

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

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

## INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **MÓDULO I**

### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ABOGADO**

### **DEL NIÑO**

## **Introducción**

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

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

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

### **1.1 Antecedentes Históricos**

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

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

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

Por otra parte, en el año 1882 se crea el Patronato de la Infancia con extensas facultades para intervenir judicial y extrajudicialmente sobre cualquier cuestión referente a los niños que se hallaren en situación de peligro material y moral. En ese contexto, los Tribunales de Menores fueron la respuesta institucional como parte de un conjunto de cambios entre los que se destacaban el reemplazo de determinadas penas, por medidas discrecionales utilizando la intervención judicial tanto para los niños y adolescentes que cometían delitos como para aquellos que se encontraban en un inminente peligro moral o material. Bajo este enfoque, en 1919 se sancionó la Ley de Patronato, conocida también como “Ley Agote”, inaugurando de tal manera el desarrollo de las políticas de minoridad que entendían al niño pobre como una amenaza o patología individual y objeto de tutela del Estado, a ser atendido poco a poco por instituciones especializadas para su futuro tratamiento. Así, el modelo de intervención del patronato, interpretado como:

el conjunto de políticas estatales enmarcadas en el paradigma de la doctrina de la situación irregular que considera al niño o adolescente como un “objeto” de tutela por parte del Estado, y utiliza como parámetro las condiciones morales y materiales de la vida privada del niño, se sustenta en un andamiaje institucional basado en el control social estatal. Este modelo, ha forjado a lo largo del siglo la instauración de macro institutos asistenciales y penales, establecimientos psiquiátricos y comunidades terapéuticas conforme al problema social y al abordaje planteado por los profesionales del sistema.

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

---

1

2

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

<sup>2</sup>Idem, cit. 1.

sustenta en esquemas clientelares y asistencialistas, desconociendo los principios universales de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes.”Este paradigma debió ser dejado de lado como sostén ideológico de las políticas para la niñez en el mismo instante en que nuestro país suscribió en el año 1990 la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en adelante CDN, sin embargo no se logró. Pero es dable destacar que a partir de ese momento adquiere vigencia legal la temática, y fuerza operativa para el derecho interno nacional (Ley 23.849).*A posteriori*, en el año 1994, con la reforma constitucional de trascendente envergadura, se incorpora la CDN de la mano de otros diez Tratados Internacionales de Derechos Humanos, obteniendo el mismo rango de supremacía jurídica. Es a partir de allí, que se produce lo que se conoce como el proceso de constitucionalización del derecho privado, pues la recepción formal y sustancial de aquellos documentos de Derechos Humanos, generó un cambio rotundo en la visión de todo el sistema legal (Rey Galindo, 2019).

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

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

3

4

<sup>3</sup>Ídem, cit. 1.

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

Derechos, ante la lamentable amenaza de reproducir la situación imperante a principios de siglo XX. En atención a ello, algunos trabajaban arduamente para darle forma a una normativa que representara los preceptos de nuestra Constitución, mientras que otros grupos preferían discutir la protección integral de los derechos de la infancia dentro de un marco de urgencia que implicaba generar políticas de seguridad sin renunciar al control social de la pobreza. Conforme a ello, se deduce que prevalecía nuevamente la doctrina de la situación irregular sobre el paradigma de los derechos humanos. Finalmente, el acuerdo logrado entre el Ejecutivo, el Congreso Nacional y las Organizaciones de Derechos Humanos asintió no sólo tratar el tema de la protección integral de derechos que atañe a toda la comunidad, sino que además pudo postergar el debate sobre jóvenes en conflicto con la ley penal en un momento donde se intentaba instalar una versión distinta sobre la doctrina de la situación irregular.

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

En resumen, la ley votada por los senadores que representa cabalmente al paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño, es sancionada por diputados el 28 de setiembre del 2005 y promulgada por el Poder Ejecutivo (B.O. 30.767) como Ley 26.061<sup>5</sup>

<sup>6</sup>, creando de esta manera el tan anhelado Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Con esta herramienta legal se da por alcanzado el deseo de adaptar el derecho interno al derecho internacional y constitucional moderno. Es un texto jurídico que en su art. 27<sup>o7</sup> concentra las garantías procesales a favor de la infancia y adolescenciay,

---

<sup>5</sup>Ídem, cit. 1.

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

<sup>7</sup>Art. 27° de la Ley Nacional N° 26.061: “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

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

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

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

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

---

ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”

<sup>8</sup>Art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales... No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada... La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona... Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física... Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico... A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

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

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

A la luz del principio de igualdad establecido en el art. 16<sup>o11</sup> de la Constitución Nacional, se tutelan los procedimientos judiciales y administrativos en los que se encuentren inmersos niños, niñas y adolescentes. Por ende, los derechos de los niños deben prevalecer ante las normas garantes del debido proceso y atendiendo a los principios de derechos humanos previstos en convenios.

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

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

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

---

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

<sup>10</sup>Ídem, cit. 6.

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

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

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. Todos los derechos de los niños están recogidos en un tratado internacional que obliga a los gobiernos a cumplirlos: la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), es el **tratado más ratificado de la historia** y los 195 Estados que la han ratificado tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño. En este sentido Lapad, Casey y Rodríguez Virgili (2010), manifiestan que:

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

Además, los 54 artículos que la componen recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños y **su aplicación es obligación de los gobiernos**, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas. Es aquí justamente que cabe resaltar el artículo 3.1 de la CDN<sup>12</sup>

<sup>i13</sup>, el cual prevé el interés superior del niño, transformándose en un principio fundamental que será el puntapié principal del presente trabajo, y así

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Como puede observarse, dicha norma citada establece dos derechos básicos de los NNA: primero, el derecho a ser oído y el derecho a expresarse libremente en todo asunto que le concierne; y, segundo, la aplicación de esa regla, en procesos judiciales en donde el niño o niña se halle involucrado, ello en base al grado y madurez del mismo, y con la posibilidad de que participe por medio de representantes o de un órgano especial, acorde a los sistemas jurídicos internos. Pues, se trata de un derecho humano que goza de jerarquía constitucional, por lo cual debe valorarse como un acto sustancial del proceso, jamás como una mera formalidad no esencial (Rey Galindo, 2019).

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

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

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

se instituye en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 1969). Desde el año 2005, con la publicación de la Ley 26 061, se irrumpió un nuevo modelo para abordar los conflictos que involucran a los NNyA y se incorpora la figura del abogado del niño, en su art. 27, el cual dispone:

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

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

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene

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. A partir de los postulados normativos traídos a colación, el primer elemento que se debe valorar, considerar y apreciar, es a una persona menor de edad que detenta la capacidad suficiente para dar su opinión, lo cual constituye un factor determinante para la aplicación de la Ley y, en consecuencia, para motivar las decisiones del juez o jueza. Esto significa que el magistrado toma en cuenta las manifestaciones del niño, niña o adolescente para resolver el caso llevado a sus estrados, despejando y apartando todo tipo de antojos infundados, no solo de los y las personas menores de edad, sino de las partes que son adultas de la misma causa. Esta actividad intelectual, opera con otro criterio rector en temas de infancia y adolescencia, que es interés superior del niño. Desde esta perspectiva, en el marco del Sistema de Protección Integral, parecería casi imposible determinar cuál es el mejor interés de un NNyA en un caso en concreto, sin antes conocer su opinión, convirtiéndose en una regla general en los procedimientos judiciales y donde suelen tomarse decisiones de mucha trascendencia sobre la vida de los infantes (Rey Galindo, 2019).

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

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

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

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

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

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

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

a) Apellido: “para el caso especial de que una persona carezca de apellido inscripto, si cuenta con edad y grado de madurez puede solicitar la inscripción del apellido que está usando.” Tutela: “Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente, tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.” Matrimonio: en el supuesto caso que el matrimonio fuera celebrado mediando algún impedimento de falta de edad legal para contraerlo de alguno o ambos cónyuges (que consiste en tener menos de dieciocho años)<sup>20</sup>, la nulidad relativa del acto matrimonial puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento (es decir, la persona menor de dieciocho años) y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio, debiendo “en este último caso el juez oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez,

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

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

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

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

b) Técnicas de reproducción humana asistida: aquí se dispone el derecho que ostentan los niños nacidos con material genético por parte de un tercero a acceder a información no identificadora sobre el donante, es decir, datos médicos, está habilitada a toda persona con edad y grado de madurez. Adopción: en esta materia encontramos varios preceptos que estipulan el derecho a ser oído del niño. En primer lugar, en los principios generales que rigen la adopción se menciona “el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.”<sup>24</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>29</sup> Asimismo, al regularse sobre el instituto de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, se estipula que “el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo”.<sup>30</sup> Aquí, se consagra que los progenitores deben respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos.<sup>31</sup> También, se incluye como una de las ponderaciones que tiene que realizar el juez para la asignación a un progenitor del cuidado personal del hijo, la necesidad de tener en cuenta “la opinión del hijo”<sup>32</sup>; y por último, en lo referido al plan de parentalidad, se estatuye que “los progenitores deben procurar la participación del hijo”. Procesos de familia: en este peldaño, se fijan pautas procedimentales mínimas para todo el país, vinculándose una de ellas específicamente con el rol activo y la protección del derecho a ser oído de los menores de edad en todos los procesos que los afecten, lo cual quedó plasmado de la siguiente manera: “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.” **¿por qué los niños, niñas y adolescentes tendrían que expresar su opinión por medio de un abogado?**

La respuesta viene no solo de los preceptos citados con anterioridad, sino, además de las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (2008), las que fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana<sup>33</sup>

<sup>34</sup>

<sup>35</sup> en donde se establecen las pautas para el paso a la justicia de los individuos que atraviesan circunstancias vulnerables. En dicho documento internacional, un NNyA es una persona vulnerable:

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

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

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

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

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

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

<sup>35</sup> Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido

aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008

económicas étnicas, y/o culturales, se encuentran en especiales dificultades para ejercitar con total plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Las reglas 64 y 65 de dicho documento internacional establecen la necesidad de la asistencia técnica antes y durante el acto judicial:

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

Durante el acto judicial: Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad. Según las normas citadas, un NNyA tiene derecho a participar activamente de los asuntos judiciales que los involucre, y tiene derecho a elegir un abogado, ya que sus intereses pueden coincidir o no con el de sus progenitores. Conteste, con esta interpretación, Evangelina Suárez (2017), afirma que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1°. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente... de los estudios realizados... el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador. De acuerdo a lo anterior, se observa que la función del abogado en el curso de las actuaciones procesales deberá estar encausada a tutelar los principios dispuestos en las normas internacionales, dirigido a la protección del menor de edad y evitándose una pena privativa de reclusión. Por cuanto, se pretende es un tratamiento correctivo al niño, en base a criterios internacionales de orden vinculante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>42</sup> Art. 677° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Representación. Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.”

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

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

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

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

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

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

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

Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito

judicial, complementario o principal, a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. El Ministerio Público Tutelar tiene como principal función ejercer su autoridad en el cumplimiento de las normas establecidas y que garantizan una tutela judicial efectiva, en instancias administrativas y judiciales. La aplicabilidad de medidas a niños, niñas y adolescentes, deberá estar sujeto a principios del derecho administrativo conforme Convenios Internacionales y la norma local.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 1.4.1 Tutor Ad Hoc o Ad Litem

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

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

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

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

#### 1.4.2. Representantes Legales

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

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

Al respecto, Claudio A. Belluscio expresa que:

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

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

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

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

#### 1.4.3. El Juez

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

### **Conclusiones Parciales.**

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

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

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

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

---