

Universidad Empresarial Siglo XXI



Trabajo Final de Graduación

“La figura del abogado del niño, su incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su implementación en la justicia de la Provincia de Entre Ríos”

ABOGACIA

ANDREA CRISTINA DIAZ

Legajo: VABG16915

Año 2019

Agradecimientos:

A Dios, a mi gran amor Gustavo, el mejor abogado del mundo, el que me hizo amar esta profesión y el que sé me acompañará siempre.

Resumen

Esta investigación se propone analizar la figura del Abogado del Niño Niña y Adolescente, tomando como punto de partida a la Convención de los Derechos del Niño, que desde la reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1994, posee jerarquía constitucional. Tal reforma inicio un camino de promulgación de diferentes leyes nacionales y provinciales, entre ellas la Ley Nacional 26.061 de “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”. Esta ley nacional significa un gran avance en relación a los derechos del niño y específicamente en la figura a analizar. Además, se analiza la reforma del Código Civil y Comercial, donde se exponen las novedades que inserta la misma y los avances en relación al Código velezano. También, se indaga en la figura del Abogado del Niño en el plano de la Provincia de Entre Ríos, por medio de la Ley Provincial 9.861 “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia” y el Código Procesal de Familia de Entre Ríos.

Palabras claves: Abogado del Niño, Niña y Adolescente, Convención de los Derecho del Niño, Constitución Nacional, Ley 26.061, Código Civil y Comercial, Ley 9.861, Código Procesal de Familia E. Ríos.

Abstract:

This research aims to analyze the figure of the Child and Adolescent Lawyer, taking as a starting point the Convention on the Rights of the Child, which since the reform of the Argentine National Constitution of 1994, has a constitutional hierarchy. This reform started a way of promulgation of different national and provincial laws, among them the National Law 26.061 of "Integral protection of the rights of boys and adolescents". This national law means a great advance in relation to the rights of the child and specifically in the figure to analyze. In addition, the reform of the Civil and Commercial Code is analyzed, where the novelties that it inserts and advances in relation to the Velezian Code are exposed. Also, the figure of the Lawyer of the Child is investigated in the map of the Province of Entre Ríos, by means of the Provincial Law 9,861 "Integral Protection of the Rights of the Child, the Adolescent and the Family" and The Procedural Code of the Family of Entre Ríos.

Keywords: Lawyer of the Boy, Girl and Adolescent, Convention of the Right of the Child, National Constitution, Law 26.061, Civil and Commercial Code, Law 9.861. The Procedural Code of the Family of Entre Ríos

Índice

| | |
|---|-----------|
| Introducción. | 6 |
| Capítulo 1 Cuestiones conceptuales e históricas. | 8 |
| 1.1 Introducción parcial. | 8 |
| 1.2 Cuestiones conceptuales e históricas. | 8 |
| 1.3 Características del Abogado del Niño..... | 11 |
| 1.3.1 Naturaleza Jurídica..... | 14 |
| 1.4 Principios que regulan el accionar del abogado del niño..... | 15 |
| 1.5 Procedencia de la figura del Abogado del Niño, según el Código Civil y Comercial..... | 20 |
| 1.6 ¿Qué significa, en relación al CCyC, contar con la edad y grado de madurez suficiente?22 | |
| 1.7 ¿Qué se entiende por conflicto de intereses del menor con sus representantes en el CCyC? | 23 |
| 1.8 Conclusión parcial. | 24 |
| Capítulo 2 Análisis de la legislación. | 26 |
| 2.1 Introducción parcial. | 26 |
| 2.2 La Convención de Derechos del Niño. | 27 |
| 2.3 Ley Nacional 26.061 - Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes..... | 29 |
| 2.4 Código Civil y Comercial de la Nación..... | 33 |
| 2.5 Ley N° 9861 “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia”. Entre Ríos..... | 37 |
| 2.6 Proyecto de Ley: Creación de la Figura del Abogado del Niño Niña y Adolescente..... | 39 |
| 2.10 Conclusión parcial. | 48 |
| Capítulo 3 Análisis Jurisprudencial. | 50 |
| 3.1 Introducción parcial. | 50 |
| 3.2 Análisis Jurisprudencial. | 50 |
| 3.4 Jurisprudencia en la provincia de Entre Ríos..... | 55 |
| 3.5 Conclusión parcial. | 57 |
| Conclusiones finales. | 61 |
| Bibliografía | 64 |
| I-Doctrina..... | 64 |
| II-Legislación..... | 66 |
| III-Jurisprudencia..... | 66 |

Introducción.

Al ser una ciencia social, el Derecho se encuentra en continuo movimiento y evolución, acompañando así los procesos sociales. En el Derecho, la forma más nítida en donde se puede observar este movimiento evolutivo, es en las reformas y promulgaciones de las diferentes normas.

En Argentina, en el año 1994, se lleva a cabo la reforma de la Constitución Nacional, en adelante (CNA), en donde se introduce con jerarquía constitucional la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, entre otros Tratados de Derechos Humanos. Este conjunto de normas supra legales, marcan el camino de las leyes inferiores, ya que las mismas deben estar en consonancia con las normas de jerarquía superior.

Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante (CCCN), incorpora los derechos y principios emanados de la Constitución Nacional, así nace el proceso que la doctrina llama de “constitucionalización del derecho civil y comercial”. En dicho marco surgen figuras como la del Abogado del Niño Niña y Adolescente, y con ello el reconocimiento de derechos como el de ser oídos en sus opiniones, sentires y deseos, derecho a decidir sobre si en determinados temas, derecho a ser parte independiente en procesos, siempre teniendo en cuenta otra figura que resulta interesante y novedosa como es la de “capacidad evolutiva del menor”, entendiéndose que progresivamente el menor según el grado de madurez y entendimiento podrá ir adquiriendo más capacidad.

Por su parte, en el orden de la provincia de Entre Ríos, este proceso fue tomado tanto en el plano legislativo con la sanción de la Ley 9861 del año 2008, la sanción del Código Procesal de Familia, que configura un avance real y concreto en materia de familia, como también en el orden judicial ya que el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos y otros agentes, tales como como el Colegio de Abogados de Entre Ríos, toman el tema, encontrándose actualmente en vivo debate sobre la implementación de la figura y tecnicismos relacionados a su implementación.

El Abogado del Niño, se presenta como uno de los resultados del proceso de constitucionalización del derecho civil argentino. Los DDHH, derechos y garantías plasmadas en pactos con jerarquía constitucional, marcan un camino a nuestro derecho interno, de allí

surgen nuevas figuras, como la del Abogado del Niño, que hacen posible la concreción de los derechos.

Teniendo en cuenta lo dicho, la pregunta jurídica que guía mi trabajo es: ¿En qué sentido es posible afirmar que se respeta el derecho del niño a contar con un abogado de su elección, que represente sus intereses en los procesos que es parte?

El objetivo general del Trabajo de Investigación es el de analizar el proceso de incorporación de la figura Abogado del Niño en la justicia de Entre Ríos, conociendo los proyectos, instituciones y agentes intervinientes en su implementación.

Para llevar a cabo la investigación se apela a un tipo de investigación descriptiva – explicativa, ya que éste tipo consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el objeto de estudio. Con la presente investigación se propone el análisis y conocimiento de la figura del Abogado del Niño así como demostrar que nuestro derecho es parte de un proceso dinámico en donde la Constitución como norma suprema se introduce en las demás áreas del derecho, logrando así un cambio de paradigma.

El recorte temporal de la investigación es desde el año 1994 en donde se realiza la reforma Constitucional hasta la actualidad, año 2019.

Creo que es muy importante que se conozcan estos procesos y sus resultados, como es el caso de Abogado del Niño; por ello que se propone organizar el análisis de lo general a lo particular, es decir desde lo conceptual hasta el análisis de la figura en la justicia de Entre Ríos en donde en un futuro efectuare mi trabajo profesional.

Por cuanto para la conceptualización de este trabajo, se toma como fuente las normas tanto nacionales como internacionales que rigen en nuestro derecho, La convención de los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989), la Constitución Nacional Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, como también normas del derecho comparado de países de Latinoamérica.

La estructura del trabajo se organiza en cuatro capítulos. El primer capítulo presenta las cuestiones conceptuales e históricas básicas de la figura “El abogado del Niño”. Allí se pretende dar un marco histórico y conceptual que brinde al lector un conocimiento básico del tema.

El en el segundo capítulo se realizará un análisis de la legislación existente sobre el tema, tanto en el plano internacional, nacional y de la provincia de Entre Ríos, con el cual se busca mostrar la misma figura en los distintos planos legislativos, conocer el estado de la materia y analizar en forma particular lo pertinente en la provincia de Entre Ríos. En el tercer

apartado se realiza un análisis jurisprudencial, tomando fallos tanto de la Corte Suprema de Justicia, nacionales y provinciales. Y el cuarto, conclusiones finales.

Capítulo 1 Cuestiones conceptuales e históricas.

1.1 Introducción parcial.

Al momento de comenzar a pensar en la realización del presente trabajo, luego de realizar el recorte del tema, para mayor y mejor organización del mismo resulta de mucha utilidad realizar una conceptualización básica tanto de los conceptos propios del tema como niño, abogado, como también aquellos conceptos que son ineludibles para la realización correcta del mismo.

1.2 Cuestiones conceptuales e históricas.

Para comenzar a transitar este trabajo de investigación, es importante conceptualizar claramente que se entiende por niño. Para ello tomare la Convención de los Derechos del Niño, en adelante (CDN) texto legal que establece en su artículo N°1: “se entiende por niño o niña todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante (CCyC) en su artículo 25, establece que se entiende que: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

El CCyC elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad que tenía el antiguo Código Civil en su artículo 126¹, donde se hablaba de menores púberes e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil y adopta una distinción entre niños y adolescente, opción coherente con la perspectiva de los Derechos Humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia. En tal sentido, podemos mencionar, entre otras, a la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que en su

¹ Cod.CivilArt.126. Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años. Art.127.- Son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos.

artículo 1 declara que 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.²

En el derecho latinoamericano, también podemos hacer referencia a este proceso evolutivo, o cambio de paradigma en relación al menor, ya que la distinción que introduce el CCyC con la categoría de adolescentes, es parte del proceso regional, en relación al niño y el adolescente.

Así, encontramos entre otros, en Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente en donde se considera niño a la persona hasta los 12 años de edad y adolescente a la persona entre 12 y 18 años.³

En Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia, entiende por niño a todo ser humano hasta los 13 años y por adolescente a los mayores de 13 y menores de 18 años de edad.⁴

El Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica define como niño a toda persona desde la concepción hasta los 12 años cumplidos y adolescente al mayor de 12 y menor de 18 años.⁵

Es importante para este análisis esta distinción, ya que el concepto de adolescente genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad.

Así, por ejemplo, conforme al artículo 26 del CCyC⁶, a partir de los 13 años, el adolescente puede decidir por sí respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida. De esta manera, surge la autonomía progresiva o capacidad progresiva, como un nuevo concepto que mueve el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la edad, hacia la noción abierta, entendiendo a la capacidad con un sentido evolutivo.

² Art.1Ley N°26061 Protección Integral de los Derechos de los N.N. y Adolescentes., 2005.

³ Ley 8069, 1990, art. 2°.

⁴ Ley 17.823, Código de la Niñez y Adolescencia art. 1°.

⁵ Ley 7739, Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica Art.2.

⁶CCyCArt 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. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Este parámetro habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir. En tal sentido podemos ver como instrumentos internacionales, como la Opinión Consultiva de la Comisión Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 2002⁷ comparten con el derecho civil, este paradigma del menor:

Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (supra 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. (par.9).

Vemos aquí, lo que introductoriamente llamamos proceso de constitucionalización del derecho civil. Lo cual resulta congruente con esta nueva mirada a la niñez, en donde las edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros, entiendo que el criterio es un criterio dinámico, mutable, que deberá ser evaluando en cada caso en particular, atendiendo a las singularidades que cada individuo presenta, con sus herramientas y recorridos.

Teniendo en consideración que este ejercicio personal puede generar conflictos con las decisiones de los representantes legales, la norma brinda respuesta a través de la facultad del niño, niña o adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada y una de ellas es la figura del “Abogado del Niño”.

Conforme al diccionario jurídico, Valleta (2006) sostiene que:

⁷Opinión Consultiva, Comisión Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Comisión Interamericana de DDHH. OC-17/2002.

La palabra “abogado” proviene del latín *advocas*, y en su exacta acepción, designa a un perito en derecho que se dedica a defender en juicio, por escrito o por palabra, los derechos o los intereses de los litigantes y también a dar opiniones o emitir dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se les consulte” (p. 11).

Además el mismo Diccionario refiere que:

cuando un abogado ejerce su profesión en pleito, no está ejerciendo simplemente su derecho a trabajar, sin que ejerce una función pública como auxiliar de la justicia, asegurando, además, a sus clientes el principio cardinal de defensa en juicio, derecho fundamental y básico (p. 11).

El Abogado del Niño es el letrado patrocinante 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.

Tal como se expresa *up supra*, el cambio de paradigma en relación a la niñez surgidas a partir de la normativa internacional que se introdujo en nuestra normativa local, podemos entender que el niño cuenta con derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Pero estos derechos que el niño ha ganado, solo quedarían en la letra fría de la norma si no fuera que se pensó en la forma en que podrá concretarse, y una de estas formas es a través de la actuación de un letrado, ya que los intereses de las personas menores de edad podrán introducirse en un proceso de manera efectiva y concreta cuando se respetan los tiempos y las formas procesales, garantizándose de esa manera el debido proceso legal.

1.3 Características del Abogado del Niño.

Cuando hablamos de Abogado del Niño, hacemos referencia a aquel profesional de la justicia, que en la medida de lo posible (es deseable) tenga una formación académica especializada en niñez. En este sentido, se entiende que por las características del patrocinado, se debe poner especial cuidado y vigilancia en el actual profesional del abogado. Este punto es muy importante y hace a la figura en análisis, única.

El Abogado del Niño debe saber interpretar el deseo del menor, cuidar el interés superior de este, intervenir válidamente en el proceso y velar por el derecho de defensa del menor. Todo esto teniendo en cuenta que estamos hablando de sujetos que por su corta edad, tiene características, tiempos y formas particulares.

El trato con niños es un punto de gran importancia al momento del debate sobre la implementación de la figura, así pude ser testigo en un debate realizado por el Colegio de Abogados de Entre Ríos, en relación a la implementación de la figura del abogado del niño, en donde dentro de los interrogantes técnicos propios de la novedad que representa, surgió la pregunta, si todo profesional, que ha realizado alguna especialización (curso, posgrado etc.) a nivel académico, cuenta con este “plus” necesario para ejercer este rol. Creo particularmente que esta pregunta solamente podrá ser contestada en razón del tiempo, evaluando como esta figura se hace efectiva.

Además, se pueden observar los siguientes caracteres del Abogado del Niño según Claudia Xamena, (2012):

Podrá tratarse de Defensor Público o Privado: Podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con ONG, colegio de abogados o universidades.

Participación oportuna: La participación se debe realizar desde el inicio del proceso, como una garantía de participación del niño.

Autónomo: No puede confundirse con otros profesionales del derecho que intervienen en el proceso, tales como el Tutor ad Litem el Defensor del niño.

Necesario: Ante su ausencia o falta de intervención, se puede sancionar con la nulidad de lo actuado en el proceso.

Imparcial: No debe inclinarse a favorecer las pretensiones de los sujetos procesales, sino únicamente debe tratar de actuar de la forma más cercana a los pedidos del niño.

Especializado en materia de niñez y adolescencia: La formación del abogado del niño debe revestir un alto conocimiento en derecho de familia, en derecho de la niñez y en derechos humanos de los niños.

Defensa técnica: Asume en el proceso judicial o administrativo la defensa de los intereses particulares del niño en un conflicto concreto, prestando para ello el conocimiento técnico jurídico especializado.

Gratuidad: Los honorarios por la actuación del abogado del niño pueden ser afrontados por el Estado, quien tiene el deber de garantizar el ejercicio de los derechos del niño, pero no obsta a que los padres puedan asumir el pago de sus honorarios (p 113).

Las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad (2008) aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se establecen las pautas para el Acceso a la Justicia a las personas en Situación de Vulnerabilidad. En ese documento internacional, un niño, niña o adolescente es una persona vulnerable ya que:

Toda vez que se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razones de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas étnicas, y/o culturales, se encuentran en especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Regla 3).

Las reglas 64 y 65 de dicho documento internacional⁸ establecen la necesidad de la asistencia técnica antes y durante el acto judicial:

Previa a la celebración del acto: Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial. Durante el acto judicial: Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se

⁸ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad (2008).

llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad (Reglas 64-65).

Los menores tienen sus propios intereses, pueden ser comunes o no al de sus progenitores, y su propia voz en los procesos judiciales, puede y debe ser escuchada sin la intermediación de sus padres. Según las normas citadas, un menor tiene derecho a participar activamente de los asuntos judiciales que los involucre, y tiene derecho a elegir un abogado.

Evangelina Suárez (2017), afirma que el abogado del niño tiene a su cargo su defensa técnica, entendida como la posibilidad de designar un letrado de su confianza o de recibir asistencia técnica de oficio, para lo cual debe interpretar los deseos y aspiraciones del menor y obrar en consecuencia. Este abogado tiene a su cargo el patrocinio de intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad.

El abogado del niño, viene a darle la voz en un proceso donde generalmente solo se escuchan las perspectivas adultas, ya que así se exige la garantía total de la vigencia de sus derechos en cualquier proceso donde ellos intervengan, independientemente del patrocinio letrado con el que cuenten sus propios padres y/o terceros intervinientes.

1.3.1 Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica del Abogado del Niño, es la misma que se origina entre un abogado y su representado adulto. Las relaciones entabladas entre el Abogado y su cliente se circunscriben en el arrendamiento de servicios.⁹

Teniendo en cuenta bajo que figura nos encontramos, es menester aclarar cuáles serán las obligaciones de las partes intervinientes en tal contrato. Y lo que debe remarcarse como una característica propia de esta relación es que el encargado de pagar la actuación del letrado deberá garantizarlo el Estado cuando la persona menor de edad no esté en condiciones de solventarlo, caso contrario serían los padres los encargados del pago del mismo.

Otra de sus características es que se trata de un contrato consensual, bilateral, recíproco y oneroso, más allá de que una de las partes en esta relación jurídica, sea una persona menor

⁹CCyC Art. 1251: Hay contrato de obra o servicios cuando una persona, según el caso el contratista o prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer servicio mediante una retribución.

de edad, la naturaleza de la misma no deja de ser la de un contrato de arrendamiento de servicio, más allá de las características particulares que se desprenden por las condiciones de una de las partes y de quien sea el encargado de retribuir aquel servicio.

1.4 Principios que regulan el accionar del abogado del niño.

Según Lescano (2013), la figura del Abogado del Niño:

Encuentra su fundamento en los principios en los que se asienta la Convención sobre los Derechos del Niño y el Tratado de Derechos Humanos, que a partir de 1994 alcanzó la máxima jerarquía normativa en nuestro país, a través de su recepción constitucional, en virtud de lo previsto en el de art. 75 inciso 22 (p. 2).

Dentro de los principios que fundamentan al Abogado del Niño, podemos nombrar siguiendo las palabras de La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo caratulado “Bulacio vs Argentina” del 2003 que dice:

El principio de no discriminación: La prohibición de discriminación es inherente a la definición de derechos humanos. Si se concibe a éstos como los derechos que tienen todos los seres humanos por el solo hecho de ser tales, la discriminación en su aplicación resultaría contradictoria con el concepto mismo de derechos humanos. No debe entenderse como imposibilidad de diferenciar. Los seres humanos tienen necesidades diferentes, culturas diversas, o etapas de la vida en las que requieren distintos cuidados, y la igualdad o la prohibición de discriminación no debe confundirse con la uniformidad o con la asimilación (par.19.).

Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. El Estado debe tener en cuenta la situación particular de cada menor y trabajar para que tengan acceso a procedimientos eficaces: suministro de información, asesoramiento legal, promoción y autopromoción y acceso a la asistencia letrada. Desde esa

perspectiva, no basta que se reconozca a los menores como sujetos de derechos, sino que se permita que los ejerzan activamente, y que los Estados otorguen la posibilidad del acceso a la justicia de modo seguro y protegido.

Los mecanismos de la justicia deben ser accesibles, adecuados, eliminando toda formalidad que restrinjan la capacidad de los menores de acceder a la justicia. Es en este aspecto donde se pone de manifiesto la pertinencia y relevancia de la figura del abogado del niño, y el ejercicio de defensas técnicas en procesos judiciales que afecten al menor.

Cháves-Luna (2015), afirma que:

(...) en los procesos de familia encuentra atinada la invocación al interés superior del niño en el artículo 706 del CCCN y la prescripción del art. 707 del mismo cuerpo normativo cuando concede derecho a los niños, las niñas y adolescentes a participar y ser oídos en todos los procesos que los afecta directamente y que su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida (p. 91).

Así encontramos que el rol del Abogado del Niño es promover la participación de la justicia para garantizar la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades como jueces, en los procesos donde se involucran personas menores de edad, principio Constitucional que no debe ser olvidado.¹⁰

En el sistema legal argentino encontramos con tres normas claves que dan sustento a la figura del abogado del niño:

- a) Art. 12 de la CDN (incorporada a la Constitución Nacional desde 1994),
- b) Art. 27 de la Ley 26 061,

¹⁰ Artículo 120 de la Constitución Nacional Argentina: El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

c) Art. 26 del Código Civil y Comercial.

El Estado argentino ratifica el derecho de los menores a participar en los procesos que los involucra o los que es parte por su interés superior, por medio de su abogado. Lo que implica la garantía del “debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio”¹¹.

La figura del abogado del niño es de gran utilidad para la materialización del paradigma de la niñez, en tanto sujetos activos de derechos, constructores de su propia vida política, jurídica y social, surgiendo así como el garante del ejercicio de los derechos de la minoridad y adolescencia. Ahora bien, ese derecho implica, además, la posibilidad de “elegir al profesional” que quiera llevar adelante su defensa y, como contrapartida, la posibilidad de revocar el patrocinio cuando dicho profesional se aparte de los mandatos o deseos propios del menor. La elección puede ser consecuencia de la confianza en ese profesional, o bien de la especificidad en el tema involucrado.

Queda claro que los menores ya no pueden ser tratados como meros destinatarios de políticas y acciones asistenciales ejecutadas por el Estado o por otros mayores. Tal como sostiene Videtta (2017), “(...) a pesar del respeto que adquirió, legislativamente, la figura del abogado en los últimos años, su puesta en práctica ha sido polémica y dificultosa” (p. 6). Ya que como se observa en la doctrina o espacios de debate sobre el tema, se ponen en duda o surgen incógnitas que se llevan toda la atención, cuestiones válidas, pero que de ningún modo pueden afectar el cumplimiento y la efectividad de una norma vigente. Por ello entiendo que de ninguna manera esos cuestionamientos pueden demorar, aplazar o denegar la participación de los menores con sus abogados en los procesos en los que decidan designarlos.

Destaca Videtta (2017), que:

(...) el derecho a participar activamente de los procesos que lo afecten es una garantía procesal del menor, y en tanto garantía, resulta facultad de aquéllos designar un abogado y realizar actuaciones procesales, es decir que es un derecho y no un deber o una carga procesal. Empero, en tanto derecho tiene que tener la posibilidad de ejercerlo (pp. 6-7).

La figura del Abogado del Niño ya es ley y por ende, es un derecho del menor. Y la contracara de este derecho es la obligación de los operadores judiciales de aceptar su

¹¹ Organización de los Estados Americanos, 1969.

intervención. Así podemos argumentar esta postura con autores como Mónica Assandri (2015), que sostiene que, la “defensa técnica es una garantía esencial e integrante del debido proceso legal. Assandri afirma que el derecho del menor “de acceder a la justicia con patrocinio letrado hace a su interés superior” (p. 2461), ya que implica asegurarles el pleno goce de sus derechos sobre los principios de igualdad, libertad, autonomía y capacidad progresiva.

El derecho a comparecer a juicio patrocinado por su abogado, no puede ser limitado por ley, por resolución judicial ni política pública alguna. Cualquier discusión contraria respecto del ejercicio de esta figura, deberá postergarse para otros espacios como el académico, de política institucional, de protocolos, etc., sin que ninguno de esas cuestiones se convierta en un elemento disuasorio del derecho a la participación activa del menor en el proceso junto con su abogado.

El Abogado del Niño, junto a todo el aparato judicial, debe garantizar el interés superior de los menores teniendo en cuenta los elementos señalados por Rony Eulalio López-Contreras (2015): “la expresión y los deseos de los niños, niñas y adolescentes; la búsqueda de un entorno familiar y social que favorezca el desarrollo de su personalidad; y, la valoración de un futuro favorable” (p209).

Otro principio de suma importancia para el tema, es el del Interés Superior del Niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

En relación a este último principio, creo necesario relacionar conceptos que hacen al ya nombrado nuevo paradigma del menor, que acompañan de manera estructural el proceso de cambio de una visión del menor como sujeto a tutelar, rígido en sentido de su edad y capacidad cronológica, sin posibilidad de evaluar individuos si no franjas etarias homogéneas, a una visión del menor abierta a correr esos parámetros estrictos y rígidos, evaluando las subjetividades, y comprendiendo que cada sujeto tiene un recorrido diferente, pudiendo así entender la capacidad progresiva del menor.

Todo lo antes dicho, encuentra su basamento en considerar al niño como sujeto de derecho y abandonar la antigua concepción que consideraba a los niños como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces.

Este nuevo paradigma de niñez como sujeto de derecho, nunca podría ser llevado a la práctica, si no se considerara su opinión de manera prioritaria de una medida en la que se está en juego su interés superior. Así es lógico que para que el interés superior del niño sea tenido

en cuenta en los procesos que es parte, este menor debe de una manera valida introducir estos pensamientos e intereses al proceso en el que es parte.

Esta exigencia surge de la Ley 26.061 que receptando el principio general del artículo 12 la CDN, que incorporó el derecho a “(...) ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, respetando su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales”.

También, encontramos en dicha norma en el artículo 24 estable el derecho del niño a “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés (...) “en todos los ámbitos (...) estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

Al momento de analizar esta escucha y específicamente cual es el alcance de la misma, es apropiado traer a colación la Opinión Consultiva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 17/2002, que dice:

(...) 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, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente (p.86).

Según la opinión¹², el ejercicio de este derecho-garantía no puede estar condicionado ni a pisos mínimos etarios ni a la presencia de cierto grado de madurez en el niño: todo niño o niña tiene derecho a ser oído, siempre que tenga algo que decir. De esta manera:

¹²Opinión Consultiva N° 17 (2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, (p.86)

(...) los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (...) el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan (par.20 y 21).

En relación a lo expuesto es importante para demostrar el interés del legislador, en que estos principios sean efectivizados en la vida del menor y por tratarse de un derecho que posee jerarquía constitucional, toda decisión que se aparte de la expresión del niño deberá ser debidamente argumentada por parte del magistrado.

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

1.5 Procedencia de la figura del Abogado del Niño, según el Código Civil y Comercial.

En el año 2015, la figura es añadida en el art. 26 del Código Civil y Comercial¹³, donde podemos ver, el primer elemento que debe valorar, considerar y apreciar, una autoridad para tomar decisiones en relación al menor es su opinión sobre la situación planteada. A partir de los postulados normativos, la opinión del niño o la niña constituye un factor determinante para la aplicación de la Ley y, en consecuencia, para motivar las decisiones del magistrado, tomando

¹³CCyC 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. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (...) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

en cuenta las manifestaciones del menor para resolver el caso, despejando y descubriendo los intereses superiores y dignos de tutela jurídica, no solo de los y las personas menores de edad, sino de las partes adultas del mismo proceso. Esta actividad intelectual, opera con otro criterio rector en temas de infancia y adolescencia, que es interés superior del niño (Naciones Unidas, 1989).

Desde esta perspectiva, parecería casi imposible determinar cuál es el mejor interés de un menor en un caso en concreto, sin antes conocer su opinión, así vemos como en la vida cotidiana del menor cada vez son más frecuentes tanto en las familias, escuelas y comunidades, el sentido respetuoso a la opinión de los menores. Pues bien, si esto ocurre en los ámbitos no estatales, con mayor razón debería ocurrir y convertirse en una regla general en los procedimientos judiciales que les afectan directamente a los menores y donde suelen tomarse decisiones de mucha trascendencia sobre sus vidas. En este sentido, Juan Rafael Perdomo (2008) concluye que:

Abstenerse ilegítimamente o ilegalmente de oír la opinión de un NNyA en un procedimiento administrativo o judicial comporta una violación de un derecho humano y de un principio garantista con jerarquía constitucional, lo que acarrea por regla, la nulidad y la reposición de la causa al estado en que se garantice el ejercicio de tal derecho (p. 34).

En la misma línea, Aida Kemelmajer de Carlucci (2012) afirma que:

(...) el niño es titular de derechos propios, que puede ejercer aún contra sus padres, porque hoy se le concede al niño “un lugar” distinto, diferente pero no menos respetable que el del adulto. Y en consecuencia, si el menor es sujeto de derechos y no objeto del mismo, es la justicia la que debe aproximar a la realidad lo que prometen las normas constitucionales al niño, ya que las decisiones judiciales cumplen una función docente al emitir un mensaje a la sociedad (p. 168).

Del análisis del mencionado artículo 26 del CCyC podemos decir que el legislador dispone, que una persona menor de edad que cuente con la edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. También cuando existan situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Así nos encontramos con dos puntos de suma importancia para el correcto análisis del tema que nos convoca, estos son, primero, contar con la edad y grado de madurez suficiente y que exista (o que el menor así lo perciba)¹⁴ un conflicto de intereses con sus representantes.

1.6 ¿Qué significa, en relación al CCyC, contar con la edad y grado de madurez suficiente?

El contar con edad suficiente y grado de madurez es un concepto que busca hacer efectivo el cambio de paradigma que viene teniendo nuestro ordenamiento jurídico desde la reforma constitucional. Lo que se busca es ampliar el accionar de los menores en relación a sus derechos, entre ellos el de que puedan actuar junto a una asistencia letrada, en miras de acoger aquellos principios proclamados por la normativa internacional.

Tal como se dispuso anteriormente, el Art 26 del CCyC establece que “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(...)”.

Ahora bien, el interrogante surge al momento de la verificación de este requisito, ya que a mi entender, esta evaluación no debería ser una libre interpretación o una decisión unipersonal del juez, si no, tal como lo establecen los diferentes documentos, que van reglando la escucha y la capacidad progresiva del menor, que esta tarea la realice un equipo interdisciplinario especializado en niñez y adolescencia, ya que de alguna manera lo que hace particular este tema es que el trato con menores y adolescentes, debe ser respetando las particularidades que el sujeto tiene, ya que lo que se busca con todo este proceso es que sea efectiva esta escucha, respetuosa y que (a mi entender) no sea el mundo jurídico, formal,

¹⁴ Existe un actual debate sobre la aceptación por parte de Justicia de petitorios realizados por menores que alegan “sentir”, esto es pareceres, sensaciones o posibilidades, concretas y fundadas de conflictos de intereses con sus representantes. En oposición existe una opinión compartida por diferentes profesionales, que exige necesariamente una comprobación fáctica del conflicto de intereses entre el menor y sus representantes.

solemne y “de adultos” sino que sea todo este mundo el que se adapte al menor, cuestión que se lee entre líneas en todo este proceso.

Concretamente, en relación a la edad, el CCyC, no brinda números fijos de edades, ya que en el artículo 25 del CCyC, enuncia que “(...) Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años (...)”. Como si lo hacia el Código de Vélez, en su artículo 127¹⁵, esto deja una puerta a la libre interpretación, acarreado con ello las posibles consecuencias jurídicas que puedan impactar en su vida como en la de su entorno, es por ello que esta evaluación es realizada por un grupo de profesionales, que cuentan con formación específica, logrando así una opinión lo más objetiva, estudiada e interdisciplinaria posible.¹⁶

Pero ahora bien, entiendo que esta evaluación tiene como consecuencia, en muchos casos, una condición para el ejercicio de derechos, por ejemplo el que el menor, alcance un determinado grado de madurez y edad y que sea suficiente, para contar con un Abogado.

Entiendo que esto va en contraposición con los objetivos que se marcaron a través de la CDN, en donde se marcó que se debe garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos sin distinción de edad.

Particularmente creo que el grado de madurez y edad suficiente, hacen referencia a que el menor entienda básicamente que se encuentra en un proceso judicial, que sepa comprender mínimamente los alcances, derechos y garantías que lo asisten, entre otros. Creo que esta evaluación debe ser realizada por profesionales especializados en la materia, de manera interdisciplinariamente, para poder captar desde diferentes puntos analíticos esta capacidad o no.

1.7 ¿Qué se entiende por conflicto de intereses del menor con sus representantes en el CCyC?

Es lógico que en la vida familiar, existan diferencias y desencuentros entre los padres/tutores y los menores, hay diferentes factores que aportan a que las diferencias existan

¹⁵ Art.127.- Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueron de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.

¹⁶ En Entre Ríos, entro en vigencia en el mes de marzo del año 2019, el “PROTOCOLO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA EN LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS (Reglamentario de los arts.12 de la CDN; 24,27 de la Ley 26.061; arts.26, 103 y 707 del CCyC y art. 17 de la Ley 9861).”, que respetuosamente invito a leer ya que hace referencia al tema.

y cada vez se hagan más grandes. La velocidad de la información, las modas y la vida social en si son elementos que marcan diferencias entre los grupos etarios.

Pero cuando hablamos de conflictos de intereses en relación al tema que nos ocupa, debemos aclarar que este, no es un simple conflicto de pareceres sobre cuestiones vanas, el conflicto de intereses al que el legislador hace referencia, (creo a partir de la lectura y estudio del tema), es un conflicto profundo, en donde las partes se encuentran en veredas opuestas.

En diferentes ocasiones, podemos ver como el vértigo de los conflictos entre los progenitores, en procesos de divorcio, peleas familiares, deseos impuestos de los adultos a los menores, cuestiones de género e identidad, hacen que los intereses de los menores queden “aplastados” por un caudal de argumentos contrapuestos, alegando razones por las cuales uno u otro tutela mejor a ese menor.

Ahora bien, es interesante preguntarnos, ¿Qué sucede con ese menor?, acaso, ¿por el hecho de ser menores no tiene legítimos intereses?, a estas preguntas creo que las pretenden contestar todas las normas que vienen centrándose en el paradigma del niño como sujeto de derecho, con intereses que deben ser escuchados y respetados.

Así, podemos ver como en la segunda parte del artículo 26 del CCyC: “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.” Entonces, se puede afirmar que la designación del Abogado del Niño procedería en caso de evidente conflicto entre ellos y sus representantes, los cuales en razón de ello, se encuentran imposibilitados de llevar adelante la voz del niño desprendida de sus propios posicionamientos. En tal sentido Bigliardi, (2015) afirma que “Los que sostienen este enfoque no hacen ninguna referencia a la edad del menor, es decir, que en el caso de que se dé la situación de conflicto, procedería a cualquier edad la designación del abogado del niño” (p. 3).

Entiendo que este requisito, de la existencia de un conflicto de intereses entre padres e hijos (tutores y menores), es menester, a la vez que si los padres no comparten estos mismos intereses, mal podrán ponerlos de manifiesto o hacerlos cumplir, por ello alguien más deberá introducir los en el proceso, para que el debido proceso legal esté garantizado, caso contrario el mismo podría ser anulado.

1.8 Conclusión parcial.

Se entiende por niño o niña todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, conforme

a la CDN y al CCyC, el que establece que se entiende por menor de edad y adolescente menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

El CCyC elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad que tenía el antiguo Código Civil, en donde se hablaba de menores púberes e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil y adopta una distinción entre niños y adolescente, opción coherente con la perspectiva de los Derechos Humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia.

Todo lo anterior acompañado de los conceptos de autonomía progresiva o capacidad progresiva, mueven el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la edad, hacia la noción abierta, entendiendo a la capacidad con un sentido evolutivo. Pero estos derechos que el niño ha ganado, solo quedarían en la letra fría de la norma si no fuera que se pensó en la forma en que podrá concretarse, y una de estas formas es a través de la actuación de un letrado, ya que los deseos de las personas menores de edad podrán introducirse en un proceso de manera efectiva y concreta cuando se respeten los tiempos y las formas procesales, garantizándose de esa manera el debido proceso legal.

Así es lógico que para que el interés superior del niño sea tenido en cuenta en los procesos que es parte, este menor debe de una manera válida introducir estos pensamientos e intereses al proceso en el que es parte. Por cuanto, surge la necesidad del abogado del niño, que debe saber interpretar el deseo del menor, cuidar el interés superior de este, intervenir válidamente en el proceso y velar por el derecho de defensa del menor. Todo esto teniendo en cuenta que estamos hablando de sujetos que por su corta edad, tiene características, tiempos y formas particulares y sus características son: Podrá tratarse de defensor público o privado, participación oportuna, autónomo, necesario imparcial, especializado en materia de niñez y adolescencia, defensa técnica y gratuidad.

Capítulo 2 Análisis de la legislación.

2.1 Introducción parcial.

En el presente capítulo se analiza la legislación que rige la problemática en cuestión, comenzando con la Convención de los Derechos del Niño, documento internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas firmada en el año 1989, ya que es considerado el primer instrumento que coloca al Niño como sujeto de derechos, siendo así un momento de trascendencia para dar inicio al cambio de paradigma en relación a la niñez. Mientras que en el plano nacional, se aborda a la Ley 26.061 de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes fue sancionada el 28 de Septiembre de 2005, quince años después de que nuestro país aprobara la CDN, y en relación a ella es que se sanciona. La CDN como ya se dijo, marca un camino, da inicio a un nuevo paradigma de niñez y el estado argentino al introducir por la reforma de la Constitucional los instrumentos internacionales, entre ellos la CDN.

Continuando en el orden nacional, también se analiza el CCyC, en razón de que el derecho civil también participo de este nuevo cambio de paradigma en relación a la niñez, su capacidad progresiva y demás conceptos en relación al tema. Además de lo que específicamente establece el Código, así como también se lo compara con lo dispuesto en Código velezano.

Ya en el plano de la Provincia de Entre Ríos, respetando el recorte que se plantea en el título del trabajo, se introduce el análisis de la Ley N° 9861 “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia”. Entre Ríos. En este punto continuando con el análisis de la legislación actual que regula de una u otra manera a la figura del Abogado del Niño, ya sea directamente o a través de otros derechos que derivan en su lógica implementación, nos centraremos en lo que concierne a la legislación de la Provincia de Entre Ríos.

Para terminar con el análisis de la legislación vigente, creo apropiado mencionar la existencia del Proyecto de Ley Proyecto de Ley: Creación de la Figura del Abogado del Niño Niña y Adolescente, por el que se propone la creación de la figura del “Abogado del Niño, Niña y Adolescente” en la Provincia de Entre Ríos. Ya que, dicho proyecto pretende acompañar y profundizar el proceso de acceso a derechos mediante la implementación de la figura del Abogado del Niño, Niña y Adolescente de conformidad a lo normado por la Convención Internacional de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que fuera ratificada por la Ley Nacional N° 23.849, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del

Niños, la Ley Nacional N° 26.061 de “Protección y promoción Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes” y su Decreto reglamentario, la Ley Provincial N° 9.861, también concidero pertinente el análisis del nuevo Código Procesal de Familia de Entre Ríos; demás legislación del orden internacional, nacional y provincial que regulan sobre la materia. Además del análisis del nuevo Código Procesal de Familia de la Provincia de Entre Ríos, el cual introduce de manera concreta todo el proceso referente al menor y su intervención en los procesos judiciales.

2.2 La Convención de Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es considerado el primer instrumento internacional que establece Derechos Humanos a los Niños específicamente como sujetos de derecho, convirtiéndose en un hito elemental en la historia de sus derechos de los niños. En la CDN se concibe a los niños como sujetos de derecho y no como sujetos pasivos, receptores de las acciones asistenciales o de control del Estado.

La CDN tuvo su primera inserción en las normas argentinas con la sanción de la ley N° 23.849 en septiembre de 1990, con ello Argentina se obligó a dar mayor rigor y calidad en la intervención del Estado, y como consecuencia a distinguir situaciones que en los hechos constituían fuente de evidente injusticia (González del Solar, s.f.).

El rol principal de la CDN es el de inspirar reformas legislativas e interpretaciones judiciales cuando la ley admite varias soluciones posibles. Pero no fue hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994 donde adquirió rango constitucional, ya que en el inciso 22¹⁷ del art. 75 de la CNA otorga de manera directa jerarquía constitucional a once

¹⁷ Art.75 Inc.22: Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, entre ellos la CDN, pero además prevé que mediante un procedimiento especial, otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional.

Estos tratados con la parte orgánica de la constitución tienen jerarquía constitucional y pasan a integrar las declaraciones, derechos y garantías que protegen a los habitantes de la Nación Argentina, señalando expresamente que no derogan artículo alguno de la constitución.

Es importante destacar que desde la incorporación del instrumento internacional al plexo normativo nacional, el Estado Nacional Argentino queda obligado a respetar los derechos enunciados y a asegurar su aplicación, además de tomar todas las medidas necesarias la protección del niño. Así lo podemos ver en el artículo 2 de la CDN.¹⁸

La CDN es la formalización de un nuevo paradigma, en primer lugar internacionalmente, luego en el plano nacional, principalmente entiende al niño desde un lugar de respeto, como un sujeto real de derecho y por ello un sujeto que es importante y debe ser tenido en cuenta por las políticas públicas del estado. En tal sentido, la doctrina consultada, dice que la CDN establece los postulados de la doctrina de la protección integral que considera al niño como sujeto de derecho, en contraposición de la doctrina de la situación irregular que veía al niño como objeto de protección (Ludueña, 2002).

La CDN, sienta las bases elementales para reforzar la consideración del niño como sujeto de derecho, garantizando su derecho a ser oído y con derechos especiales, y deje de pensárselo como objeto pasivo de la intervención de la familia, el Estado y la sociedad solamente. Con todo esto, la Convención de los Derechos del Niño es el resultado de una larga evolución de las relaciones entre el niño, la familia y el Estado, abriendo una nueva era para los niños del mundo (Kemelmajer de Carlucci, 1994).

La CDN, además de representar un nuevo paradigma en relación al niño, nos brinda conceptos claros en relación al tema que nos convoca, por ejemplo el de niño: “(...) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Convencion de Derechos del Niño., 1989 Art1). Concepto que resulta básico e imprescindible para el desarrollo de este trabajo.

También, en relación a la escucha del menor la CDN reza:

¹⁸ Artículo 2: Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares

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

Es importante la introducción en el análisis en este artículo en particular, ya que expresa claramente que debe garantizarse al niño el derecho a expresarse en los asuntos que lo afecten, este es otro punto en donde queda claro el paradigma novedoso de niñez, convirtiéndolo en sujeto activo de sus derechos, tomando un rol protagonista.

Aquí encontramos la primera aproximación a nuestra figura, el abogado del niño, ya que entiendo que el derecho a ser oído del niño, tiene un punto a nivel procedimental, que es muy importante. El “Cómo” se efectiviza esa escucha, y dentro de las opciones que establece la CDN, el abogado del niño, es una de ellas.

Entendemos por abogado a aquel profesional que le asiste como asesor y representante en la defensa de sus derechos e intereses frente a los organismos públicos y el resto de las personas y entidades privadas.

2.3 Ley Nacional 26.061 - Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Dentro de la Ley Nacional 26.061 - Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante Ley N° 26.06), la figura del abogado del niño está contemplada en términos muy amplios dentro del art. 27¹⁹, según el cual basta con que la niña, niño o adolescente se encuentre

¹⁹ Art.27: GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales 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

afectado o incluido dentro de un proceso para que sea factible su participación con patrocinio letrado, con el propósito de que sea oído, de que se tenga en cuenta su opinión a la hora de tomar la decisión, y de peticionar su revisión ante el superior en caso de ser necesario (Basso, 2015).

La Ley N°. 26.061, fue sancionada el 28 de Septiembre de 2005, quince años después de que nuestro país aprobara la CDN. Si tenemos en cuenta que esta Ley N° 26.061 tiene como fundamento cumplir con la obligación asumida como estado adherente, tal como lo establece el Art. 4 de la CDN: “Los Estados Partes adoptarán (...) todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para da efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”, y que la CDN fue incorporada al plexo Constitucional en la reforma de 1994, la sanción de la Ley 26061 en el año 2005 es por lo menos, lenta, tal como lo afirma el constitucionalista Sabsay (2008), la Argentina se tomó demasiado tiempo para la sanción de la mencionada ley N°. 26.061.

Tal como se desprende ut supra, el Congreso de la Nación Argentina sanciona la Ley 26061 para dar cumplimiento a compromisos internacionales además de establecer parámetros objetivos de prelación legislativa en caso de surgir conflictos con las normativas provinciales, ya que estas deben ceder en favor de la ley nacional, porque la misma contiene los parámetros mínimos aplicables en todo el país y sus disposiciones tienden a hacer operativas a las de la CDN. Por lo que las provincias deben adaptar sus realidades locales dictando normas que se correspondan con lo establecido en la Ley N. 26.061 (Sabsay, 2008).

Esta Ley N° 26.061, pretende garantizar el ejercicio y goce de la totalidad de los derechos ya reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y los incorporados en tratados internacionales dotados de jerarquía constitucional, de la totalidad de las niñas, niños y adolescentes que estén dentro de territorio de la República Argentina, así queda definido en el artículo 1 de dicha norma²⁰.

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.

²⁰Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de los N.N. y Adolescentes Art.1: 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

Es claro el espíritu de protección y especial cuidado que la ley tiene por la niñez. Nos encontramos con un paradigma de amplitud de los derechos del niño en el territorio de la Republica, sin hacer ningún tipo de discriminación.

En tanto, otro punto que resulta importante de análisis de la normativa, tiene que ver con la incorporación de las palabras “ejercicio y disfrute, pleno, efectivo y permanente”, aquí vemos que el legislador en estas palabras, tiene un paradigma de la minoridad con un sentido activo, posicionando al niño en un rol activo frente a sus derechos, de manera real y concreta, sin ningún tipo de limitación.

Dentro de la Ley 26061, encontramos un concepto a la luz del momento de su promulgación que resulta novedoso, el Interés Superior del Niño. Este principio rige también en materia de patria potestad, así encontramos 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, y 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.

Continuando el análisis de la Ley 26.061 en relación a la figura del abogado del niño, leemos en su Artículo 24, acerca el Derecho a opinar y a ser oído, que:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Específicamente este artículo se refiere al derecho del niño a opinar y a ser oído, esto viene en concordancia con lo expresado up supra, ya que se afirma que los niños tiene derecho a expresar su opinión de manera libre, en los asuntos que les conciernen y en las que tengan interés. Vemos aquí también de manera clara el paradigma que da estructura a esta norma, entendiendo al niño como un sujeto de derecho, activo y consiente de sus necesidades, intereses y libertades.

En el Artículo 27, acerca de las Garantías mínimas de procedimiento, de la Ley 26061, se contempla el aspecto técnico de la defensa, así podemos leer que:

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.

Así, se establecen como garantías mínimas en los procedimientos judiciales, en el derecho de todo niño, niña y adolescente a contar con la asistencia de un letrado, que preferentemente se especialice en niñez y adolescencia. La garantía de la defensa consiste en asegurar la posibilidad de efectuar oportunamente y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán introducidas válidamente en el proceso.

Además, el sentido de la defensa técnica reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz. Es claro que la Ley N°.26.061 constituye un escalón más en el lento pero firme proceso de reconocer a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho ya que la misma no establece ninguna

restricción para que el niño sea oído ya que la mención a la madurez y el desarrollo del artículo 24 inciso b) es solo para graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera es un requisito para escucharlo, en concordancia a lo que establece la CDN en relación al derecho del niño a ser escuchado directamente o a través de un representante u órgano apropiado.

Entonces, el niño deberá ser escuchado cada vez que así lo peticione y deberá tenerse en cuenta al momento de tomar una decisión, ya que es la obligación del juez la de escuchar a los niños, siendo esta una garantía mínima del procedimiento que debe ser respetada por todos los organismos del Estado.

Ahora bien, el alcance que se le dará a la opinión del niño, lo establece el artículo 27 de la ley 26.061, cuando dice que sus opiniones sean tomadas primordialmente en cuenta, además, dispone el artículo 24 de la misma ley, que las opiniones de los niños deberán ser tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, esto es, a mayor comprensión del niño, mayor peso tendrá su opinión, sin perjuicio de la obligación de los magistrados de siempre considerarla, tenerla en cuenta y evaluarla.

De esta manera, más allá de la discusión ideológica acerca de su aceptación o rechazo que significa el sistema instaurado por la CDN en el plano internacional y la Ley 26061 en el plano nacional, lo cierto es que sus disposiciones constituyen, en nuestro país, derecho positivo vigente. De ahí que discutir sobre su aplicación o no, desplaza la cuestión a otro terreno, pero de ninguna manera habilita a omitir la aplicación de los postulados de la CDN, dada su jerarquía constitucional.

2.4 Código Civil y Comercial de la Nación.

El nuevo CCyC, sancionado mediante ley 26.994, entró en vigencia el 1º de agosto del 2015. Esta reforma tiene una importancia muy significativa en relación a la figura del abogado del niño, ya que el nuevo ordenamiento en su Art. 26 así lo establece. En este sentido, es dable afirmar que dicho Código significa un avance en relación al tema que nos convoca, ya que el Código Civil de Vélez Sarsfield, no regulaba sobre la figura del abogado del niño.

Además, la norma civil, toma como fuente a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos convirtiéndose así en un referente del llamado Derecho Privado Constitucionalizado o Constitucionalización de derecho civil.

El CCyC innova al receptar la constitucionalización del derecho privado, tomando muy en cuenta los tratados internacionales, en especial los que legislan sobre derechos humanos y

los derechos reconocidos en todo el bloque constitucional. De esta manera establece una comunidad de principios entre el derecho privado, la Constitución y el derecho público (Highton, 2015).

A partir de la constitucionalización o humanización del derecho privado, se produce un cambio de paradigma, en relación a dos ejes centrales: 1º) se entiende a la persona como sujeto de derechos y, 2º) el ámbito de protección de la persona excede los sistemas nacionales para instalarse en el ámbito internacional. De ese modo, se evidencia el fracaso de los modelos jurídicos tradicionales del Siglo XX, donde situaban al individuo como objeto de derechos y al Estado como garante de la paz social. En este contexto es que, con la revalidación e incorporación constitucional de la CDN a la Constitución Nacional, se instaura un cambio fundamental en materia de reconocimientos de derechos para los menores, quienes se convierten en sujetos de derechos, abandonando el modelo aquel de objetos de tutelas.

Asimismo, en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Buenos Aires, (1997) se había concluido que:

El derecho de los niños a ser escuchados personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentren involucrados sus personas o sus bienes (p.23).

Es claro que el niño tiene derecho a intervenir en aquellos procesos en donde sus intereses estén en juego, y para que este derecho se efectivice, como el de cualquier sujeto de derecho, lo debe hacer accediendo a un abogado especializado que lo asista, represente teniendo en cuenta sus intereses, sin que exista restricción alguna en razón de la edad, ya que ello significaría una clara vulneración a los derechos del niño cuando no un acto discriminatorio.

De cualquier forma, aun en estos supuestos, el abogado no deberá dejar de tener un contacto directo con el niño ya que su fin es el de defender sus intereses representando sus inquietudes, deseos y aspiraciones. El juez y el mismo Defensor de Menores tendrán que ejercer un control estricto de las labores que desempeña el letrado, tomando todos

los cuidados y medidas que resulten indispensables para que la función de este profesional del derecho no resulte en la práctica contraria al fin perseguido.

Coincido con lo planteado por el Dr. Néstor, Solari (2009) cuando afirma de manera esclarecedora que:

En realidad, hay que distinguir tres aspectos diferentes: el derecho a ser oído; el derecho a la participación y el derecho a tener un patrocinio letrado. Todos ellos deben ser respetados, cualquiera fuese su edad, sin perjuicio del alcance y trascendencia del derecho a ser oído y de la participación del niño, según la edad que tuviere. Lo que varía, en todo caso, es la consideración subjetiva que debe adoptar el juzgador, de conformidad a la edad del niño; mas nunca la viabilidad de tales derechos (...) (s/f).

Y continuando con el análisis de los artículos del CCyC, que creo merecen ser analizados individualmente. Primeramente, el Art. 113 del referido Código, que hace referencia a las audiencias en donde el menor es parte, el legislador dispone que el juez debe: “(...) a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior”).

El artículo *ut supra* tiene un carácter novedoso ya que en el antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield no encuentra correlato. Dicho artículo establece que ante cualquier decisión que involucre al niño, el juez tiene la obligación de oírlo, cualquiera fuere la edad del niño, siempre que esté en condiciones de comunicarse, no solo debe oírlo, esto no significa que está obligado a cumplir con su pedido, sino que en cada caso concreto, el magistrado deber tener en cuenta la edad y el grado de madurez del niño en cuestión a la hora de tomar una decisión (Bueres, 2014).

Esta norma, toma el derecho del niño a ser oído como el reconocimiento legal de que todo niño participe y exprese libremente su opinión en todo asunto que lo involucre y en cualquier ámbito en el que se desenvuelva y el juez debe tenerlo en cuenta para el discernimiento de la tutela y para cualquier decisión que involucre al niño (Burundarena, 2014).

En ese sentido, la defensa técnica posibilita introducir válidamente las manifestaciones y necesidades del niño, sus peticiones, formulaciones e impugnaciones en los respectivos procesos con un acorde o suficiente correlato técnico y procesal, para hacer valer sus derechos,

que de lo contrario serían sacrificados o invalidados, cuestión de una gravedad intolerable a esta altura.

En el mismo sentido, en materia de adopción, en el Art.595, acerca de Principios generales, inc.a y f del CCyC²¹.

Los principios que rigen la adopción que aquí se enumeran, entre ellos el derecho del niño a ser oído e incluso a tomar como obligatorio su consentimiento una vez cumplido los diez años de edad abren una nueva forma de entender al proceso de adopción.

En lo que a este trabajo compete, podemos decir que este artículo tiene dos cuestiones importantes; por un lado el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, dentro del cual encontramos el derecho a ser oído en sentido estricto, o sea la escucha del pretense adoptado durante su proceso de adopción y cuya opinión será tenida en cuenta según su edad y grado de madurez y el de intervenir en el proceso en calidad de parte. Y por otro, la necesidad del consentimiento de su propia adopción cuando el pretense adoptado alcance los diez años de edad (Herrera 2015, p239).

Lo que ha modificado la normativa hoy en vigencia es que le concede al adoptado la calidad de parte en su propio proceso de adopción permitiéndole comparecer con asistencia letrada en caso de contar con la edad y el grado de madurez suficiente, y el magistrado además de oírlo debe valorar su opinión de acuerdo a su edad y grado de madurez e incorpora la necesidad de contar con el consentimiento del pretense adoptado alcance la edad de diez años (Bueres 2014, p56).

El otorgarle carácter de parte en su proceso de adopción, es un modo peculiar de hacer efectiva la realización del principio de autonomía progresiva sostenida a lo largo de todo el CCyC, que requiere garantizar el derecho del niño a ser oído en toda cuestión que lo involucre, en este caso su propio juicio de adopción (Herrera 2015, p76).

De acuerdo con las normas internacionales, el CCyC recepta la calidad de sujeto de derecho de las niñas, niños y adolescentes en lo que refiere a la titularidad de sus derechos y desde el fomento del ejercicio personal de los mismos. Así, se configuran en este artículo algunos parámetros generales de este Código, relacionados con el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (Herrera 2015, p78).

²¹ CCyC Art.594:La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

En relación a otro nuevo concepto que introduce el CCyC en el Art.639, como es el de la responsabilidad parental, entendida 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”.

Esta nueva forma de entender la relaciona entre el menor y sus progenitores es totalmente coherente, en mi entender, con el proceso de constitucionalización del derecho civil, que entre otros, propone entender al menor como sujeto de derecho, activo y presente, en oposición a la concepción de menor sujeto de tutela, receptivo de cuidados, y totalmente ajeno a cualquier proceso en donde su interés este en juego.

2.5 Ley N° 9861 “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia”. Entre Ríos.

En este punto continuando con el análisis de la legislación actual que regula de una u otra manera a la figura del Abogado del Niño, ya sea directamente o a través de otros derechos que derivan en su lógica implementación, nos centraremos en lo que concierne a la legislación de la Provincia de Entre Ríos.

Como se mencionó en la introducción, la provincia de Entre Ríos, incorporo dentro de su plexo normativo el 10 de septiembre de 2008 la Ley n° 9.861 “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia” (en adelante Ley N° 9.861).

En ese sentido la Ley 9861 en el Art.1 establece que:

Tiene por objeto la protección integral del niño, el adolescente y la familia en el territorio de la Provincia de Entre Ríos a fin de garantizar el goce y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que les son reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Es claro que luego de que la reforma constitucional de 1994, precisamente con el Art. 75 inc22 que introduce los instrumentos internacionales al plexo constitucional, luego la Ley nacional 26061 en el año 2005, la Provincia de Entre Ríos hace lo suyo en materia de legislación y adhiere expresamente al compromiso internacional asumido por el Estado Argentino adoptando sus principios rectores y contenido normativo que desde la provincia son

tomados y legislados para dar nacimiento a la Ley 9861, que configura un avance sin precedentes en la normativa provincial, en materia de derechos del Niño.

La norma provincial, continuando con las formas legislativas de las leyes que le dan basamento ideológico, presenta algunos puntos de interés particular. En el Artículo 3²² de la citada Ley, nos encontramos en primer lugar con una clara exposición del fin que el legislador pensó para la norma, y realiza una conceptualización de que se entiende por niño, siendo más específica ya que establece que se considera niño desde el momento de la concepción.

Resulta interesante que la Ley 9.861 establece de manera clara, un concepto que expresa nítidamente su coherencia conceptual con las normas superiores, estableciendo que se deben reconocer las particularidades propias de cada etapa del desarrollo infanto-juvenil, y que estas particularidades deben ser tenidas en cuenta para la determinación del contenido específico de sus derechos.

Continuando con el análisis de esta norma, vemos que busca principalmente regular la actuación de los organismos, entidades y servicios que realizan políticas y programas en el ámbito provincial (Entre Ríos) y por su jerarquía también en el orden municipal, no solo en lo público ya que el ámbito de lo privado también se deben respetar los principios que esta norma expresa.

Siguiendo a los parámetros de los instrumentos internacionales y las normas nacionales que ya se analizaron, la Ley 9.861 afirma que la provincia de Entre Ríos reconoce y protege en su territorio a todos los niños y adolescentes, todos los derechos y garantías inherentes a su condición de personas, sin discriminación alguna, independientemente de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres, de su grupo familiar o de sus representantes legales. Estos conceptos antidiscriminatorios son los que primeramente encontramos en la CDN.

Aquel paradigma que se mencionó *ut supra*, en donde se entiende al niño como sujeto titular de derechos, en un rol activo y concededor de sus derechos, un niño que hace uso de sus

²² Artículo 3 - A los efectos de la protección integral que procura esta Ley y sin perjuicio de lo establecido en la legislación civil, laboral o previsional, se considera niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad y a su respecto los términos niña/niño/adolescente se utilizan con idéntico sentido. Ello no obstante, las particularidades propias de cada etapa del desarrollo infanto-juvenil deben ser tenidas concretamente en cuenta para la determinación del contenido específico de sus derechos, en toda intervención o medida que se adopte y especialmente a fin de que el niño, en consonancia con la evolución de sus facultades y con la orientación y asistencia de sus padres o responsables, pueda ejercer por sí los derechos que se le reconocen.

derechos, y un Estado que pone todo (por lo menos en la letra de la Ley) para que ese niño sea un sujeto de derecho real y concreto.

Es también claro el sentido anti discriminatorio que atraviesa la norma, hablando de un niño que tiene sus derechos y garantías inherentes a su condición de persona, sin ningún tipo de distinción de raza, sexo, edad, entre otros.

En el Art. 7 de la Ley 9.861²³ encontramos un principio de vital importancia la efectivizarían de sus derechos, como para entender el tema que nos convoca. Queda claro que la provincia de Entre Ríos, por medio de sus legisladores entiende que el interés superior del niño es un derecho ya consagrado, y que al momento en que existan conflictos en razón de ellos, deben ser tomados como prioritarios los del menor.

Resulta interesante que la norma en análisis²⁴, introduzca un concepto de “igualdad en la relación procesal” esta idea que también la encontramos en las normas superiores, posiciona al niño en un pie de igualdad con todos los demás sujetos de derecho, de esta manera, se lleva a la práctica las cuestiones conceptuales. Ahora bien, ¿cómo se efectiviza esta igualdad?, es claro que en todo proceso judicial, la forma en la que se introducen los actos jurídicos de forma tal que tengan el efecto jurídico que busca la parte, es por medio del representante legal o abogado, de esta forma podemos ver como la figura del abogado del niño, se encuentra implícita en muchos de los artículos de la norma analizada y como esta igualdad procesal se hace realidad.

2.6 Proyecto de Ley: Creación de la Figura del Abogado del Niño Niña y Adolescente.

Para terminar con el análisis de la legislación, creo apropiado mencionar la existencia del Proyecto de Ley contenido en el Expediente N° 12.020 H.C.S., autoría de los Señores Senadores Larrarte, Giano y Canali, por el que se propone la creación de la figura del “Abogado del Niño, Niña y Adolescente” en la Provincia de Entre Ríos.

²³Artículo 7: A tales efectos deberá entenderse por interés superior del niño y del adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y su mínima restricción. En aplicación de este principio cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de un niño o adolescente frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

²⁴ Ley 9.861, Art.22, inc.c.

Este proyecto pretende acompañar y profundizar el proceso de acceso a derechos mediante la implementación de la figura del Abogado del Niño, Niña y Adolescente de conformidad a lo normado por la Convención Internacional de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley Nacional N° 26.061 de “Protección y promoción Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes” y su Decreto reglamentario, la Ley Provincial N° 9.861 y demás legislación del orden internacional, nacional y provincial que regulan sobre la materia.

Este proyecto tiene una importancia muy grande para nuestra provincia ya que la posiciona dentro de las jurisdicciones que se han sabido adaptar a las necesidades actuales, compartiendo un paradigma respetuoso de los derechos del niño en primer lugar, y legislando directamente sobre la figura del abogado del niño en particular. Por cuanto, en su digesto, el proyecto cuenta con una estructura de nueve artículos, el artículo 1 insta a crear la figura del “Abogado del Niño, Niña y Adolescente”, que deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales, de mediación o administrativos que los afecten, y en los que intervendrán en carácter de partes, sin perjuicio de la representación promiscua que pudiere corresponder conforme a la normativa en vigencia.

Ya en el Artículo 2²⁵, manda a que se cree un Registro Provincial de Abogados del Niño, Niña y Adolescente en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Entre Ríos, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula vigente para actuar en territorio provincial que demuestren su especialización en derechos del niño. Este punto es muy importante, ya que introduce un agente de suma importancia para la temática, el Colegio de Abogados de la Provincia de Entre Ríos.

En ese sentido, el colegio de Abogados desde el debate de este proyecto a la fecha, ha sido un espacio de vital importancia para el debate, conocimiento y publicidad de la figura del abogado del niño en general, y en particular en relación a este proyecto. Se han creado espacios abiertos a la comunidad en general, de charlas, lecturas, debates tanto con autoridades como con profesionales especializados en la materia. Como así también la formación de los profesionales del derecho, interesados en la materia, realizando cursos simposios charlas etc., específicamente para los abogados de la matrícula.

²⁵ Art. 2°: Créase un Registro Provincial de Abogados del Niño, Niña y Adolescente en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Entre Ríos, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula vigente para actuar en territorio provincial que demuestren su especialización en derechos del niño. La nómina de los Abogados del Niño, Niña y Adolescente inscriptos en dicho Registro deberá mantenerse actualizada y ser remitida con periodicidad razonable al Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, al Ministerio de Gobierno, Seguridad y Justicia de la Provincia y al Consejo Provincial del Niño, el Adolescente y la Familia.

En el Art.4²⁶ nos clarifica cual es el fin del Abogado del Niño, Niña y Adolescente, afirmando que el Abogado del Niño, Niña y Adolescente tendrá a su cargo la defensa técnica de los intereses particulares del niño, niña o adolescente, a fin de que se dicte una decisión o se arribe a un acuerdo favorable a su voluntad. Para ello debe velar por el reconocimiento de todos los derechos y garantías que les confiere el ordenamiento jurídico vigente; entrevistarse con el niño, niña o adolescente; informarle debidamente sus derechos y cuanto suceda en el procedimiento; llevar a cabo todas las estrategias procesales pertinentes; actuar con especial observancia a deber de confidencialidad y lealtad.

2.7 Análisis del Nuevo Código Procesal de Familia de Entre Ríos.

Tal como venimos advirtiendo en el transcurso de este trabajo, la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, crea la necesidad de pensar en un proceso de familia que tenga como finalidad la efectiva operatividad de las normas del derecho sustancial.

Cuando analizamos el ámbito de la justicia nacional, vemos que los juzgados cuando se ventilan cuestiones patrimoniales y extra patrimoniales de familia, aplican el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuestión que creo insuficiente en razón a la naturaleza de los asuntos que allí se ventilan, ya que el proceso de familia requiere principios y caracteres propios que rijan la sustanciación de su desarrollo, entendiendo el fin público involucrado y la tutela de los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Lo propio sucede en la provincia de Entre Ríos, ya que hasta el mes de abril del corriente año (2019) cuando entra en vigencia el nuevo Código Procesal de Familia de la provincia, los procesos se encontraban regidos por el Código Procesal Civil de la Provincia y la Ley 9861 (ya analizada en el presente trabajo), cuerpos normativos que no tiene en cuenta las particularidades propias de la materia o resultan insuficientes.

Desde hace algunos años, se vive un camino de reflexión, análisis y materia procesal de familia, tanto en el fuero nacional como en las diferentes provincias, dando como resultado

²⁶ Art.4: El Abogado del Niño, Niña y Adolescente tendrá a su cargo la defensa técnica de los intereses particulares del niño, niña o adolescente, a fin de que se dicte una decisión o se arribe a un acuerdo favorable a su voluntad. Para ello debe velar por el reconocimiento de todos los derechos y garantías que les confiere el ordenamiento jurídico vigente; entrevistarse con el niño, niña o adolescente; informarle debidamente sus derechos y cuanto suceda en el procedimiento; llevar a cabo todas las estrategias procesales pertinentes; actuar con especial observancia a deber de confidencialidad y lealtad.

modificaciones y /o creación de Códigos Procesales de Familia, dando respuesta a las necesidades que requiere la materia en cuestión.

Uno de los documentos que marca un camino en este proceso es, “*Bases para la reforma procesal de familia*” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación²⁷, el cual pretende dar cuenta a la sociedad civil de los principios rectores, estructuras y principales contenidos procesales que una ley procesal de familia debiera incluir para cumplir los objetivos de suficiencia, autonomía y especialidad en las materias sensibles y de impacto de las que trata a los fines de acercar a las familias a una mejor calidad de justicia ya que los principios receptados tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación como los contenidos en nuestra Constitución Nacional, en las Convenciones, Tratados y Pactos Internacionales, son los cimientos del proceso que ahora se propone.

Este documento supo tomar todas aquellas cuestiones que en diferentes escenarios tanto dentro de la doctrina como en debates y de la propia legislación vigente en la materia²⁸, estableciendo que en todas las regulaciones especiales de familia se deben procura los siguientes principios rectores:

- Propender al acceso a la justicia y asegurar el derecho a un proceso equitativo.
- Encontrar la verdad real.
- Des formalizar y humanizar del proceso.
- Promover el contacto directo del juez con las partes, sus abogados y la prueba (inmediación/oralidad), con indelegabilidad.
- Redefinir el rol del juez, acentuando la oficiosidad.
- Simplificar las estructuras procesales y de los actos.
- Efectivizar los derechos sustanciales.
- Priorizar la autocomposición del litigio, en especial por el mismo órgano.

²⁷ “Bases para la reforma procesal de familia”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ed. Saij.2018

²⁸ Además, las normas procesales contenidas en el CCyC son pautas de orden convencional, la posibilidad que los códigos de derecho común puedan contener normas procesales, ya ha sido dirimida hace muchos años atrás por la Corte de la Nación (doct. CSJN, in re D. 1765. XLI. ORIGINARIO, “Díaz, Ruth Inés c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa inconstitucionalidad”, sentencia del 19/12/2006, consid. 5º). Así se estableció cuando se ha considerado adecuado establecer formalidades especiales para el ejercicio de ciertos derechos (por ejemplo: “Livi, Ángel c/ Martínez, Nydia Paradiso de”, 1953, Fallos: 227:387; reiterado in re “Turia S.A.C.I.A. e I.”, 1977, Fallos 297:458; in re “Feito García de Carreira, María Isabel c/ Muñoz, Alberto”, 1977, Fallos 299:45, entre otros).

- Asegurar la ejecución de las sentencias y resoluciones.
- Facilitar la tramitación reduciendo los costos.
- Favorecer la intervención procesal directa de las personas en condición de vulnerabilidad.

2.8 Principios generales de los procesos de familia

En relación al tema que nos convoca, considero relevante traer al análisis en general todos los principios expuestos up supra, y en particular aquellos a los que específicamente se hace referencia al abogado del niño.

Entendiendo que en los procesos de familia existen principios y caracteres propios que definen y orientan la sustanciación de los conflictos de esta índole.

Las exigencias del derecho sustancial al que sirve, el fin público involucrado y la tutela de los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, justificó a esta autonomía y una regulación procesal adaptada a estas circunstancias.²⁹

Estos principios son:

- a) Tutela judicial efectiva y debido proceso.
- b) Flexibilidad y adaptación de las formas procesales.
- c) Acceso a la justicia. Gratuidad.
- d) Resolución consensuada de los conflictos.
- e) Proyección de la solución del conflicto.
- f) Ponderación del interés superior del niño, niña y adolescente (en adelante, NNA) y del interés familiar.
- g) Participación procesal del NNA, de las personas con capacidad restringida y su derecho a ser oídos, con ajustes razonables.
- h) Especialidad y cooperación interdisciplinaria.
- i) Oficiosidad. Rol y dirección del juez de familia.

²⁹ Ver Lázzari, E. (2003) Qué características debe contener un sistema procesal civil para ser compatible con el derecho al debido proceso, T. I, pág. 55 y sig. *XXII Congreso nacional de Derecho Procesal*". Paraná. Ver también Oteiza, E. El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal, T. I, pág. 3 y sig. *XXII Congreso nacional de Derecho Procesal*. Paraná.

- j) Oralidad.
- k) Doble instancia.
- l) Inmediación.
- m) Reserva y acceso limitado al expediente.
- n) Buena fe y lealtad procesal.
- o) Comunicación judicial y lenguaje.
- a) Tutela judicial efectiva y debido proceso
- c) Acceso a la justicia. Gratuidad

Como vemos, estos principios hacen material el cambio de paradigma que se viene exponiendo en el presente trabajo. Estos principios muestran como el derecho toma de las necesidades actuales, de la propia evolución social para dar letra a sus lineamientos normativos.

En la provincia de Entre Ríos, esta realidad no fue ajena. Desde el año 2015 con los diferentes debates, talleres y capacitaciones en relación a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, surge nítidamente la necesidad de un profundo trabajo de rever las prácticas y las normas que en la justicia de la provincia. Así y luego de consultas, investigaciones y la real necesidad (en palabras de los propios profesionales del derecho de familia), surge el Código Procesal de Familia de Entre Ríos³⁰.

El Código Procesal de Familia de Entre Ríos, cuenta con 324 artículos organizados en 3 capítulos, en los cuales se legislan los diferentes temas propios de la materia.

Es notable como luego de analizar los lineamientos del ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Nación³¹, nos encontramos con que el código, toma todos aquellos principios que el documento del Ministerio, insta a tener en cuenta como prioritarios, cuestión que también podemos ver en los diferentes códigos de las provincias que han hecho lo propio.³²

³⁰ Código Procesal de Familia de Entre Ríos, Ley 10.668 Entre Ríos Sancionada el 12 de Marzo de 2019 Boletín oficial, 8 de Abril de 2019.

³¹ “Bases para la reforma procesal de familia”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ed. Saij.2018.

³² Caso de Buenos Aires, Mendoza, que ha sido tomado como modelo para la realización del propio en Entre Ríos.

En relación a la temática analizada, encontramos que en el apartado g, se prevé la participación en el proceso de personas con capacidad restringida, incapaces, niños, niñas y adolescentes y su derecho a ser oídos, con ajustes razonables.

Se establece que la opinión del menor será valorada considerando el grado de madurez y edad, respetando el principio de autonomía progresiva, así también se establece que el juez oirá antes de tomar alguna decisión, de manera personal y con el auxilio de especialistas, según las circunstancias de las actuaciones. Además, la escucha debe concretarse siempre que la persona menor de edad o con capacidad restringida lo solicite.

En relación al bogado del niño, en el segundo párrafo de dicho punto establece que se podrá designarse un abogado del NNA del respectivo listado que elaboren las cámaras de apelación, los colegios públicos de abogados o las autoridades correspondientes. El juez controlará la imparcialidad en su desempeño.

2.9 Código Procesal de Familia de Ente Ríos:

Tal como se expuso anteriormente el Código Procesal de Familia de Entre Ríos, en sus artículos 6, 19 y 20 se refiere específicamente a la figura del abogado del niño.

El artículo 6³³, se refiere al principio de interés superior del niño, su derecho a ser oído, y establece que estos principios guiaran toda medida o decisión que al menor atañe, asegurando el derecho a ser oídos y que sus opiniones sean debidamente escuchadas, introducidas en los procesos y tenidas en cuenta al momento del decisorio.

El artículo 19³⁴, específicamente refiere a la participación de los menores de edad en el proceso, y establece 4 reglas generales para ello. El principio segundo, establece que los

³³ ³³ C.Proc. de Familia E.Ríos Art. 6º: Principio del interés superior del niño. Derecho a ser oído. Personas con capacidad restringida. Todo tipo de decisión y medidas dictadas en procesos que involucre personas menores de edad, deberán estar guiadas por el principio del interés superior del niño, optando siempre por la situación que mejor asegure la máxima vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. Correlativamente, todo niño, niña y adolescente, tienen derecho a ser oídos y que sus opiniones sean tenidas en cuenta al momento de arribarse a una decisión judicial que los afecte. Tales derechos y garantías también deben asegurarse a las personas con capacidad restringida.- El Superior Tribunal de Justicia mediante reglamentará, de considerarlo necesario y mediante acordada, aspectos esenciales a cumplimentar durante las audiencias en las que ejerzan este derecho los niños, niñas y adolescentes para garantizar su participación en condiciones adecuadas, que se respetarán en todas las diligencias previstas en este código.

³⁴ C.Proce. de Familia E.Ríos Art.19: Participación de la persona menor de edad en el proceso.La participación de los niños, niñas y adolescentes en juicio, se rige por las siguientes reglas generales:1) En principio la

menores podrán participar de manera excepcional de modo autónomo en caso de que se presenten situaciones de conflicto de intereses con sus representantes o por pedido del propio menor. Así, el juez de oficio debe definir si le asigna participación autónoma directa o indirecta, entendiendo que de manera directa comparecerá con la asistencia técnica de un letrado especialista, si la persona menor de edad cuenta con capacidad procesal. Esta condición se relaciona con la suficiente madurez para llevar a cabo el acto, y se presume que se cuenta con la misma -salvo prueba en contrario- una vez cumplidos los trece (13) años de edad. En cambio, la actuación debe ser autónoma indirecta a través de un Tutor Especial que lo represente, si la persona menor de edad no cuenta con capacidad procesal.

La presunción de capacidad procesal a los trece años, puede desplazarse si el juez con la asistencia del Equipo Técnico Interdisciplinario, concluye que el niño o niña a pesar de no contar con esa edad, sí goza de autonomía y madurez suficiente o en sentido inverso, verifica que a pesar de tener trece años cumplidos, carece de tales aptitudes. A su vez, dicha presunción deja a salvo disposiciones especiales establecidas por el Código Civil y Comercial; tal como lo establecen las diferentes leyes y tratados³⁵.

Cuando el litigio se vincula a bienes o créditos de las personas menores de edad, pueden estar en juicio representándolos sus progenitores o tutores, pero si se trata de adolescentes, se presume que cuentan con edad y madurez suficiente para actuar en el proceso conjuntamente con aquellos representantes o de manera autónoma con asistencia letrada, sin previa

representación en el proceso de las personas menores de edad es ejercida por sus representantes legales;2) Excepcionalmente, pueden participar de modo autónomo si se presentan situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales o el menor de edad pide participar. En estos casos el juez de oficio debe definir si le asigna participación autónoma directa o indirecta: a) La actuación será autónoma directa y comparecerá con la asistencia técnica de un letrado especialista, si la persona menor de edad cuenta con capacidad procesal. Esta condición se relaciona con la suficiente madurez para llevar a cabo el acto, y se presume que se cuenta con la misma -salvo prueba en contrario- una vez cumplidos los trece (13) años de edad. b) En cambio, la actuación debe ser autónoma indirecta a través de un Tutor Especial que lo represente, si la persona menor de edad no cuenta con capacidad procesal;3) La presunción de capacidad procesal a los trece años, puede desplazarse si el juez con la asistencia del Equipo Técnico Interdisciplinario, concluye que el niño o niña a pesar de no contar con esa edad, sí goza de autonomía y madurez suficiente o en sentido inverso, verifica que a pesar de tener trece años cumplidos, carece de tales aptitudes. A su vez, dicha presunción deja a salvo disposiciones especiales establecidas por el Código Civil y Comercial;4) Cuando el litigio se vincula a bienes o créditos de las personas menores de edad, pueden estar en juicio representándolos sus progenitores o tutores, pero si se trata de adolescentes, se presume que cuentan con edad y madurez suficiente para actuar en el proceso conjuntamente con aquellos representantes o de manera autónoma con asistencia letrada, sin previa autorización judicial. Además, bajo esa misma condición, pueden reclamarles a los representantes por sus propios intereses sin previa autorización judicial.-

³⁵ Ley26061, CDN y CCyC.

autorización judicial. Además, bajo esa misma condición, pueden reclamarles a los representantes por sus propios intereses sin previa autorización judicial

En el artículo 20³⁶ del código, se reglamenta un sobre Tutores Especiales y Abogados especialistas.

El código establece que los Juzgados de Familia contarán con un listado de Tutores Especiales y Abogados Especialistas para los asuntos que requieran la intervención de los mismos, en representación o asistencia técnica -según el caso de niños, niñas y adolescentes, como asimismo de personas víctimas de violencia familiar o contra la mujer en el ámbito doméstico. El Superior Tribunal de Justicia reglamentará, para su funcionamiento y concreción, el Cuerpo de Tutores Especiales y Abogados Especialistas para el Fuero de Familia de la Provincia de Entre Ríos, que se crea a los efectos de la presente ley. Para el patrocinio de personas beneficiarias de un proceso de restricción a la capacidad, como asimismo en los procesos de internaciones involuntarias, intervendrán los profesionales de la Unidad de letrados en procesos de salud mental, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa quienes tendrán como función garantizar la asistencia jurídica a las personas internadas involuntariamente como consecuencia de su padecimiento mental así como a las personas que se encuentran en proceso de restricción de su capacidad.-

Es claro como el código procesal de familia de entre ríos ha sabido tomar y hacer propio el cambio de paradigma que existe en relación a la mirada que se tiene del menor y sus derechos, estableciendo claramente como debe ser su intervención y trato en los procesos judiciales en los que es parte.

³⁶ Cod.Procesal de Familia E. Ríos Art.20:Tutores Especiales y Abogados especialistas. Los Juzgados de Familia contarán con un listado de Tutores Especiales y Abogados Especialistas para los asuntos que requieran la intervención de los mismos, en representación o asistencia técnica -según el caso- de niños, niñas y adolescentes, como asimismo de personas víctimas de violencia familiar o contra la mujer en el ámbito doméstico.El Superior Tribunal de Justicia reglamentará, para su funcionamiento y concreción, el Cuerpo de Tutores Especiales y Abogados Especialistas para el Fuero de Familia de la Provincia de Entre Ríos, que se crea a los efectos de la presente ley.Para el patrocinio de personas beneficiarias de un proceso de restricción a la capacidad, como asimismo en los procesos de internaciones involuntarias, intervendrán los profesionales de la Unidad de letrados en procesos de salud mental, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa quienes tendrán como función garantizar la asistencia jurídica a las personas internadas involuntariamente como consecuencia de su padecimiento mental así como a las personas que se encuentran en proceso de restricción de su capacidad.-

La necesidad de la especialización de todos aquellos agentes intervinientes en este proceso, hacen que este trato sea consiente e informado, respetando de manera clara las particularidades de este sujeto de derecho.

Este proceso en la actualidad está siendo transitado, a mi entender de manera muy respetuosa y comprometida por la “comunidad judicial” de la provincia. Digo comunidad ya que no es solamente por parte del poder judicial estrictamente donde se está poniendo en marcha este cambio, son también los diferentes colegios de profesionales como el de abogados, psicólogos y afines, los que han tomado la iniciativa de brindar un acompañamiento a sus profesionales colegiados en la formación y especialización en la temática.

2.10 Conclusión parcial.

La CDN es considerado el primer instrumento internacional que establece Derechos Humanos a los Niños específicamente como sujetos de derecho, convirtiéndose en un hito elemental en la historia de sus derechos de los niños, convirtiéndose en la guía que nuestro derecho tomo para realizar un cambio de paradigma en materia de niñez.

Ya en el plano legislativo nacional, la Ley N°. 26.061, sancionada el 28 de Septiembre de 2005, quince años después de que nuestro país aprobara la CDN y tiene como fundamento cumplir con la obligación asumida como estado adherente, tal como lo establece el Art. 4 de la CDN³⁷.

Este nuevo Código Civil y Comercial, pone fin a las diferencias de opiniones enrolándose en una tesis amplia según la cual todo niño, niña o adolescente debe ser escuchado personalmente por el juez (Herrera, 2015). Como podemos ver, el derecho del niño a ser oído atraviesa todo el Código Civil y Comercial de la Nación, receptando indudablemente el modelo de participación del niño que exige la Convención de los Derechos del Niño (Burundarena, 2014).

³⁷ CDN Art.4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Es claro que desde la vigencia del CCyC, el derecho civil argentino ha tomado un rumbo coherente y respetuoso de la Constitución Nacional. Entendiendo, también que es parte primordial, tanto de un Estado de Derecho como de un Estado democrático, el respeto a las jerarquías de las normas, ya que esta no es una cuestión caprichosa, sino una forma de organización en donde las normas superiores guíen a las inferiores marcando un camino claro en donde deben acoplarse.

En la provincia de Entre Ríos, hace lo propio la Ley 9.861, que tal como su letra lo establece, tiene por objeto la protección integral del niño, el adolescente y la familia en el territorio de la Provincia de Entre Ríos a fin de garantizar el goce y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que les son reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Además el nuevo Código Procesal de Familia, sintetiza un trabajo evolutivo dentro del derecho de familia en la provincia de Entre Ríos, logrando así tomar todos los principios que se encuadran en el nuevo paradigma en relación al menor.

Vemos como a partir del nacimiento de la CDN, y la introducción al plexo normativo de la misma a nuestro derecho, tanto en el orden nacional como en el orden provincial, los legisladores han incorporado sus preceptos, tomando al instrumento internacional como una guía.

Capítulo 3 Análisis Jurisprudencial.

3.1 Introducción parcial.

En el presente capítulo se realizara un análisis de la jurisprudencia relacionada al tema propuesto. Por lo que pretende realizar un camino desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hasta sentencias de la justicia de Entre Ríos. Además, de mostrar cómo es receptado tanto el cambio de paradigma de la niñez como los conceptos que fueron introducidos a lo largo del proceso de incorporación de los Tratados Internacionales con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la reforma de del Código Civil y Comercial, la promulgación de las diferentes normas tanto en el plano nacional como de la provincia de Entre Ríos.

Ya que, no es sino por medio de las sentencias, donde podemos visualizar de manera tangible los procesos que se realizan en el plano normativo, de esa manera observamos como los magistrados por medio de sus decisorios, ponen en el plano factico, concreto y real la norma vigente.

3.2 Análisis Jurisprudencial.

Para continuar se analizaran diferentes fallos, entendiendo que a través de estos podemos ver como el o los procesos que vive el derecho, acompañando a la sociedad en su evolución, se hacen tangibles.

Creo prudente, analizar diferentes fallos, de diferentes fueros y de distintos momentos, para así, en lo posible dejar visible como los magistrados a través de sus decisorios toman, interpretan y hacen efectivos, aquellas modificaciones. Ya que, el proceso de reformas, creación de nuevas leyes y derogación de otras, pone efectivamente en movimiento a nuestro ordenamiento jurídico, y particularmente en el tema que nos convoca, el Abogado del Niño.

En el tema que nos convoca, la implementación del Abogado del Niño, fue, y en algunos casos sigue siendo interpretada de tal forma que en la mayoría de los tribunales de nuestro país el acceso a esta figura del abogado del niño, fue denegado.

En principio, las decisiones judiciales ponían especial énfasis en las normas de fondo, en particular en el hoy derogado Código Civil, lo que conllevó a que los derechos y garantías impartidas desde la normativa internacional con jerarquía constitucional, como la CDN, y demás tratados internacionales, hasta la Ley Nacional 26.061, quedaran casi estériles al

momento de la interpretación. Los magistrados, en su mayoría, de alguna forma colocaron a la norma de fondo, en la punta de la pirámide jerárquica de las normas al momento de tomar una decisión, cuestión que respetuosamente, creo errada. Así los menores, además de perder el goce efectivo de derechos adquiridos a través de las normas ya expuestas, fueron colocados en la regla de la incapacidad.

Retomando el análisis del fallo de la Corte Suprema de la Nación en los autos caratulados “M, G. c/ P.,C.A s/tenencia de hijos”³⁸, donde se prioriza la vigencia de las normas del Código Civil en materia de capacidad, haciendo inaplicable el artículo 5 de la CDN³⁹ y el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061⁴⁰, tomando una clara interpretación de la capacidad del niño en relación a su edad, sirviéndose de números fijos, no derogado al momento del decisorio, como ya se ha dicho, pero si cuestionada a partir de la ratificación de la CDN.

Esta interpretación restrictiva y cronológica de la capacidad del niño, vulnera los estándares internacionales en la materia ya que la CDN ha consagrado el paradigma de la protección integral de los niños, que tiene su basamento en la consideración del niño como sujeto de derechos, de modo contrario a la concepción del niño como objeto de tutela e incapaz.

En ese sentido, Minyersky & Herrera (2008) señalan que:

Tanto la CDN 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 (...) Para el ejercicio de tales derechos (o ante la violación de ellos) no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada (p.54).

³⁸ Corte Suprema de la Nación “M, G. c/ P.,C.A s/tenencia de hijos”, 5 agosto de 2013.

³⁹ CDN Art. 5 Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

⁴⁰ Ley 26061 Art.27inc”c”: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: inc. 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;

Pero como ya se expresó anteriormente, los magistrados fueron haciendo suyo cada vez más el paradigma de la CDN, Ley 26061, etc. así resulta interesante, poder visualizar, el movimiento que realiza el derecho acompañando a la sociedad en su evolución.

En tal sentido, la Corte Suprema se colocó en un punto intermedio, en materia de interpretación de la figura del Abogado del Niño, en el fallo “P., G.M. y P., C.L. s/protección”,⁴¹ ya que entendió que los niños no habían sido oídos en el proceso y atendiendo al interés superior del niño, solicita al juez que les designe un abogado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos.

De este modo, “(...) la Corte confunde el derecho a ser oído, el cual debe hacerse efectivo en todo procedimiento judicial o administrativo, con el derecho a la asistencia letrada” (Leonardi, s/f, pp. 9-10).

En el mismo sentido, nos encontramos con el fallo, “M., G. c. P., C. A. s/recurso”⁴² en donde, en el marco de un juicio de tenencia, la hija de 11 años de los cónyuges pidió ser tenida por parte, por derecho propio, solicitud que fue rechazada tanto por el magistrado de grado como por la Alzada. Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario, que fue denegado. Ante la renuncia de la letrada que la asistía, la Defensora dedujo ante la Cámara la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó lo decidido.

En lo relativo a las particulares características del proceso de familia, se suelen señalar la acentuación de los poderes del juez, la intensificación de la función conciliadora, la colaboración interdisciplinaria, la marcada necesidad del ejercicio de la intermediación, la gratuidad y el régimen especial en materia de costas, entre otras. Estos caracteres propios del fuero especial de familia, que no existe en muchas provincias diferenciado del juez civil y del juez comercial, y sobre todo en el orden de la justicia federal, han sido precisados en el nuevo Código Civil y Comercial en el TÍTULO VIII Procesos de familia, CAPÍTULO 1, Disposiciones generales, en los artículos 705 al 711. Cuando se analiza la participación activa de los niños en el proceso judicial, la situación no es tan sencilla, y la doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas en relación a cómo y cuándo deben participar ellos en juicio. Es una verdad indiscutible que vivimos un cambio radical en relación a la mirada del menor, ya que entre otras cuestiones se les ha reconocido un particular estatus, atendiendo a un cuidado tanto en la legislación nacional y los Tratados Internacionales, otorgándoles en determinadas

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, autos: “P., G.M. y P., C.L. s/protección”, 26 septiembre 2012.

⁴² Corte Suprema de Justicia, autos: “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.” del año 2012.

situaciones su carácter de parte en los procesos que su interés está en juego, y que por ello están facultados para actuar en cualquier proceso y a “contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle”.⁴³

En el mismo sentido interpretativo vemos como La Corte Suprema, en el caso “G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio”⁴⁴, donde falló a favor de la petición de los menores de que se le designe designar un letrado especializado en la materia, a los efectos de atender primordialmente al interés superior del niño y con el objeto de que las niñas implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos (Leonardi, s/f, p. 8).

Estas interpretaciones restrictivas se alejan de lo dispuesto por la CDN y la ley 26.061 (vigentes al momento de las decisiones expuestas anteriormente), ya que la misma nada regula en relación a la edad que deben tener los niños para poder ser patrocinados por un abogado, porque ello representa una contradicción muy grave al sistema de protección de los derechos humanos, además, porque debe el criterio de la capacidad progresiva de los niños ser la guía en la interpretación.

Al disponer la Ley N°26.061 que sus preceptos son de orden público, irrenunciable e intransferible, obliga al juez a tener un rol más activo en la causa, disponiendo de oficio todas aquellas medidas que resulten necesarias para el efectivo cumplimiento de la normativa, motivo por el cual, en esta materia cede el principio dispositivo (Mizrahi, 2008).

En tal sentido, Solari (2016) clarifica el tema, en relación a la incorporación de la figura del abogado del niño, y la capacidad de los menores a poder petitionarlo, cuando afirma que:

La incorporación del Abogado del Niño no debe entenderse como un cuestionamiento o ataque hacia la institución familiar, sino explicitar la posibilidad de que los intereses del niño pueden no ser idénticos a los de su representante legal, y aquí reside la importancia de la figura del Abogado del Niño. Se trata de colocar al niño como sujeto de derecho, y cuyos derechos y garantías estén debidamente asegurados, por ejemplo a instancias de un divorcio entre cónyuges, en donde los mismos persiguen sus propios

⁴³ Corte Suprema de Justicia, autos: “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.” del año 2012

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, autos: “G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, abril 2010.

intereses, pudiendo descuidar los de los niños y niñas que se encuentran bajo su amparo (p.1).

Queda claro que la intervención del abogado del niño, implica que la posición del niño se considere de manera independiente y sin que sea absorbida por las otras ya que se trata de un interés autónomo que requiere la atención directa del órgano jurisdiccional. Esto así ya que el derecho del niño a ser oído carecería de algún valor si no pudiera ejercerlo de una manera útil y eficaz (Mizrahi, 2008).

Ahora bien, resulta apropiado tener en cuenta que en cada caso, en donde el abogado del niño actúa, el tribunal deberá tomar los recaudos necesarios para asegurarse de que el abogado represente al niño además de que no se encuentre influenciado por ninguno de sus progenitores o tutor, para de este modo asegurar el desempeño independiente del letrado. Esto, sin perjuicio de que las costas que genere la intervención del abogado del niño, correrán por cuenta de sus padres o tutor.

En los supuestos en que tanto el niño como sus padres carezcan de recursos económicos, el Estado solventará la intervención designando a un defensor oficial especializado. La diferencia entre una situación y la otra, radica en que, existiendo recursos económicos del niño o de sus padres, la designación recaerá sobre un abogado de la matrícula de lo contrario en la Defensoría Oficial (Mizrahi, 2008).

Recapitulando, en relación a la capacidad del niño para designar a un abogado, se han elaborado distintas posturas jurisprudenciales y doctrinarias:

- Postura restrictiva tiene su basamento en el sistema cronológico e indica que el niño menor de 14 años, conforme a los artículos 54 y 921 del Código Civil vigente hasta el año 2015.
- Tesis intermedia, que pretende “armonizar” los principios de autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica establecida en el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061. Propugna que el niño, en función de su capacidad progresiva podrá designar abogados que representen en el proceso su interés particular.
- Postura amplia, que la misma, sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso, la representación del niño por un abogado siempre será procedente independientemente de la edad y madurez progresiva del niño.

Pero al momento de evaluar la normativa vigente, tanto en vigencia del Código Civil y con más razón luego de la modificación y entrada en vigencia del CCyC, nos encontramos que en ocasiones el concepto básico de derecho de prelación de las normas, por el cual las normas

vigentes de nuestro país, se organizan en razón de la jerarquía, es dejado de lado por los magistrados. Realizando razonamientos e interpretaciones que no se condicen con el espíritu que el legislador tiene.

Tal como señala Sagúes (2003):

La interpretación sistemática u orgánico armonizan te es aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma así como su enlace con todas las del ordenamiento jurídico (en particular con las que disciplinan de las mismas materias), y de modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (p.64).

Así vemos como, por ejemplo entre la reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994, en donde como es sabido se introduce la CDN al bloque constitucional, hasta la entrada en vigencia del CCyC , en numerosos casos como los expuestos up supra, se interpretó que la norma de fondo, en este caso el Código Civil, se debía imponer o equiparar a la letra de la Convención de Derechos del Niño, cuestión que a mi respetuoso parecer, resulta errado, ya que tal como señala Bruñol (1997), la Convención de Derechos del Niño, “(...) se separa de la tradición el jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana (...) (p.3).

3.4 Jurisprudencia en la provincia de Entre Ríos.

Para poder analizar el estado del tema que nos convoca, el abogado del niño, en la provincia de Entre Ríos, creo interesante el fallo del Juzgado de Familia, “H. A. c/ M. C. M. E. s/ ORDINARIO”⁴⁵; donde se entabla acción promovida por el actor por medida cautelar de cuidado parental compartido alternado de su hija que al momento del decisorio tenía 8 años de edad, la a-quo dispuso hacer lugar a lo solicitado hasta tanto se resuelva la causa de manera definitiva con todos los elementos probatorios necesarios; por otro lado rechazó la petición de prohibir al padre que haga asistir a la niña a terapia psicológica con la profesional por él elegida.

Además, ordenó que ambos progenitores concurren a psicoterapia para vincularse de forma saludable con su hija y así garantizar el interés superior de la misma, a quien dispuso

⁴⁵ Juzgado de Familia N1, “H. A. c/ M. C. M. E. s/ ORDINARIO” 17 junio 2017.

designar tutor especial ad litem y revocó el proveído que tuvo por presentada a la menor, supuestamente firmado por la ella en el que afirmaba que su padre la maltrata en cuanto a la admisión del recurso de reposición contra el auto que tuvo por presentada a la niña y al pedido de desglose del escrito con su firma y con el patrocinio de la misma abogada que es apoderada de su progenitora, luego de señalar los dos derechos de jerarquía constitucional que tienen los niños, niñas y adolescentes -de ser oídos y de actuar procesalmente en el juicio- resaltó la a-quo que un niño puede ser oído en una causa judicial, en audiencia y sin límite de edad según su grado de madurez conforme la CDN, la Ley 26061 y el art. 639 inc. C. del CCyC⁴⁶, sin que ello implique que se admita su intervención con representación propia en el proceso y con independencia de sus progenitores.

El CCyC se inclinó por ofrecer una variante muy razonable, estableciendo que como regla, si se trata de un adolescente, su “edad y grado de madurez” se presume. Si es un niño, corresponderá al magistrado valorar en cada supuesto si cuenta con las condiciones necesarias para llevar adelante una participación autónoma. Por lo tanto, la edad de trece años estaría indicando la capacidad para designar abogado y los menores de esa edad, si cuentan con madurez suficiente previamente valorada por el tribunal, podrían actuar con patrocinio propio.

Caso contrario, deben contar, conforme artículo 109 del CCyC⁴⁷, con la asistencia de un tutor especial; es lo que ha acontecido en la especie: determinada la carencia de madurez suficiente por los profesionales específicamente preparados para ello, la a-quo además de oír personalmente a la niña L., le designó un tutor especial ad litem. Es por ello que la cámara resuelve, declarar abstracto el recurso de apelación interpuesto. Declarar inoficiosa la actuación de la letrada de la recurrente.

Queda claro que en principio la resolución del fallo aquí expuesto, representa por un lado un claro avance en relación a los derechos del niño de ser oídos y más precisamente de ser

⁴⁶ CCyCArt.639 inc.”C”: Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

⁴⁷ CCyC Art.109: Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos:a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial;b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad;c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a);d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor;e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor;f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar;g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.

tenidos en cuenta al momento de tomar una decisión. Por otro lado es claro que el comportamiento de la abogada patrocinante de la progenitora, no hace más que fortalecer la tesis de la innegable necesidad de una representación técnica independiente, por parte del menor.

Ya que, como puede verse, los intereses reales de los niños, en muchos, cuando no en todos, son, si se me permite la expresión, contaminados con los diferentes intereses que se juegan al momento de un conflicto en donde es interviniente, ya sea con los intereses de los padres, o demás sujetos que de una u otra manera puede ejercer un rol pupilar con el menor. Es por ello la elección de este fallo, en donde esta actitud queda totalmente expuesta.

Esta interpretación ha sido analizada en el presente trabajo, y reafirmo, que en realidad, hay que distinguir tres aspectos diferentes, en primer lugar el derecho a ser oído, el derecho a la participación y el derecho a tener un patrocinio letrado. Todos ellos deben ser respetados, cualquiera fuese su edad, sin perjuicio del alcance y trascendencia del derecho a ser oído y de la participación del niño, según la edad que tuviere. Lo que varía, en todo caso, es la consideración subjetiva que debe adoptar el juzgador, de conformidad a la edad del niño; mas nunca la viabilidad de tales derechos.

Es menester comprender que en temas tan sensibles como este, la interpretación de una u otra manera, no solo conlleva a una falta de criterio objetivo, indispensable para la seguridad jurídica, sino que además, puede llevar a la disminución cuando no pérdida de derechos por parte de los sujetos intervinientes en un proceso, cuestión inadmisibles en un estado de derecho como el nuestro.

3.5 Conclusión parcial.

De lo expuesto resulta que el cambio de paradigma, que se refleja a nivel interpretativo en las decisiones de los magistrados, comenzó en el plano nacional con la introducción de la CDN, como con los demás instrumentos internacionales que adquirieron, luego de la reforma constitucional de 1994, jerarquía constitucional.

Vemos como se evolucionó en la consideración tradicional del niño como miembro dependiente, invisible y pasivo de la familia y la sociedad hacia el paradigma actual en el cual el niño se ha vuelto visible y ha creado un espacio donde participa activamente, puede ser oído y respetado, generando nuevos retos para el Derecho y la Justicia.

Pero todo este cambio, implica grandes desafíos, uno de ellos es el cómo se efectiviza la participación del niño en el proceso en el cual es interviniente, en cuestiones que los afecten

directamente y siempre y cuando sus derechos no se encuentren adecuadamente velados por sus representantes legales. Ya, que luego del análisis de la legislación que regula la figura del abogado del niño en nuestro país, realmente no queda claro aún cómo y cuándo el menor, serán considerados como parte en el proceso judicial, así vemos como se ponen en riesgo la tutela judicial efectiva de los derechos de los menores.

Por ende, al momento de iniciar un proceso en donde los derechos discutidos o que se encuentran en juego son los de un menor, la consideración procesal de parte sigue discutiéndose, tal como venimos viendo en los diferentes fallos analizados, lo que evidencia que existe una contradicción con la normativa vigente en nuestro país. Ya que, los menores que no alcanzaron la mayoría de edad no tendrían capacidad jurídica para ser parte en el proceso, sin embargo podrían actuar en el proceso a través de sus representantes legales, así lo reza el propio CCyC de la Nación en su Art.26.⁴⁸

Asimismo, se puede afirmar que la doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida a partir de la Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se ha derogado la categorización de los menores por franja etaria, criterio que fuera sostenido por la CSJN y porque la representación legal del menor sumada a la intervención del asesor de menores, torna improcedente la designación de abogado de confianza, entendiendo que los intereses y derechos del niño se encuentran ampliamente protegidos y garantizados bajo diferentes figuras.

Sin embargo, ni la CDN ni la Ley 26.061 realizan una categorización por edades específicas, sino que por el contrario han establecido el principio de capacidad progresiva, lo que implica valorar la opinión de los menor y su participación en el proceso, conforme su grado de madurez y desarrollo, lo que nos lleva a sostener que cualquier categorización o limitación en tal sentido implicará una inconstitucionalidad o convencionalidad.

Entonces, el modelo del proceso judicial clásico, en el cual la pretensión esgrimida por una persona adulta, en contra del demandado adulta (representante legal del niño), ha cambiado

⁴⁸ CCyC 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. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

sustancialmente su estructura, a partir del cambio de paradigma en relación al menor y por consiguiente con el reconocimiento del derecho del niño de ser oído y de las garantías que se fueron mencionando en este trabajo. El esquema típico del proceso controversial entre adultos, en los conflictos de familia judicializados, debe dirigirse hacia la integración de la Litis con los sujetos de derecho respecto de los cuales el conflicto los involucra, y que sean protagonistas directos de la discusión acerca de sus intereses.

El derecho a ser oído y a tener un abogado, implica que el proceso judicial ya no estará integrado solamente por dos partes adultas, sino que la integración de la Litis deberá realizarse con quien sienten que sus intereses o derechos son vulnerado. Y en este aspecto, en palabras de Michel Manciaux, (2010):

(...) que puede parecer paradójico afirmar el derecho del niño a hablar y ser escuchado, porque por mucho tiempo se pensó que un niño es alguien que no sabe, que no puede hablar o que no puede expresar sus intereses de manera correcta, y por lo tanto, bajo un paradigma de tutela, no tiene voz en los asuntos en los que se discuten temas que le atañen a él (pp. 13-14).

Y en ese aspecto, cabe aclarar que, etimológicamente, la palabra infante del latín *infans* implica el silencio, pues la traducción de la palabra 'infancia' que viene del latín 'infans', significa 'el que no habla'. Continúa sosteniendo el autor citado que “incluso cuando los niños comienzan a hablar, los adultos a menudo los reducen al silencio diciéndoles que se callen. El derecho del niño a ser oído es, para algunos, también controversial y que el “derecho a la palabra” incluye necesariamente el derecho a ser considerado digno de un ser que habla, y el rol de la familia en este proceso básico de educación es fundamental y difícil de reemplazar. Y por ello este segundo derecho implica a continuación otro, que se le enseñe a leer y escribir.

Es necesario que el menor pase de ser un ser sin palabras a una parte en el proceso, interviniendo en todas las instancias, cuando se trate de controversias respecto de sus propios y exclusivos derechos e intereses, sobre los cuales los adultos no pueden decidir solos y según sus conveniencias, sin consultarles. Por ello el abogado del niño será quien lleve esa voz ante los estrados de la Justicia, haciendo visible esos intereses.

Ahora bien, a partir de la CDN, la Ley 26.061 y la reforma del CCyC se agrega, la figura del abogado del niño, entendiendo que es, el debido patrocinio letrado de los menores,

en la defensa técnica de sus derechos en el procedimiento judicial, para lo cual se exige una reformulación del concepto de “legitimación procesal” para su efectiva incorporación al proceso. Precisamente, garantizar el acceso a la Justicia significa también, que las normas contemplen mayor amplitud en la regulación de la legitimación activa en franca coherencia con el sistema de protección integral de los menores.

El abogado del niño no cumple una función de representación, sino como letrado patrocinante del niño; será su voz, con sus escritos firmados por ellos, y en su propio lenguaje, sin perjuicio de los tecnicismos propios del proceso judicial, que además deberán serles explicados en forma llana y conforme a su grado de madurez. De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad (Moreno, 2013).

Sin embargo, del otro lado de la biblioteca y para una corriente que sigue el criterio o paradigma restringido, la actuación del abogado del niño no será en todos los procesos, sino exclusivamente en aquellos en los que se presenten conflictos u oposición de intereses de los padres o el tutor con el niño, o de ausencia de representantes necesarios, o ante el pedido mismo del niño en su caso (Moreno 2013).

Así podemos afirmar que existe una “exigencia” a los operadores jurídicos, sean jueces y abogados de instar a que los menores ejerzan sus derechos por sí mismos, en la medida que su capacidad, admitiéndose para ello la asistencia letrada a través del denominado abogado del niño.

Se deberá atender a cada caso en particular, siempre ante la mirada de los jueces y del Defensor de Menores en su rol complementario de resguardo de las garantías procesales y cumplimiento de las leyes de protección integral de los derechos de los menores, donde deberá darse la suficiente asistencia letrada, conforme al grado de autonomía progresiva, para realizar la garantía de la justicia como sujetos de derechos.

Conclusiones finales.

Para concluir el presente trabajo titulado, “La figura del abogado del niño, su incorporación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su implementación en la justicia de la Provincia de Entre Ríos”, creo necesario exponer el recorrido que se realizó.

En primer término se puede decir luego de lo expuesto que la evolución que el derecho vive y representa de manera clara una evolución. Esta evolución no es indiferente a la figura del menor, es más, creo particularmente que desde la sanción de la CDN, el menor se convierte en un sujeto de especial tratamiento, en relación a sus derechos y garantías.

En Argentina, la reforma constitucional del año 1994, representa el inicio de un cambio de paradigma que paulatinamente, tal como se pretende demostrar en el presente trabajo, fue incorporado y legislado tanto a nivel nacional como (de manera quizás más lenta) en las provincias. Este nuevo paradigma, entiende que el menor no es más un mero sujeto pasivo de tutela, que no posee decisión sobre sus intereses o un sujeto que no puede por sí proteger-se.

Personalmente este fue el primer interrogante que me hice, ¿puede un menor cuidarse? Entendiendo al cuidado como aquel acto de libertad ante situaciones que quizás por buena voluntad, sus padres o tutores, no respetan los reales intereses de ese menor.

Entiendo que el pensamiento filosófico que mueve todo este cambio de paradigma, respondería que sí, que es el menor un sujeto que brindándole las herramientas adecuadas y ofreciendo el espacio para que esta expresión se realice, puede proteger-se y cuidar sus intereses.

El objetivo general del Trabajo de Investigación fue el analizar el proceso de incorporación de la figura abogado del niño en la justicia de Entre Ríos, conociendo los proyectos, instituciones y agentes intervinientes en su implementación. Y en ese aspecto, durante la creación del presente trabajo, tuve la oportunidad de conocer espacios, personas e instituciones de mi provincia (Entre Ríos), que están pensando y debatiendo sobre la figura del Abogado del Niño. Cuestión que me resulto muy interesante para mi formación.

Dentro de los espacios a los que hago referencia, uno es el Colegio de Abogados de Entre Ríos, donde pude participar de charlas, cursos y debates con profesionales especializados, estudiantes de derecho de diferentes universidades, cuestión que enriqueció mi perspectiva sobre el tema.

Ahora bien, la pregunta jurídica que guio mi trabajo fue: ¿en qué sentido es posible afirmar que se respeta el derecho del niño a contar con un abogado, de su elección, que represente sus intereses en los procesos que es parte?

A lo cual no puedo responder de manera categórica, ya que para nada creo haber agotado el tema, pero si me atrevo a afirmar que es claro que el niño, niña o adolescente tiene derecho a participar en todos los procesos judiciales y administrativos con asistencia letrada. Creo que a la fecha, constituye un derecho que como bien se dijo en la introducción, como todo proceso social el derecho acompaña a la sociedad, y estos procesos no son instantáneos, más aun en muchas cuestiones se le atribuye una lentitud que deriva en injusticia.

Pero creo que el procesos al que hacemos referencia en este caso, y particularmente en mi provincia, está tomando una particular velocidad, que celebro, ya que la presencia del Abogado del Niño en los procesos(de manera definitiva) permitirá el cumplimiento de los principios y garantías plasmados en la normativa, constitucional y provincial, de su interés superior, del principio de efectividad, de las nuevas disposiciones de interpretación de la ley, de los derechos humanos y del deber de resolver de los jueces mediante una decisión razonable.

Es interesante también como a medida de la construcción del presente trabajo, surgieron conceptos casi desconocidos por mí, que acompañan a esta novedosa figura del Abogado del Niño. Así aparece ligado al principio de capacidad progresiva, a la concepción del niño y su interés superior, cuestión presente en el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación.

Como vimos *ut supra* el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora la doctrina de la capacidad progresiva, por lo tanto el niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos personalísimos mediante la asistencia jurídica especializada, la que creo se garantiza a través de las diferentes normas vigentes y proyectos en actual debate.

Vemos también cómo evolucionó la consideración tradicional del niño como miembro dependiente, invisible y pasivo de la familia y la sociedad hacia el paradigma actual en el cual el niño se ha vuelto visible y ha creado un espacio donde participa activamente, puede ser oído y respetado, generando nuevos retos para el Derecho y la Justicia.

Pero, todo este cambio, implica grandes desafíos, uno de ellos es el cómo se efectiviza la participación del niño en el proceso en el cual es interviniente, en cuestiones que los afecten directamente y siempre y cuando sus derechos no se encuentren adecuadamente velados por sus representantes legales.

Este desafío es actual, la figura del Abogado del Niño aún está inmersa en un proceso, pero tal como pretendí demostrar con este trabajo, el camino es hacia la concreción absoluta y definitiva de este derecho. Es por ello que a la pregunta jurídica que se plantea, mi respuesta es que aún nos encontramos en un camino, una evolución y crecimiento, y la mayor demostración de ello es la sanción del nuevo Código Procesal de Familia de Entre Ríos, norma que considero muy pertinente para la materia. Así mismo, el debate y trabajo que conlleva la

incorporación efectiva del nuevo código, trae aparejado un movimiento sumamente interesante, donde los diferentes agentes interesados exponen de manera crítica sus pareceres.

En conclusión, y tal como lo expuse en un principio, entiendo que el derecho es dinámico, móvil y evolutivo y la figura del Abogado del Niño no escapa a ello. Lo positivo es que la figura ya está insertada en los temarios, debates y legislaciones, ahora restará recorrer el camino de la efectiva implementación en los diferentes procesos particulares.

También, podemos ver como en fallos actuales, los jueces aún continúan haciendo uso de figuras como el tutor al litem, para de alguna manera dar respuesta a aquellos menores que solicitan de manera expresa, o que las claras circunstancias de sus procesos, ameritan a la incorporación de la figura del Abogado del Niño, cuestión que considero respetuosamente, forma parte de este camino evolutivo.

Bibliografía:

I-Doctrina.

- BASSO, S. (2015). La participación directa de niñas, niños y adolescentes en los procesos con patrocinio letrado en el Código Civil y Comercial. *Revista Jurídica La Ley. DFyP 2015 /2015,31*
- BIGLIARDI, K. (2015). Doctrina: El abogado del niño. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/12/17/doctrina-el-abogado-del-nino-autorkarina-a-bigliardi/#sthash.6L2KLsxs.dpuf>
- BUERES, A. (dirección). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, Tomo 1*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- BURUNDARENA, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo 1(1° Ed)*. Ricardo Luis Lorenzetti (Director). Santa Fe – Argentina: Rubinzal Culzoni
- CHÁVES-LUNA, L. (2015). *El Abogado del Niño*. Buenos Aires: Tribunales Ediciones.
- CILLERO BRUÑOL, M. (1997) *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*.
- HERRERA, N. (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. *Revista Jurídica La Ley 2015*.
- HIGHTON, E. (2015). Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial. *La Ley 2015, el 13 de abril de 2015*. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/los-jovenes-o-adolescentes-en-el-codigo-civil-y-comercialpor-elena-i-highton/>.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1994) El derecho constitucional del menor a ser oído. *Revista de derecho privado y comunitario N°7*.
- KIELMANOVICH, J. (2012) El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, *LL del 31/7/2012*
- LÓPEZ-CONTRERAS, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*.
- MANCIAUX, M. (2010) “The right to be Heard”. The child's right to self-expression is now recognized by the international community. How do things stand in practice?”.

- MORENO, D. (2013) La Participación del Niño en los Procesos a través del abogado del niño. Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 35, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MIZRAHI, M. (2008): *Intervención del niño en el proceso y su derecho a contar con un abogado que lo asista*, en: Emilio García Méndez (camp) *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Análisis de la ley 26.061*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MINYERSKY N. y HERRERA M. (2008) *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061*, en: Emilio García Méndez (camp), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Análisis de la ley 26.061*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SABSAY, D.(2008). *La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/2005*. Emilio García Méndez (Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – análisis de la Ley 26.061*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Argentina. Editorial: Editores del Puerto
- SAGÜÉS, N. (2003) Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos. En *Jurisprudencia Argentina 2003 –IV, fascículo N° 9, Buenos Aires*.
- REY-GALINDO, M. (2019). El Abogado del Niño. Representación de una garantía procesal básica. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17(1).
- SOLARI, N. (2016). El abogado del niño como garantía del debido proceso legal. *Revista Jurídica La Ley. DFyP 2015 /2015,31*.
- SUÁREZ, E. (2017). *El abogado del niño*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- VALLETTA, M. (2006). *Diccionario jurídico*. Florida: Valletta Ediciones
- VIDETTA, C. (2017). *Los niños, niñas y adolescentes como sujetos del proceso. A propósito de un precedente que cierra la brecha entre el discurso que emerge del corpus iuris de la niñez y la adolescencia y la práctica cotidiana*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- XAMENA, C. “Características del Abogado del Niño” 10 de octubre de 2012. Recuperado de:www.escuelamagistratura.gov.ar.

II-Legislación.

- Constitución Nacional Argentina.
- Código Civil. Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Civil velezano
- Convención de Derechos del Niño. Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad.
- Ley n°8069, Estatuto del Niño y del Adolescente.
- Ley N° 24.430, Constitución de la Nación argentina
- Ley N° 9861 de Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia
- Ley N°26.061 LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES
- Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA). (20 de noviembre de 1989). CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Asamblea de Naciones Unidas.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 . (28 de agosto de 2002). COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- XVI Jornadas de Derecho Civil. (1997). *XVI Jornadas de Derecho Civil*. Buenos Aires .Argentina.
- Protocolo De Buenas Prácticas Para La Escucha De Niños, Niñas Y Adolescentes En Los Procesos De Familia En La Provincia De Entre Ríos.
- Código Procesal de Familia de Entre Ríos.

III-Jurisprudencia.

- CSJN. "G,M.S C/ J.V.L s/ divorcio vincular" (26/10/2010)
- CSJN. "M, G. c/ P.,C.A s/tenencia de hijos" (21/5/2013)
- CSJN. "P., G.M. y P., C.L. s/protección" (27/12/2012)
- Cam, Civil de Apelaciones. Sala C "MG c P s/tenencia", (14/8/2007).
- CSJN. "P,G,M y P,C.L. s/proteccion". (27/11/2012)
- Cam, Civil de Apelaciones. Sala K. "RMA s protección especial" (28/10/ 2006).

- Juzgado de Familia N1. E.Ríos. “H. A. c/ M. C. M. E. s/ ORDINARIO, 10277” (11/10/2017).
- CIDH “Bulacio vs Argentina” (18/9/2003)