados consideraban que se cumplía con lo establecido en el artículo 12 de la CDN, al intervenir el Tutor o defensor del menor (los menores eran incapaces), por este medio se garantizaba la oportunidad del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

Dicho artículo expresa que sea de forma directa la escucha o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional. Por lo

tanto los magistrados consideraban que se cumplía con lo establecido en el tratado internacional con la intervención del Ministerio Público. (Defensor de menores- asesores-tutor ad-litem)

Esto claramente no era suficiente para cumplir con la Convención de los Derechos del Niño y garantizar su participación en el proceso judicial. Creemos conveniente citar la opinión de Mauricio Mizrahi en cuanto expresa que "... es un error estimar que el hecho de que el niño -o bebé- no posea una técnica expresiva gramatical oral determina su inhabilitación para entender lo que se pretende transmitir a través de la palabra. Es decir, que el niño, aunque incapaz de expresarse por medio de un lenguaje inteligible para los adultos, oye y comprende lo que éste está dispuesto a comunicar". Máxime si se tiene presente que se ha dicho que los niños pueden expresarse por los modos más diversos como el lenguaje corporal, los signos, los símbolos y representaciones, dibujos, etc. (Iván De Carlo. 2014)

Por otra parte la ley 26.061, también le reconoce autonomía progresiva así como también la participación del menor en el proceso judicial y administrativo. La norma lo considera sujeto de derecho que forma parte del proceso. También hace mención de la asistencia letrada (abogado del niño).

Luego con las actuales reformas al código se le reconoce y se incorpora dicha autonomía progresiva brindando la posibilidad de que el menor cuente con asistencia letrada, de esta manera encuentran armonía la CDN y la ley 26.061.

Pero es necesario replantearnos si realmente el derecho del niño reconocido en el tratado internacional, de ser oído y de ser sujeto parte del proceso, se garantiza con esta nueva figura del abogado del niño.

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

Como se expone esta figura surge por necesidad de proteger a niños y adolescentes frente a la notable visibilización de su desprotección. Sobre todo para garantizar su derecho a que su opinión sea tenida en cuenta por parte de los magistrados, cuando se vean afectados sus intereses. A mi entender al condicionar la figura del niño a la madurez y a las pautas que deben cumplir los abogados (como especializarse en niñez), considero que se estaría vulnerando dicho derecho.

## Conclusiones Finales

Podemos concluir luego de analizar y de estudiar los cambios cronológicos que se dieron en materia de capacidad y autonomía progresiva del menor. Así como también sobre el derecho del niño a ser oído, de su interés superior y su participación en el proceso. Que todo esto fue en miras de garantizar la escucha del menor en el procedimiento judicial y administrativo, pero, ¿Realmente se logró?

No quedan dudas que la ley 26.061 ha sido dictada para dar cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño y de esta manera poder asegurarnos su aplicación en el país.

Por mi parte la crítica para la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, es que si bien reconocen la capacidad progresiva del menor y su autonomía. Los magistrados en la práctica la sujetan al sistema de tutela al considerar que los menores de edad son incapaces se suple esa incapacidad con la representación de sus padres y los asesores de menores. Este sistema veía al menor como objeto de protección por la que se debía suplir su incapacidad sin tener en cuenta su voz. Desde su dictado (2005) hasta la actualización del Código Civil (2015) se realizaba en la práctica de esta manera. Pese a que la ley decía claramente lo siguiente:

En el artículo 29 de la ley dice expresamente que se les reconoce los siguientes derechos y garantías. Por una parte a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo solicite la niña, niño o adolescente. Que su opinión sea tomada en cuenta. A ser asistido por un **letrado especializado en niñez y adolescencia, personalmente o en sus padres o tutores que lo representen.**, cuando no haya interés contrapuesto... **sin perjuicio del**

**ministerio pupilar cuando corresponda. A participar activamente en todo procedimiento, por sí mismo o por sus representantes. (Lo resaltado me pertenece).**

Podríamos inferir de su lectura que seguimos en el régimen de representación del menor que lo considera incapaz, pero por otra parte, posibilita que sea asistido por un letrado. Es poco clara la norma en este punto.

Desde otra perspectiva no quedan dudas que la ratificación a la CDN y el dictado de la ley 26.061 ha cambiado el paradigma de la incapacidad de los menores por la autonomía progresiva o capacidad progresiva. Por lo tanto el derecho a ser oídos, como la garantías de designar un abogado debe verificarse y llevarse a cabo a cualquier edad.

La norma en su texto, como bien expuse anteriormente, no condiciona la asistencia letrada al grado o madurez del niño. La realidad es que de nada valdría el derecho del niño a ser escuchado si no se puede realizar su ejercicio.

Es necesario entonces aclarar que la representación de los padres y de los asesores cumple otra función diferente a la que tienen que desarrollar el abogado del niño en el proceso.

Los representantes del menor deben orientarlos y direccionarlos con el objetivo de que desarrollen su autonomía en el ejercicio de sus propios derechos. Por lo tanto no se puede pretender que los padres como “representante legal” de su hijo sostenga que con su sola representación se cumple con el tratado, ni tampoco con la sola intervención del Ministerio. En la práctica hemos demostrado que esto sucedía al exponer algunas jurisprudencias, cuando los magistrados consideraban que se cumplía con el tratado al dar intervención al ministerio o a los representantes.

Es ineludible que la ley 26.061, recién encuentra armonía al reformarse el Código Civil y Comercial de la Nación, al incorporar la autonomía progresiva del menor, así como también la posibilidad de tener en determinados procesos intervención como sujeto parte mediante la asignación de un letrado.

Claro está que el código modifica la clasificación de la capacidad, determinando que los menores de 13 años deben actuar por medio de sus representantes y los menores de 14 en adelante son considerados personas capaces que actúan por sí mismo, salvo excepciones determinada por la ley. Claramente, en un chico que tiene 2 o 3 años se utiliza más la figura del tutor ad litem, que es designado por el juez, que designa a alguien de su confianza para que proteja o defienda sus derechos.

La crítica de mi parte a esta modificación, es que a mi entender se está limitando la participación del menor de 13 años en el proceso, sobre todo porque el Código de Fondo deja sujeta su participación luego de determinar el grado y evaluación de la madurez del menor, para luego autorizar su actuación dentro del proceso. Lo cual es un límite al derecho a ser oído de los niños que claramente no se encuentra en la CDN, ni en la ley 26.061. Su representación seguiría estando sujeta al Ministerio público de Menores.

Pero recordemos que el Ministerio Público de menores defiende los derechos de la infancia y no cumple el rol de defensa técnica que es labor del abogado del niño. Por lo tanto si se determina que el menor no tiene el grado, ni la madurez suficiente para actuar en el proceso, no podrá designar un letrado que lo represente. Será tarea, a mi entender, del Ministerio de lograr solicitar intervención y aprobación dentro del proceso al letrado. El juez, es quien en definitiva deberá velar por lograr que se respete el interés superior del niño y tendrá que decidir si aprueba su representación letrada.

En otro orden de ideas podemos decir que pese a todos estos cambios la voz del menor y la defensa técnica están sujeta a diversas condiciones. 1) a evaluar su autonomía progresiva según su grado de madurez. 2) el letrado sería uno de preferencia que esté especializado en niñez y adolescencia. 3) Su intervención sujeta a la evaluación del juez. 4) Como existen pocas provincias que reglamentaron la figura del Abogado del Niño, su participación es escasa 5) la escucha del menor debería ser siempre activa de forma directa con el Juez, sin importar su rango de edad.

En definitiva el cumplimiento del art 12 de Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente dice claramente que se dará la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Por lo tanto la evaluación de su madurez no debe ser condición necesaria para su escucha.

Podríamos entonces concluir que el Ministerio de menores, asesor de menores, y tutores materializan la mirada adulta del interés superior del niño, mientras que el abogado la mirada del niño de su mejor interés en el proceso. La reglamentación del abogado del niño es fundamental para considerarlo sujeto activo del proceso. Esta figura garantizaría la escucha del menor a cualquier edad y sobre todo a que sus intereses sean tenidos en cuenta.

### Listado de bibliografía

- Carolina Farias (2014) *Legislación de la República Argentina en materia de infancia: un recorrido histórico*, [Revista online] Iberoamericana sobre Niñez y Juventud en lucha por sus derechos. Recuperado de [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SDFhOLvVdYIJ:ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/14023/CONICET\\_Digital\\_Nro.17352.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy+&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=ar](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SDFhOLvVdYIJ:ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/14023/CONICET_Digital_Nro.17352.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy+&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=ar)
- Claudio A. Belluscio (2015) *El abogado del niño y el Código Civil Y Comercial de la Nación* UTSUPRA DATA UDSS S.A. Recuperado de [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)
- Iván Lucas de Carlos (2014). *Derecho del menor a ser oído. Una hermenéutica efectiva*. Id SAIJ: DACF140869 Infojus. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/ivan-lucas-carlo-derecho-menor-ser-oido-una-hermeneutica-efectiva-dacf140869-2014-12-03/123456789-0abc-defg968041fcanirtcod?&o=11&f=Total%7CFecha/2014%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=911>
- D'Antonio, Hugo Daniel (2013), *Práctica del derecho de menores*, Editorial ASTREA op. cit., pág. 67.
- Elías, Jorge A. *Asuntos procesales relacionados con la nominación del tutor en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Revista microjuris.com. 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/>
- Fernández Silvia (2015). *El rol del ministerio público en el código Civil y Comercial*. Revista del Ministerio Público, Provincia de BS AS. Pág. 10 año12-Nro16-Agosto 2015.
- Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Edit. Abeledo Perrot.



- Iván Lucas de Carlo, (2014) *Derecho del menor a ser oído*. Doctrina online- Recuperado de Infojus <http://www.saij.gob.ar/ivan-lucas-carlo-derecho-menor-ser-oído-una-hermeneutica-efectiva->
- Herrera, Marisa (2015). *Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera->
- Kemelmajer de Carlucci (2015) *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*. Revista online. Recuperado de <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>
- 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
- Kemelmajer de Carlucci, A., (1994) *El derecho constitucional del menor a ser oído*. Revista de derecho privado y comunitario N°7. Pag.157 a 187
- Kemelmajer de Carlucci (2015) *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*. CitaOnline:AR/DOC/3850/2015Recuperadode<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZNxU7Dsc1FsJ:colectivoderechofamilia.com/wpcontent/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%25C3%25B3n-del-ni%25C3%25B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>
- Karina A Bigliardi. *El abogado del niño*. Por Thomson Reuters En 17 diciembre, 2015. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/doctrina-el-abogado-del-nino-autor-karina-a-bigliardi/>
- La voz. (2019) *Córdoba ya cuenta con la figura del abogado del niño: qué alcance tiene y por qué es importante*. Diario digital. Recuperado de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/cordoba-ya-cuenta-con-figura-del-abogado-del-nino-que-alcance-tiene-y-por-que-es-importan>

- Mizhari, Mauricio (2015), *El interés superior del niño y su participación procesal*, cit., p. 392.
- Olmo, Juan P., y Iurman, Liliana I.: *Designación de tutor: aspectos procedimentales*, en Versión online Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2015 (octubre), 7/10/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/2883/2015.-
- Pietra, Maria (2007). *Derecho del niño a participar en los Procesos Judiciales*, Revista Colegio de Abogados de la Plata, N °68. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=39864&print=2>
- Solari, Néstor E.: *El abogado del niño en el Proyecto*, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, año V, N° 3, p. 7.
- Unicef, (2009). *Observaciones generales del comité de los derechos del Niño*, Cita online CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

#### **Legislación**

- Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989)
- Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (2005)
- Ley 23.849 (1990)
- Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

#### **Jurisprudencia**

- B.465462 V., M.D.R. s/ PROTECCIÓN ESPECIAL. 29/06/07. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala B. Recuperado de <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala segunda de la Matanza, Provincia de Buenos Aires- 15/06/2017 TUTOR AD-LITEM O ABOGADO DEL NIÑO/A- Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3490-tutor-ad-litem-o-abogado-del-ninoa>
- Castro, Varela, Ojea Quintana. R.112860- V.A., P.A. c/ R., L.C. s/ Privación de patria potestad. 3/08/09 Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil. Sala I. Jurisprudencia del poder judicial de la nación. Recuperado de <https://www.pjn.gov.ar>

- MIZRAHI, RAMOS FEIJOO, PARRILLI. B071407 R., L.V. Y OTRO c/ S., A.H. s/ AUTORIZACIÓN. 3/07/17 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. Sala B
- Fallo (2017). Tutor ad-litem o abogado del niño/ a” *Revista online Pensamiento Penal* Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3490-tutor-ad-litem-o-abogado-del-ninoa>