

MÓDULO III

POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

SOBRE LA REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS DE NIÑOS, NIÑAS Y

ADOLESCENTES

Introducción

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

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

3.1 Doctrina sobre la protección integral del niño

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

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

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

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

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

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

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

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

De Carlo (2014) afirma sobre ello que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto sostiene Cavagnaro (2010):

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

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

3.2 El derecho del niño a ser escuchado

La reforma de nuestra carta magna en el año 1994, le proporciono a la Convención sobre los Derechos del Niño un rango constitucional por medio del art. 75° inc. 22⁶³, por lo cual, el citado tratado está junto y al lado de la Constitución, en la cabecera del derecho argentino. De este modo, se puede decir que siempre que un derecho que emane de la Convención, y esté dirigida a una situación de la realidad en la que pueda aplicarse, operará inmediatamente.

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

No obstante, la normativa de fondo no regulaba los medios para la práctica de dichos derechos, en especial al derecho a ser oído, previsto en el artículo 12⁶⁴ de la CDN. Al respecto De Carlo (2014) asevera que: “la Convención sobre los Derechos del Niño consagra, en su artículo 12, el derecho de los menores a ser oído en todo proceso judicial o administrativo en el que directa o indirectamente se puedan ver afectados...” (p.1).

Este derecho puede ser definido como:

⁶³Ídem, cit. 9.

⁶⁴Ídem, cit. 14.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, la Ley Nacional 26.061 contiene varios artículos que estipulan el reconocimiento de los derechos del niño a ser escuchado como: el art. 2° que decreta que "las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos."⁶⁵ El art. 3°, inc. b establece la obligación de respetar "el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta". También, el art. 24°, inc. a, que establece el derecho de las niñas, niños y adolescentes a "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés"⁶⁶

⁶⁷; y su inc. b que insta a que también gozaran del derecho a "que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su

⁶⁵Art. 2° de la Ley Nacional N° 26.061.

⁶⁶Art. 3° inc. b) de la Ley Nacional N° 26.061.

⁶⁷Art. 24° inc. a) de la Ley Nacional N° 26.061.

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

Asimismo, el art. 27°, inc. a, precisa que el niño cuenta con el derecho “a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”.⁶⁹ Y finalmente el art. 41°, inc. a, que al hablar de la aplicación de las medidas excepcionales de protección que puede tomar los órganos competentes, impone la obligación de que se aplicaran “en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes”. La ley de protección integral del infante (Ley N°26.061), al igual que la Convención de los Derechos del Niño, no fija ninguna restricción para que el niño sea oído. Además se entiende que durante el proceso ya sea administrativo o judicial, deberá considerarse al niño como sujeto de derecho, y sí bien sus padres ejercen la representación, ello no exime una asistencia por parte de un abogado especialista. A su vez, se debe tomar en cuenta la opinión del Ministerio Público como institución vigilante del interés superior, por medio del asesor de menores

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Representación del niño en el proceso

Como es sabido los niños se encuentran bajo la representación de sus padres en un núcleo familiar en el que ambos progenitores ejercen la custodia del mismo, siendo una típica y tradicional convivencia en representación del niño, que no admite controversia. En este sentido El art. 18.1⁷¹ de la CDN dispone específicamente que

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

incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño, con la preocupación fundamental centrada en el interés superior del niño, que a su vez se encuentra reconocido en el art. 3.1⁷² de dicha Convención, y cuyo alcance ha quedado establecido en el art. 3^{o73} de la ley 26.061.

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

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

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

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

⁷³ Art. 3^o de la Ley Nacional N^o 20.061: “Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia...Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

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

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

Asimismo, en virtud de la entrada en vigencia de la CDN, ampliamente identificada ut supra y en concordancia con el artículo 27⁷⁶ de la Ley 26.061, se desprende que el acceso del niño a la justicia debe ser directo y podrá ser aportado por el Estado, en caso de que no tengan los recursos suficientes. Tiene, por tanto el niño/a:

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

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

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

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

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

⁷⁶ Ídem, cit. 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4 Jurisprudencia sobre la designación del abogado del niño

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

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

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

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

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

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

...a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema a fs. 58 del expte. 1131/2006 y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine... Hágase saber al juez de la causa que deberá designar un letrado especializado en la materia a los efectos de que patrocine a las menores L. J. V. y R. J. V. en el proceso. Es imperante tener en cuenta que en este litigio el nombramiento de letrado patrocinante, es para dos niñas que a la fecha de la sentencia no superan los 14 años de edad, y que además, el pedido de letrado patrocinante para las menores lo hace el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

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

⁸¹ Ídem, cit. 79.

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

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

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

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

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

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

solicitado por el Ministerio Público de la Defensa y la designación la hizo el magistrado interviniente, “de tal modo que no fueron los menores, sino el magistrado interviniente quien procedió a nombrar el patrocinio letrado requerido por el Ministerio Público de la Defensa”. Esto sucedió en la causa “G., M. S. c/ J., V. L. s/divorcio vincular” en la que se resolvió la designación de un letrado especialista en esa materia para su patrocinio” para los menores involucrados, con el objeto de que fueran escuchados con todas las garantías y pudieran hacer efectivos sus derechos. La Opinión Consultiva citada en la sentencia y solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Condición jurídica y derechos humanos del niño” (OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002), como argumento de autoridad para justificar que en el caso, no se viola el principio de igualdad y que no existe discriminación por razón de edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores de edad, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

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

Conclusiones Parciales

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

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

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

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

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

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

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