

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA



**LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y
EL ABOGADO DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

LUCIANA RENEÉ GUANTAY ORDÓÑEZ

2018

Resumen

El presente trabajo se propone analizar cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico argentino para determinar los supuestos y condiciones de procedencia de la figura del abogado del niño en los procesos judiciales y administrativos del derecho de familia. A esos fines se abordará el análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, con el objeto de indagar si sólo una interpretación aislada de las normas que regulan los derechos de niños y adolescentes es suficiente para determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones es admisible la participación del niño en el proceso asistido por un abogado, o si por el contrario, se requiere efectuar una interpretación integral del ordenamiento jurídico.

Palabras claves: Abogado del niño – Defensa técnica - Niños, niñas y adolescentes – Infancia - Sistema de protección integral – Procesos de familia – Garantías mínimas de procedimiento-

Abstract

The present work aims to analyze how the Argentine legal system should be interpreted in order to determine the assumptions and conditions of provenance of the lawyer of the child in the judicial and administrative processes in the family law. To this end, the analysis of national and international legislation, doctrine and jurisprudence will be examined in order to investigate whether only an isolated interpretation of the norms that regulate the rights of children and adolescents is sufficient to determine in which cases and under what conditions the participation of the child in the process assisted by a lawyer is admissible, or if, on the contrary, a comprehensive interpretation of the legal system is required.

Keywords: Lawyer of de child – Technical defense – Children and adolescents – Childhood – Comprehensive protection system – Family processes – Minimun guarantees of procedure -

Índice

Introducción	5
Capítulo I: Evolución del sistema de protección integral de derechos de la infancia en el ordenamiento jurídico argentino	8
Introducción	9
1. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	9
1.1 Del paradigma de la situación irregular al sistema de protección integral de los derechos.....	13
2. Recepción del sistema de protección integral: cuestiones controvertidas	17
2.1 Recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la reforma constitucional de 1994.....	18
2.2 La ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes	21
2.3 El código civil y comercial de la nación.....	24
Conclusiones parciales.....	26
Capítulo II: Concepción jurídica del niño	29
Introducción	30
1. El niño como sujeto activo de derechos.....	30
2. El principio de autonomía progresiva	33
3. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta	37
Conclusiones parciales.....	40
Capítulo III: Los principios y garantías de los niños y adolescentes en los procesos de familia	43
Introducción	44
1. Tutela judicial efectiva en materia de infancia y adolescencia.....	44
2. El proceso de familia	49
2.1 Los principios en el código civil y comercial	51
2.2 El procedimiento administrativo.....	58
3. Los niños y adolescentes y sus garantías mínimas en los procedimientos	63
Conclusiones parciales.....	67

Capítulo IV: El abogado del niño	69
Introducción	70
1. El abogado del niño como garantía del debido proceso	70
2. Concepto y caracterización	74
3. El rol del abogado del niño: distinción con el asesor de menores y el tutor ad litem.....	78
Conclusiones parciales.....	80
Capítulo V: Supuestos y condiciones de procedencia de la figura del abogado del niño	83
Introducción	84
1. Cuándo resulta admisible designar el abogado del niño: Posturas doctrinarias y jurisprudencia nacional e internacional	84
2. Casos en que procede designar el abogado del niño.....	89
3. Interpretación del ordenamiento jurídico para determinar la procedencia de la figura a la luz del fallo de la C.S.J.N. “M., G c/P., C. A”	92
Conclusiones parciales.....	96
Conclusiones	98
Bibliografía	102

Introducción

El abogado del niño es una figura jurídica que nace a la luz del paradigma de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y receptado por el Estado Argentino a través de su ratificación y posterior incorporación como tratado con jerarquía constitucional de los que enuncia la Constitución Nacional (CN) en su Art. 75 inc. 22.

Se presenta como un letrado destinado a proteger de manera especial los derechos e intereses de niños y adolescentes, que ellos mismos definen como dignos de protección, en su calidad de sujetos de derecho, siendo el abogado el encargado de instrumentar esa defensa técnica.

Ha sido precisamente la cuestión relativa a los supuestos y condiciones en que procede designar un abogado del niño en los procesos judiciales y administrativos del derecho de familia la que ha generado mayores disputas doctrinarias y jurisprudenciales en el derecho argentino. Si bien la figura se regula expresamente en el Art. 27 de la ley 26.061, y con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) se ha previsto su aplicación en diversos conflictos que pueden originarse especialmente en las relaciones de familia, la doctrina y los tribunales de justicia, por lo menos hasta la sanción de este último, se mostraron vacilantes respecto a la interpretación que debía efectuarse de la legislación para admitir o denegar la intervención.

Esto encontró alguna explicación en la realidad jurídica en la que se ha contextualizado la nueva institución, pues han coexistido dos paradigmas contrapuestos en la legislación argentina, el de la protección integral receptado expresamente por la ley nacional 26.061, y el tutelar consagrado por el anterior código civil que rigió hasta el 1° de agosto de 2015; la sanción del nuevo código civil y comercial, alineado fielmente a la ley 26.061, significa sin dudas, una vuelta de página al asunto. Sin embargo, puede advertirse que aun existiendo en el presente uniformidad legislativa en la materia, la figura que se prevé para ser efectivizada en los procesos, impone atender a una pluralidad de normas y principios que conforman el ordenamiento jurídico argentino, razón por la cual se observa cómo las normas que regulan los supuestos y condiciones de actuación del abogado del niño son interpretadas y aplicadas con criterios distintos.

De ahí que el presente trabajo pretende responder al siguiente problema de investigación: ¿Cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico argentino para determinar los supuestos y condiciones de procedencia de la figura del abogado del niño en los procesos judiciales y administrativos del derecho de familia?

A esos efectos, el diseño metodológico empleado es de tipo exploratorio, que es aquel que se emplea cuando el objetivo del investigador es indagar sobre un tema poco estudiado o de escaso desarrollo. Asimismo la estrategia metodológica ha sido la cualitativa.

La recolección de datos se hará a través de la técnica de observación de datos y de documentos. En cuanto a las técnicas de análisis, el análisis documental y de contenido, servirán a los fines de recuperar los componentes o conjuntos de significados relevantes que puedan brindar las fuentes primarias, secundarias y terciarias.

En lo que refiere a la delimitación temporal y nivel de análisis, se ha tornado imperioso analizar los antecedentes legislativos y doctrinarios, como así también de la jurisprudencia nacional e internacional, tomando como punto de partida el año 1990, fecha en que el Estado Argentino ratifica la Convención sobre los derechos del Niño, y comprendiendo hechos significativos como la reforma constitucional del año 1994, la sanción de la ley 26.061, y la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. De ahí que abarcará el período comprendido entre los años 1990 – 2015.

El contenido del trabajo se desarrollará en función de tres ejes fundamentales, en los que se aborda un análisis que va de lo general a lo particular, teniendo en cuenta que el objetivo general perseguido consiste en analizar cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico argentino para de determinar los supuestos y condiciones de procedencia de la figura del abogado del niño en los procesos judiciales y administrativos en el derecho de familia.

Asimismo interesa dejar expuesto que el supuesto que ha guiado la investigación reside en que la interpretación aislada de las normas que regulan los derechos de niños y adolescentes son por sí solas insuficientes para determinar los supuestos y condiciones en que procede designar un abogado del niño en los procesos judiciales y administrativos del derecho de familia, siendo necesario por el contrario, efectuar una interpretación integral del ordenamiento jurídico argentino.

De conformidad a lo señalado, el primer eje, comprensivo del Capítulo I, tiene por finalidad introducir al lector en la problemática planteada, presentando en su desarrollo un análisis sobre la evolución y cambios trascendentes en el paradigma de protección integral de

los derechos de los niños y adolescentes a partir de su recepción en la legislación, así como también las cuestiones controvertidas que se han suscitado en ese proceso de transformación jurídica de instituciones.

El segundo eje, comprenderá los capítulos II y III, procediéndose en ellos al análisis de normas y principios cuyo estudio resulta obligado para lograr una comprensión adecuada e integral del contexto normativo dentro del cual opera la figura del abogado del niño. En efecto, se definirá y analizará el significado y contenido de normas materiales y procesales, que permitan entender de qué modo se desenvuelve el actuar del abogado en los procesos judiciales y administrativos del derecho de familia.

El tercer, y último eje, abarcará el capítulo IV y V, en los que se expondrá el análisis específico de la figura del abogado del niño, su conceptualización, su rol, su distinción con otras figuras, el alcance de la participación del niño en el proceso acompañado de su abogado, los supuestos de admisibilidad enunciados por la doctrina y algunas posturas jurisprudenciales en la materia.

Conforme a lo abordado a lo largo del trabajo, en este último eje se pretende a modo de cierre, arribar a las conclusiones que permitan dar respuestas al problema jurídico objeto de estudio.

Capítulo I: Evolución del sistema de protección integral de derechos de la infancia en el ordenamiento jurídico argentino

Introducción

El presente capítulo tiene por objeto analizar la evolución y cambios trascendentes que ha experimentado el Sistema de Protección de los Derechos de la Infancia en el ordenamiento jurídico argentino, tomando como punto de partida de este análisis a la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que sienta las bases de un extenso proceso de avances y retrocesos, pero quizás más importante aún, de una profunda transformación no sólo social y política, sino también jurídica.

Sin dudas que no se puede indagar sobre la figura del abogado del niño y su operatividad en el derecho argentino, sin antes conocer el ordenamiento jurídico en el cual encuentra fundamento y desarrollo; por lo que se abordará el análisis del plexo normativo en materia de infancia, a partir de hechos trascendentes en nuestro país, como la reforma constitucional del 94, la sanción de la ley 26.061, y la sanción del nuevo código civil y comercial. Asimismo se expondrán sucintamente las cuestiones controvertidas que se han planteado en la práctica, especialmente en los tribunales de justicia, a la hora de interpretar y aplicar la vasta legislación.

1. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un hito fundamental, y por qué no decir la piedra angular en la que se inicia la construcción de una nueva perspectiva en la forma de entender y mirar la infancia en una sociedad que por siglos silenció a niños y adolescentes por considerarlos un sector incapaz, al que el Estado y todo aquello que se llamó un sistema de protección trato reiteradamente como “menores”.

Esta Convención que por su importancia se ha convertido en esta última época en una verdadera Carta de la Infancia, y que ha venido a inaugurar una nueva época para la niñez y adolescencia no ha sido el fruto de la buena intención de un grupo de Estados, o de un positivismo carente de razón, sino el resultado de un proceso de maduración y elaboración social y política, en el que se entendió que era hora de reconocer la dignidad intrínseca de los niños y que los mismos tienen derechos inalienables e iguales a los del resto de los miembros

de la familia humana¹, y que sólo a partir de esa comprensión es posible aspirar a la justicia, a la paz y a la libertad en el mundo.

Este proceso se vio reflejado en el consenso generalizado de más de ciento noventa países que a la fecha han ratificado la Convención adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 como tratado internacional de derechos humanos, siendo uno de los instrumentos que mayor adhesión ha recibido por parte de la comunidad internacional, por lo que puede decirse que los derechos y deberes por ella reconocidos, son de aplicación universal y de cumplimiento obligatorio no sólo por parte de los Estados a quienes les toca garantizarlos sin distinción alguna, sino por la comunidad toda.

Asimismo, esta voluntad política de las naciones, orientada a dar pasos firmes sobre un nuevo sendero destinado a la conquista no solo de derechos sino de realidades en materia de infancia, se ha visto reflejada en la proclamación efectuada en el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia donde se sostuvo: No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones, y de hecho, de la civilización humana².

Surge de la vasta proclamación de principios y consagración de derechos y obligaciones que se han impuesto, que se ha pretendido concretar una intervención efectiva de los estados a la hora de garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención, a través del exhorto que efectúan las normas a promover políticas en materia de infancia, como así también a generar las condiciones para que estos derechos no se tornen ilusorios. En efecto, prescribe el Art. 4 de la norma convencional:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas

¹ Preámbulo Convención sobre Derechos del Niño. Ley 23.849 del 27 de Septiembre de 1990. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

² Cumbre Mundial en favor de la Infancia, “Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del niño y Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del niño en el decenio de 1990”, Naciones Unidas, Nueva York, 30 de Septiembre de 1990. *Unicef Naciones Unidas*. Recuperado el 13/09/2017 de <https://www.unicef.org/spanish/specialsession/about/world-summit.htm>

hasta el máximo de los recursos de que dispongan, y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

En esa dirección el instrumento ha establecido un Comité de los Derechos del Niño destinado a examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes³.

Por otro lado, y en lo que refiere al contenido específico de este instrumento, el mismo se encuentra desarrollado a lo largo de cincuenta y cuatro artículos, en el que es posible distinguir por un lado derechos políticos y civiles, y por otro, los llamados derechos sociales, económicos y culturales, cuyos titulares son los niños. La diferencia entre ambas categorías viene dada por la protección jurídica inmediata que es inherente a los primeros, y el carácter programático que revisten los segundos (Grosman, 2001).

Fuera de ello, es importante poner de manifiesto, que en consideración a su condición de personas que requieren una especial protección, también se han incluido en el articulado normas específicas tendientes a promover su protección y desarrollo frente al mundo adulto, consagrándose por otro lado, garantías mínimas destinadas a asegurar el acceso a la justicia y una tutela efectiva de sus derechos, cuando los mismos se vean amenazados o vulnerados sea por el Estado o incluso por la familia.

Quizás por ello se ha dicho que la Convención ha venido a reformular las relaciones entre el niño, el Estado y la familia; pues es en ese entorno en el que el niño debe encontrar la protección y los cuidados necesarios para que pueda desarrollarse plenamente.

Asimismo, subyacen en el instrumento los cuatro principios que el Comité manda a tener en cuenta a los operadores del derecho de la infancia para interpretar, aplicar y garantizar los demás derechos contenidos en la convención. Ellos son:

- Principio de No Discriminación
- Principio del Interés Superior
- Derecho a la vida, Supervivencia y Desarrollo.
- Derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta⁴.

³ Art. 43.1 Convención sobre Derechos del Niño. Ley 23.849 del 27 de Septiembre de 1990. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Por otro lado, es importante destacar que la Convención no constituye un instrumento aislado a través del cual se pretende crear un entorno de protección de derechos de la infancia sino que se inscribe en un más amplio contexto de protección de derechos humanos que en su conjunto está destinado a brindar una protección integral a este sector vulnerable merecedor de un plus de protección por su condición de tales. En efecto, y bajo ese entender la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a través de su jurisprudencia la existencia de un *Corpus Iuris* sobre Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, al señalar que:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *Corpus Iuris* Internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general contenida en el Art. 19 de la Convención Americana⁵.

El pronunciamiento de la Corte se da en el contexto de una aberrante violación por parte del Estado guatemalteco a derechos de niños y adolescentes, a los que el pronunciamiento llama “niños de la calle” por su particular situación de vulnerabilidad social. Esos hechos, no sólo contravienen la Constitución del Estado transgresor sino que atentan contra la Convención Americana de Derechos Humanos, situación que motiva la intervención de la Corte.

Si bien es destacable el valor del fallo en cuanto importa una reivindicación de derechos humanos al exponer principios axiológicos que remiten en forma recurrente a considerar la dignidad humana de los niños, y pone a los Estados como primeros responsables en garantizar esos derechos; lo es aún más, en cuanto avanza en sentar doctrina respecto al criterio interpretativo que incluye en el párr. 114 y que fuera citado *ut supra*., criterio que es a todas luces acertado, si se tiene en cuenta el reconocimiento al Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos efectuado por parte de la comunidad internacional.

⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003), “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, pág. 57, párr. 12. *Página web de Unicef.org*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

⁵ Corte I.D.H., Sentencia *Villagrán Morales y otros*, del 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63, párr.194.

En ese contexto, y con motivo de la denuncia de violación al Art. 19, la Corte efectúa una exégesis del contenido de la norma, erigiéndola en un principio omnicompreensivo de medidas especiales destinadas a proteger a los niños, y cuyo contenido y alcances sólo puede determinarse en una interpretación integral que debe incluir a todos aquellos tratados internacionales que avanzan en la protección de este grupo humano.

Esto puede comprenderse mejor, si se observa que gran parte de los derechos que la llamada Carta de la Infancia declama a lo largo de su articulado han sido ampliados y recogidos de otros instrumentos internacionales que la precedieron, y que ya parecían advertir sobre la condición de sujetos de derechos que es inherente a los niños. Algunos de ellos son: la Convención de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en 1989, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y otros estatutos e instrumentos que abogan por una protección bien entendida de la infancia.

Bajo esta comprensión es posible determinar cuál es el contexto jurídico en que la Convención debe ser entendida y aplicada; por lo que cualquier interpretación aislada de este instrumento será insuficiente para lograr una protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, máxime en países como la Argentina, donde los tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional.

1.1 Del paradigma de la situación irregular al sistema de protección integral de los derechos

El paradigma de la situación irregular que como sistema de instituciones y valores ha pretendido dar respuestas a un sector vulnerable, se ha visto atravesado en su estructura por una nueva forma de concebir las relaciones entre niños y adultos. Sin dudas que esta transición, que se ha visto cristalizada en la Convención sobre los Derechos del Niño, ha constituido un proceso de ruptura de viejas estructuras mentales de la sociedad referidas a la consideración que se ha tenido de los niños como aquel sector incapaz, sobre el cual el Estado bajo un discurso asistencial y tutelar ha avanzado la más de las veces vulnerando derechos.

La Convención pone en evidencia la ruptura con el régimen tutelar, y la inauguración de una etapa, o sistema valores en torno a la niñez, en donde la norma convencional se convierte en el dispositivo que posibilita repensar el sentido de la legislación para la infancia, de modo que se conviertan en instrumentos de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de los niños y adolescentes (García Méndez, 1993).

Lo que se conoce como “Doctrina o Paradigma de la Situación Irregular” se ha caracterizado desde sus orígenes por intentar invisibilizar la incapacidad del Estado y su responsabilidad para establecer políticas públicas y un sistema de protección de derechos para el niño en situación de calle o desamparo. Por el contrario, su concreción en la práctica se vio reflejada por una creciente y desmesurada intervención estatal que encontró en el juez de menores, el elemento dinamizador de un sistema plagado de instituciones, destinadas a tutelar al niño que se encuentra en situación irregular.

De ahí que el Estado asume un rol paternalista o de patronato como se llamaron algunas leyes nacidas al amparo del sistema, respecto del niño excluido, en situación de riesgo o abandono, que será considerado en todos los casos como “objeto de protección”.

La judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con una clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural, centralizando el poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda y discrecional se tradujo en una negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados por la propia Constitución Nacional como derechos de todos los habitantes (García Méndez, 1995, p. 67).

Bajo esos lineamientos es que la ley de patronato de menores, vigente en aquel entonces en la Argentina, condujo a segmentar a la población infantil entre niños y adolescentes por un lado, y menores por el otro, siendo éstos aquellos que se encontraban en riesgo social o moral, y que accedían al sistema de justicia a través de un fuero diferenciado la “justicia de menores”.

Es quizás fruto de la decisión de dejar atrás prácticas discriminatorias, como las encarnizadas en esta doctrina lo que ha motivado en los años venideros la inclusión del principio de no discriminación, como uno de los ejes rectores que debe inspirar al sistema de protección de derechos.

Si bien, aun quedan resabios de la doctrina en los sistemas jurídicos regionales, y en las prácticas judiciales y administrativas, puede decirse, que en la actualidad la sociedad y especialmente los Estados han iniciado el camino marcado por los instrumentos internacionales de derechos humanos en la acogida de un nuevo modelo de protección de la infancia.

En la Argentina, la ley 26.061 marca acertadamente el camino, en cuanto deslegitima las viejas prácticas judiciales, como la medida cautelar de protección de persona y la institucionalización que conlleva la necesaria separación del niño del grupo familiar, principalmente por condiciones económicas. Consecuentemente, y en remplazo se diseña un sistema de protección integral, convirtiéndose la pobreza, el riesgo y abandono, en derechos que deben encontrar en el Estado el primer garante.

De ahí que el niño también sea conforme a este nuevo universo de ideas, titular de derechos políticos, económicos y sociales, y destinatario especial de políticas públicas que el Estado en sus diversos estamentos debe instrumentar.

Por otro lado, es importante destacar que el cambio de paradigma en materia de niñez y adolescencia, al que se conoce como el “Sistema de Protección Integral”, si bien sienta sus bases en la Convención Sobre los Derechos del Niño, encuentra su sustento y se consolida en los diversos instrumentos de derechos humanos, que en sus diversas declamaciones de principios parten de considerar la dignidad humana de todos los hombres sin distinción alguna de su condición, como así también el trato especial que merecen los niños, por su especial condición de vulnerabilidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos, de fecha anterior, ya establecía que: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado⁶.

De ahí que puede advertirse que el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y el plus de protección del que es merecedor, serán los pilares sobre los que se erige esta nueva concepción de la infancia, y los que fundamentarán la reformulación de las relaciones entre niño, estado y familia.

⁶ Art. 19 Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Ley 23.054 del 1° de Marzo de 1984. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Las características propias de la etapa de la niñez y adolescencia justifica un trato diferencial en relación al adulto, pero ya no como en la doctrina de la situación irregular, sino limitado por el reconocimiento del niño como un sujeto activo de derechos inherentes a su condición de tal que le corresponden por el solo hecho de ser persona, al igual que el adulto. Por lo que “la base de este sistema se concentra en la protección de derechos más que en la protección de personas” (Campos García, 2009, p. 357).

En este nuevo escenario de protección de la infancia, el Estado y la Familia, cumplen un rol decisivo en contribuir y garantizar el desarrollo del niño, aunque limitados por el respeto al principio de autonomía progresiva y a su interés superior. La intervención de ellos en la vida del niño, no se traduce en una injerencia vacía de sentido, o destinada a tratar al niño como objeto sobre el cual se puede disponer, sino que tiene por finalidad proporcionar las condiciones para que el mismo logre desarrollarse plenamente en la sociedad.

Surge así del articulado de la Convención, que la vieja concepción de autoridad o paternalismo que se encontraba ínsita en las relaciones entre niños y adultos, se sustituye delegando responsabilidades en el núcleo familiar y en el Estado, en sus diversas esferas. En efecto, la Corte en Opinión Consultiva establece:

Los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además su condición exige una protección especial debida por éste último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona⁷.

Asimismo, conforme al nuevo paradigma, el niño asume un rol protagónico en el diseño de su plan o proyecto de vida, por lo que se le reconocen mayores oportunidades de participación en diferentes ámbitos, reconociendo su derecho a ser oído, a que su opinión sea tomada en cuenta y a participar activamente en las decisiones que lo afectan.

Todo este esquema diseñado hace más de veinte años atrás ha venido a impactar de lleno sobre un sistema de instituciones que en la práctica, aun no ha logrado adecuar sus

⁷ Corte I.DH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Arts. 8 y 25 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)* Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, Serie A N° 17, Párr. 53, 54 y 60.

procedimientos al especial status que se confiere al niño, y por ende a los más altos principios proclamados por la norma convencional.

2. Recepción del sistema de protección integral: cuestiones controvertidas.

En la Argentina, la implementación del Sistema de Protección Integral de Derechos de la Infancia, ha debido saltar numerosos escollos, que han impedido dar plena operatividad al piso mínimo de derechos y garantías instaurado por la Convención sobre los Derechos del Niño, pese a la ratificación inmediata de la norma convencional por parte del estado argentino.

Se ha tratado de un verdadero proceso de transformación que ha venido a socavar estructuras antiquísimas, poniendo en crisis un sistema de valores e instituciones socialmente aceptados y regidos al amparo de un modelo tutelar. De ahí que el ordenamiento jurídico argentino haya experimentado épocas de avances y retrocesos, llegando a coexistir en la cultura argentina instituciones del viejo patronato de menores con el de un prometedor sistema de protección integral de la niñez, que lucía a tono con una corriente de internacionalización de los derechos humanos.

“La coexistencia por casi quince años de la CDN – aun elevada a jerarquía constitucional- y las leyes tutelares de menores generó una práctica judicial y social de pretendida armonización de normativas sustentadas en doctrinas incompatibles” (Crescente, 2008, p. 34).

El discurso jurídico que efectuaba concesiones de principios y derechos al niño, no era compatible con una sociedad que mostraba no estar preparada para dar al niño un trato de iguales respecto de los adultos. Esto explica quizás lo reticentes que se han mostrado en la práctica los poderes públicos para dar cumplimiento a aquel “principio de efectividad” plasmado en la norma convencional.

Las mayores dificultades en dar operatividad al derecho de la infancia, se han visto reflejadas en el ámbito administrativo y judicial. Por un lado, el Estado ha mostrado cierta lentitud en la elaboración de políticas públicas concretas y en la readecuación de sus instituciones; por el otro, y ya en la órbita de aquéllos que deben garantizar en el caso concreto la tutela efectiva de los derechos de los niños y adolescentes, se han visto envueltos

en serios conflictos para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico vigente, lo que ha quedado patentizado en pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales contrapuestos.

Ya en plena vigencia la ley 26.061/05, Musa (2008) sostenía: “Hoy mismo, sigue habiendo juzgados en todo el país que no dudan en aplicar lo que la doctrina llama mecanismos propios de la situación irregular” (p. 3).

No sucedió lo mismo respecto del poder legislativo que viene a desarrollar un rol fundamental en la consolidación del Sistema de Protección Integral de Derechos, impulsado sin dudas por una creciente internacionalización de los derechos humanos, que se vio reflejada en hechos políticos de gran trascendencia como la reforma constitucional del 94, la posterior sanción de la ley 26.061, y la reciente sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que viene a reafirmar el compromiso del Estado en avanzar en la conquista de derechos y realidades en materia de niñez y adolescencia.

Estos instrumentos legislativos de gran significancia en el derecho nacional, serán reseñados brevemente en el presente acápite.

2.1 Recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la reforma constitucional del 94

La recepción del Paradigma de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes se opera en el Estado Argentino, a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23.849 que fuera sancionada el 27 de septiembre de 1990, incorporándose de esta forma al derecho interno un nuevo entramado de derechos y deberes en materia de infancia que el Estado deberá garantizar. En cumplimiento del Art. 49 del instrumento internacional, la Argentina depositó el instrumento de ratificación el día 5 de diciembre de 1990.

Mucho se ha debatido sobre la operatividad de la norma convencional y sobre cómo debía interpretarse el nuevo régimen de protección de cara a un derecho de menores fuertemente arraigado en el país y cristalizado en leyes como la N° 10.903 de Patronato de Menores y un Código Civil⁸ que acompañaba el régimen nacido al amparo de la doctrina de la situación irregular, vigente a la fecha de ratificación del instrumento internacional.

⁸ Código Civil derogado por Ley N° 26.994 B.O. 8/10/2014. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Autores como Grosman (2001) se han pronunciado a favor de la operatividad de la Convención bajo el entendimiento de que los Estados no pueden invocar la ausencia de normas o de disposiciones legales contrarias, para no aplicar los derechos por ella consagrados, ya que surge de la Convención de Viena que “no es posible invocar el derecho interno como causa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales”⁹.

Lo expuesto se justifica en la doctrina sentada por la C.S.J.N en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” que en ocasión de resolver sobre la operatividad del derecho a réplica, consagrado por un tratado internacional pero no reglamentado por el derecho interno, sostuvo que la violación de los tratados internacionales puede darse por acción, caso de normas internas que lo contradicen, o bien, por omisión de disposiciones que posibiliten su efectividad. En ese sentido, tanto unas como otras son contrarias a la ratificación del tratado que hubiese efectuado el Estado Parte, por lo que tal proceder importaría el incumplimiento del mismo con la consecuente responsabilidad internacional que pudiera derivarse.

Siguiendo ese razonamiento, podría entenderse que el estado argentino ha promovido prácticas y un sistema de instituciones violatorias de los principios que surgen del derecho internacional, y que resultan regulados por la Convención de Viena.

Como muestra de ese proceder, y en la misma línea de lo que se expone, podría invocarse la nula operatividad que tuvieron las disposiciones contenidas en la Convención pese a la ratificación efectuada por el Estado en el año 1989, y el recurrente argumento proveniente de los operadores jurídicos consistente en la ausencia de una legislación reglamentaria de la norma convencional que derogue el régimen de patronato, negando de esta forma su operatividad e incumpliendo sus compromisos internacionales.

El Estado Argentino ha tardado casi quince años en dar cumplimiento a la obligación asumida al ratificar la Convención sobre Derechos del Niño de “adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”¹⁰, ese compromiso se ha visto concretado con la sanción de la ley N° 26.061 del año 2005 que ha derogado expresamente la ley de patronato.

⁹ Art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ley 19.865 del 3 de Octubre de 1972. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁰ Art. 4 Convención sobre Derechos del Niño. Ley 23.849 del 27 de Septiembre de 1990. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Aun bajo ese panorama, la Convención ha tenido un fuerte impacto político, particularmente a partir del auge que cobra en el derecho comparado la internacionalización de los derechos humanos a mediados del siglo XX, aun cuando ese movimiento se cristaliza en el derecho nacional en el año 1994.

En efecto, hasta la Reforma del 94, el régimen al que se encontraban sujetos los tratados internacionales aparecía definido por los Arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional. En virtud de ellos era dable entender la igualdad jerárquica que imperaba entre leyes y tratados, los que se erigían como ley suprema de la Nación, de ahí que resultaba aplicable el principio según el cual la ley posterior en el tiempo deroga la anterior.

Esta forma de compatibilizar el derecho internacional y el derecho interno, se modifica radicalmente a partir del fallo expuesto que en el año 1992 sienta el precedente recogido por la reforma constitucional del 94.

En efecto, la C.S.J.N sostiene:

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno¹¹.

La doctrina sentada por el más alto tribunal fue incorporada al texto constitucional con la Reforma de la Constitución Argentina en el año 1994, en virtud de la cual y según el Art. 75 inc. 22 los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, sin embargo, avanza más allá e inviste de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los cuales se encuentra expresamente enumerada la Convención sobre Derechos del Niño.

Como ha sostenido Bidart Campos (2006), tales tratados no forman parte del texto de la Constitución, sino que integran el bloque de constitucionalidad federal y comparten junto a la Carta Magna la misma supremacía.

¹¹ C.S.J.N., “Ekmekdjian c/Sofovich”, Fallos 315: 1492 (1992).

Asimismo, se ha previsto que mediante un procedimiento especial otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar jerarquía constitucional.

Por último, la norma constitucional¹² establece una pauta interpretativa cuando dispone que tales tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. De ahí que componen un plexo inescindible que bajo la idea de completitud (Bidart Campos, 2006) contribuyen a brindar una más amplia protección a niños y adolescentes.

Como consecuencia de lo expuesto, los efectos son trascendentes, ya que a partir de entonces se torna imperativo adaptar el derecho infraconstitucional a los postulados contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño, a los fines de evitar incurrir en arbitrariedades o mejor dicho, en inconstitucionalidad.

2.2 La ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Hicieron falta quince años desde la incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino, para que se iniciara un verdadero proceso de reforma de las instituciones de protección de la infancia en la Argentina. La sanción de la ley N° 26.061 de “Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” el día 28 de septiembre de 2005 constituye uno de los hechos políticos de mayor significancia en el país en la acogida de una concepción respetuosa de los derechos fundamentales del niño.

Se ha dicho que su importancia resulta de ser la ley que reglamenta la Convención y por dar cumplimiento efectivo al Art. 4 de la norma convencional (Sabsay, 2008) derogando abiertamente todo un sistema de leyes y normas reglamentarias contradictorias con el espíritu de la nueva concepción, algunas de ellas fueron: la ley de patronato de menores N° 10.903, los decretos nacionales N° 1606/90 y sus modificatorias N° 1631/96 y 295/01¹³.

La ley reproduce fielmente los lineamientos trazados por la Convención, configurando el piso mínimo de derechos de niños, niñas y adolescentes que resulta aplicable en el territorio de la nación. En ese sentido, se establece que “la ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el

¹² Art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994.

¹³ Art. 76 Ley 26.061. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”¹⁴.

Al igual que surge conforme a la reserva efectuada al ratificar la Convención, esta ley está destinada a regular la condición jurídica de las personas menores de 18 años, en tanto sujeto de derecho, a quien debe garantizarse el efectivo y pleno ejercicios de sus derechos no sólo en sus relaciones familiares, sino también en las estructuras y procedimientos de decisión del Estado que puedan afectarlos.

En sus disposiciones generales se establece que los derechos por ella reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño¹⁵. Esto por tratarse de derechos de orden público, irrenunciables, intransigibles, por lo que sus disposiciones no pueden ser eludidas por quienes están obligados a garantizarlas.

El primero implica el carácter operativo de los derechos que se reconocen, que se traduce en el mandato expreso de asegurar el cumplimiento de los derechos consagrados por parte de los operadores del sistema de protección, sea el poder ejecutivo, legislativo o judicial. Por su parte, el segundo constituye uno de los principios vertebrales que da sentido al sistema de protección en su vasto contenido, siendo por esta razón merecedor de especial tratamiento.

En efecto, la ley destaca porque viene a definir una nueva modalidad de intervención del Estado en asuntos en que se encuentren involucrados niños, lo que torna imperativo no sólo la formulación de políticas públicas acordes con la tónica del sistema, sino además el establecimiento de las estructuras encargadas de propender a una protección especial o diferenciada.

En esa dirección, el Art. 32 dispone:

El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y

¹⁴ Art. 1 Ley 26.061. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁵ Art. 1 Ley 26.061. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

De allí que se trate de un diseño institucional sistémico, no recortado, sino que involucra un actuar conjunto entre los poderes públicos y la sociedad civil en su conjunto (Burgués, 2014).

En lo que refiere a la órbita del poder judicial, su actuación difiere a la ejercida bajo la ley de patronato, quedando delimitada a garantizar la tutela efectiva de los derechos reconocidos por la nueva normativa, y a ejercer el control de legalidad de los actos administrativos que se pronuncien sobre temas en que se encuentren involucrados niños y adolescentes.

La expresión más notable, en este aspecto, ha sido la forma en que han sido reguladas y el sentido que se ha dado a las Medidas de Protección de Derechos.

Por otro lado, resulta de fundamental importancia, el Art. 27 de la ley que consagra las garantías mínimas que deben regir en todo procedimiento administrativo y judicial que los afecte, como son, el derecho a ser oído, a que su opinión sea tomada en cuenta en toda decisión que lo afecte, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, a participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Si bien la ley impacta de lleno en todo el ordenamiento jurídico, sus efectos se proyectan significativamente en el derecho de familia, tal es lo que ocurre con la recepción del principio de autonomía progresiva, y las responsabilidades que sienta la ley en cabeza del grupo familiar.

El Art. 7 establece:

La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías...

Sabido es que la familia cumple un rol decisivo en la protección y formación integral del niño, y muy especialmente, en la protección integral de sus derechos, por lo que en aquellos casos en que se encuentren impedidas de brindar las condiciones para que el niño

pueda satisfacer sus derechos, el Estado debe acudir a efectos de brindar la asistencia para que el grupo primario pueda asumir sus responsabilidades y obligaciones.

Se habla de responsabilidad, de derechos, pero también de obligaciones de los padres respecto de los hijos, lo que muestra un giro en la forma de considerar la relación paterno filial, que queda trazada ya no en términos de verticalidad o autoridad, sino de igualdad.

En definitiva, como ha dicho Famá y Herrera (2005): El desafío que impuso la ley 26.061 es complejo, pues se trató a partir de entonces de “modificar prácticas socio-jurídicas tan arraigadas bajo el paraguas del tutelarismo estatal” (p. 11).

Uno de esos grandes desafíos que motivó esta ley, se vio concretado sin dudas, con la derogación del Código Civil, que rigió paralelamente con principios e instituciones incompatibles con la doctrina de protección integral.

2.3 El código civil y comercial de la nación

La sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial operada por ley N°26.994, significa como ya se expusiera, una vuelta de página a las dicotomías jurídicas que se habían planteado con motivo de la interpretación del ordenamiento jurídico argentino en materia de infancia.

No resulta óbice mencionar que este proceso de transformación social y jurídico de la concepción de la niñez fue acompañado por un código civil rudimentario para los nuevos tiempos. Este código que resultaba aplicable a las relaciones civiles y de familia que se planteaban en la sociedad argentina, contenía principios que contradecían abiertamente los más altos postulados de una nueva concepción niño-adulto que habían sido plasmados en la Convención sobre Derechos del Niño y en la posterior ley nacional 26.061.

Reflejo de ello fueron instituciones como la patria potestad y el principio rígido de capacidad - incapacidad, fruto de una concepción paternalista que trataba a los niños como objeto de disposición del poder adulto.

Las contradicciones a la hora de interpretar la normativa vigente fueron evidentes, pese a los intentos de conciliar, como se evidenció en algunos fallos¹⁶, normas nacidas al amparo de paradigmas totalmente opuestos.

Aun así este régimen se mantuvo vigente hasta hace dos años atrás, cuando se produce la sanción definitiva del nuevo cuerpo normativo, que como se dijo en los Fundamentos del Anteproyecto vino a “democratizar las relaciones de Familia”. Al respecto Kemelmajer de Carlucci (2012) ha dicho:

La familia llamada “tradicional”, esa familia matrimonializada (fundada en el matrimonio), paternalizada y patrimonializada (dependiente económicamente y en otros aspectos del padre), sacralizada (nacida de formas solemnes), y biologizada (su fin principal es tener hijos), viene sufriendo cambios hace más de un siglo. Elementos muy diversos incidieron para abandonar ese modelo, consagrado por el Código de Napoleón y seguido por otros Códigos del Derecho Continental que algunos calificaron de patriarcal, jerárquico, autoritario, burgués y desigualitario (p. 289).

Esos cambios sociales que se venían plasmando en algunas leyes especiales, como la ley 26.061, resultaban insuficientes frente al hermetismo del Código Civil, imbuido de principios radicalmente opuestos, y fuertemente arraigados en la sociedad.

Los nuevos principios que inspiran el Código Civil y Comercial, y que impactan fundamentalmente en las relaciones de familia, devienen como consecuencia de la incorporación de la doctrina, y normas internacionales de derechos humanos, que el Código ha receptado abiertamente. En efecto su Art. 1 establece:

Fuentes y Aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resultan aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...

Por su parte, Gil Domínguez (2016) sostiene:

¹⁶ C.S.J.N., “M., G c/ P., C.A s/ Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M.S.M”, sentencia del 26 de junio de 2012, Consid. 2. *Centro de Información Judicial*. Recuperado el 6/6/2017 de <http://www.cij.gov.ar/nota-9389-La-Corte-Suprema-de-Justicia-fall--en-un-caso-sobre--abogado-del-ni-o-.html>

El Art. 2 del Código Civil y Comercial refleja este cambio de paradigma en los sistemas de aplicación e interpretación. La coherencia que exige como pauta de interpretación está basada en la inexcusable remisión a los principios constitucionales y convencionales. Las palabras, las finalidades, las leyes que se apliquen deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional. La aplicación del Código Civil y Comercial responde a una racionalidad menos pegada a las verdades terminantes y más proyectadas a las verdades consensuadas y ponderadas (p.1).

Sin dudas, a esto responde lo que se ha llamado la “Constitucionalización del Derecho Privado” y que como nota distintiva viene a acentuar en las relaciones reguladas por el Código el respeto a la persona humana y a su dignidad, poniendo a esta como eje y objetivo último de protección en sus normas.

Este giro trascendental en la nueva concepción que inspira el Código, se ve reflejado en materia de infancia, adecuándose perfectamente a los postulados del paradigma de protección integral de los derechos, al receptar principios como el de autonomía progresiva, interés superior del niño, derecho del niño a ser oído, tutela judicial efectiva, garantías mínimas de procedimiento en los procesos de familia, y muchos otros cambios ya proyectados en las normas convencionales.

En definitiva, en el campo de las relaciones de familia el Código Civil y Comercial es el resultado del desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional de familia, es decir, de las grandes tensiones que ha auspiciado la doctrina internacional de los Derechos Humanos al mostrar que ciertos vacíos legislativos o normativas infraconstitucionales rígidas y cerradas eran totalmente incompatibles con principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía personal, por citar los principios a los cuales se ha apelado con mayor frecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma del Derecho de Familia (Herrera, 2015, p. 10).

Conclusiones parciales

La Argentina ha atravesado un largo y arduo proceso de transformación social que se ha visto reflejado en la evolución de sus instituciones y en las prácticas y mecanismos de protección de los derechos de la infancia.

Este proceso de transición al sistema de la protección integral de los derechos, ha estado caracterizado por la lentitud y reticencia que ha mostrado el Estado y en especial los hacedores de la justicia, para adaptar la legislación y para efectuar una adecuada interpretación del ordenamiento jurídico.

Muestra ha sido la vigencia de paradigmas contrapuestos en la legislación argentina, y fallos que son cuestionables por no haber podido efectuar una interpretación respetuosa de los derechos de la infancia, y por haber incumplido los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

En ese sentido, se ha evidenciado la incapacidad de los operadores jurídicos de conciliar las normas del derecho nacional e internacional, optando el Estado por aplicar unas, las del derecho interno, en desmedro de los tratados internacionales ratificados.

La reforma constitucional del 94 constituye un hecho jurídico trascendente en la materia, pues viene a sembrar claridad en la prelación normativa que es dable reconocer a las normas, pero ello no implicó en lo sucesivo una respuesta al interrogante que se planteaba principalmente en los casos concretos, sobre cuál era el régimen jurídico aplicable, si el de la situación irregular que regulaban las leyes nacionales, o el de la protección integral, consagrado por las normas convencionales.

De ahí también que no puede negarse que el Estado haya incurrido en inconstitucionalidad reiteradamente, primero por omisión, y segundo por actos y prácticas contrarias a las prohibidas por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Recién a partir del año 2005 con la ley 26.061 y la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, puede decirse que se ha operado una verdadera recepción del paradigma de protección integral de los derechos.

Por lo expuesto, por las graves violaciones a los derechos del niño a que hemos asistido y de las que aun hoy se cometen, es que debe demandarse al Estado y en especial a los operadores jurídicos una mayor responsabilidad no sólo en avanzar en la conquista de nuevos derechos, sino y más importante aún, en promover una mayor especialización institucional y profesional en las problemáticas vinculadas a la infancia, de modo que los interrogantes que plantee la realidad social y jurídica, puedan ser abordados por hombres conocedores del ordenamiento jurídico, de su sentido, y de la forma en que deben aplicarse sus normas cuando quien se acerca al Estado es un niño o adolescente.

Por otro lado, tampoco debe entenderse que la protección de niños y adolescentes puede proporcionarse desde un derecho específico, el derecho de la infancia, abordar una mirada en este sentido, como pretenden algunos juristas, es reduccionista y desacertada, si se considera que el ordenamiento jurídico constituye un todo, y cobra sentido en la integralidad de sus normas.

Capítulo II: Concepción jurídica del niño

Introducción

En este capítulo se analizarán los principios y normas que impregnan y permiten dar operatividad a una nueva concepción de la infancia, que parte de considerar al niño como un sujeto activo de derechos. Desde esa óptica, se pretende dar cuenta del alcance del reconocimiento efectuado, y la forma en que debe entenderse el nuevo estatus del niño a partir del principio de autonomía progresiva, del interés superior del niño, y de su derecho a opinar y a ser oído en los asuntos que le afectan. En lo que a este último respecta, sólo se abordarán sus aspectos más generales, para precisar luego en el capítulo correspondiente, las particularidades que asume en la órbita procesal.

El análisis pretende brindar lineamientos fundamentales que servirán para comprender en lo sucesivo el contexto en el que se inscribe la actuación del abogado del niño.

1. El niño como sujeto activo de derechos

Se ha sostenido reiteradamente por la doctrina y algunos estudiosos del derecho de la infancia, que el reconocimiento del niño como sujeto de derecho adviene como una conquista propia de la Convención sobre Derechos del Niño, a partir de la cual comienza a edificarse el paradigma de protección integral de los derechos de niños y adolescentes.

Si bien el mérito de la norma convencional es grande, pues no puede soslayarse que la misma lo declama a viva voz estableciendo las condiciones para que en los hechos el niño pueda detentar el status que le corresponde, no es menos cierto y sería un acto de torpeza, dejar pasar por alto que el acto de reconocimiento del niño como sujeto de derecho es consecuencia necesaria de su condición de persona humana, ya reconocida por instrumentos que la precedieron.

En efecto la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 1 estableció:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

Toda persona tiene los derechos y libertades (...) sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición¹⁷.

Sin dudas que el punto de partida lo constituye el reconocimiento de su dignidad que le es inherente a toda persona humana y que le confiere aptitud para ser titular de derechos iguales de los que goza el resto de la familia humana¹⁸.

Aunque en atención a su especial condición de personas que se encuentran en desarrollo son merecedoras de un plus de protección por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, de ahí que se les reconocen derechos específicos y un sistema de protección especial a los que se dota de máxima exigibilidad.

El Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos ratifica lo expuesto al disponer que:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Esto conlleva necesariamente a reformular las relaciones entre niño – adulto, el que será entendido a partir de entonces como “sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar” (Ochaíta, y Espinoza, 2001, p. 57). De esta forma, se intenta reivindicar los abusos cometidos por la concepción paternalista que los sometía al poder discrecional del mundo adulto, haciendo de ellos un objeto sobre el cual era dable disponer atento a que se trataba de sujetos que por no haber alcanzado el pleno desarrollo intelectual no se encontraban en condiciones de determinarse autónomamente, sino a través de la voluntad de otros.

De ahí que la importancia de la Convención radica fundamentalmente en configurar un nuevo escenario en la forma en que deben desenvolverse las relaciones en la tríada Estado, familia y niño a efectos de que puedan ocupar en relación de aquellos espacios de actuación en calidad de iguales, esto es, como sujetos activos de derechos.

¹⁷ Art. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 23.054 del 1° de Marzo de 1984. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁸ Preámbulo Convención sobre Derechos del Niño. Ley 23.849 del 27 de Septiembre de 1990. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Sin embargo, es de advertir que esa titularidad activa no debe ser entendida a toda ultranza, sino enmarcada en su especial condición de tal, por lo que esa aptitud para ser titular de derechos y ejercerlos progresivamente, encuentra su razón de ser en tres principios con los cuales se encuentra íntimamente vinculado, tales son: el principio de autonomía progresiva, el interés superior, y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en las decisiones que lo afectan (Couso, 2006).

Vale destacar que esta mutación en la consideración del niño, se ha visto reflejada en el cambio de terminología acuñada, pues el término peyorativo de menor o minoridad, en alusión a incapacidad o carencias de estos sujetos, se ha visto sustituido por el de niño o infancia.

En el ordenamiento jurídico argentino, esta concepción jurídica que se internaliza a través de la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño y posterior incorporación como tratado con jerarquía constitucional, también es recogida por la ley 26.061, que exige expresamente respetar su condición de sujeto de derecho.

Ya en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el Año 2003 se había concluido:

La implementación plena de la Convención de los Derechos del Niño en la familia exige la revisión de las actitudes y relaciones que los adultos mantienen con los niños y jóvenes. Pero también demanda un nuevo marco legislativo que tome debida nota de que existe interdependencia entre los conceptos de patria potestad y las facultades de los niños¹⁹.

Lo establecido obligaba necesariamente a modificar la normativa que regía las relaciones de familia, tal como habían sido concebidas por el Código de Vélez, que hacía de la institución de patria potestad un instrumento ideal de dominación de los hijos, concebidos como sujetos incapaces, objetos de posesión de los padres.

Con el Código Civil y Comercial, estas nociones quedan desvirtuadas, al modificar las viejas instituciones del derecho de familia, adaptándolas a los principios contenidos en el derecho convencional, y reconociendo al niño su condición de sujeto de derecho.

¹⁹ Conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en 2003, Rosario. *Jornadas Nacionales de Derecho Universidad Nacional del Sur*. Recuperado el 23/10/2017 de <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=17>

2. El principio de autonomía progresiva

La incorporación del Principio de Autonomía Progresiva al ordenamiento jurídico argentino a través de la Convención sobre Derechos del Niño y su posterior recepción por ley 26.061 ha ocasionado no pocas discusiones jurídicas respecto a la interpretación que debía efectuarse de las normas vigentes en materia de capacidad de niños y adolescentes.

El punto de partida de la discusión se inscribe en la consagración que hace la norma convencional del principio en el Art. 5, en el que se lee:

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

Surge de la norma, que el principio encuentra sentido fundamentalmente a través de dos cuestiones: la primera estriba en el reconocimiento gradual que debe hacerse en función de la evolución de las facultades y desarrollo, de autonomía para el ejercicio de los derechos que le son reconocidos. La segunda cuestión, está dada por la responsabilidad de la familia y del mundo adulto, de impartir la orientación y dirección adecuadas para que el niño logre gradualmente la autonomía.

Como sostiene Silvia Fernández (2015):

La autonomía progresiva da visibilidad al niño como sujeto de derechos (...) en un proceso que exige la inclusión de todos los integrantes de la familia, facilitando el reconocimiento y el respeto de las necesidades de cada cual. Se trata de una derivación del principio constitucional de autonomía personal y del complementario de autonomía en las relaciones familiares (p.3).

De ahí que tampoco se trata sólo de reconocer derechos sino de garantizar una activa participación del niño respecto de las cuestiones que lo afectan, aun cuando esos espacios de autonomía sean concedidos de manera gradual según su grado de desarrollo. Pues, lo contrario, implicaría dejar al niño en un estado de desprotección.

La norma fue rica en contenido por cuanto implicó la revisión en el modo en que deberían plantearse las relaciones paterno filiales a partir de entonces, invitando a reformular

el régimen de capacidad civil de los niños, como así también a dar un sentido distinto a instituciones del derecho de familia como la patria potestad, sin olvidar que el eje del cual se parte es y será, el reconocimiento del niño como sujeto activo de derechos.

Estos principios, hicieron eclosión principalmente en el tratamiento que el Código de Vélez, recientemente derogado, ha impartido a los niños y adolescentes hasta el presente.

El Código sistematizaba un régimen de capacidad civil, estructurado en categorías rígidas en términos de capacidad e incapacidad, a partir del cual las personas según cual fuera la categoría en que se ubicaran tendrían o no vedado ejercer por sí mismos los derechos de que eran titulares. Sin embargo, para aquellos que se encontraban impedidos en virtud de su condición, sea por su insuficiente madurez o sea por falta de salud mental, el régimen remediaba o suplía la situación de inferioridad a través de institutos como la representación y la asistencia.

En efecto, y dentro del espectro de la incapacidad, el código distinguió entre incapaces absolutos, incluyendo a los menores impúberes, es decir aquellos que no habían cumplido la edad de 14 años, e incapaces relativos, los que habiendo cumplido los 14 no habían alcanzado la mayoría de edad, a los que llamó menores adultos²⁰.

Por otro lado, y en virtud de los Arts. 56 y 59 del código sustituido, los menores quedaban sujetos a la representación legal de sus padres o tutores, y a la representación promiscua del Ministerio Público.

“Se dijo en ese sentido, que detrás del sistema de representación adoptado por el Código se mantuvo latente la concepción del menor objeto de protección y control por parte de sus padres y del Estado” (Minyersky y Herrera, 2008).

La ley 26.061, desde una perspectiva opuesta a la mencionada, recibió el principio en diversos artículos, entre ellos el Art. 3 cuando establece “Debiéndose respetar: d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”, y en el Art. 24 que dispone “Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”.

Herrera (2011), sostuvo:

²⁰ Art. 54 y 55 Cód. Civil derogado por Ley N° 2. 26.994 B.O. 8/10/2014. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

El principio de autonomía progresiva es un mandamiento suprallegal, y como tal, está destinado a desconstruir y reconstruir el régimen legal en materia de capacidad de niños y adolescentes. Esto implica de manera inexorable, flexibilizar el sistema, permitiendo la penetración de las ideas de madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento que campean dentro de aquel principio de derechos humanos (...) y de manera paralela, la obligación de revisar conceptos tradicionales y bien arraigados en el derecho civil con la finalidad de salir del rígido binomio integrado por las nociones de capacidad/incapacidad y consigo, la de representación legal (p.37).

El Código Civil y Comercial de reciente vigencia, ha recogido al pie de la letra los postulados de la doctrina de protección integral, al adaptar el sentido de sus instituciones al derecho convencional vigente.

El eje sobre el que se sostiene el principio es el Art. 26 el que expresa en sus dos primeros párrafos:

Ejercicio de los derechos de 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 conflictos de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La norma se aparta de fijar límites etarios rígidos para determinar la capacidad de niños y adolescentes, por el contrario se inclina por acoger un sistema flexible, que permita el ejercicio progresivo de derechos en función del desarrollo madurativo del niño.

En esa línea, el artículo remite de manera obligada a considerar la institución de la responsabilidad parental, a los fines de entender el sentido que adquieren las relaciones entre hijos y progenitores, y la forma en que opera el principio de autonomía progresiva.

En lo que refiere a esta nueva institución, la sustitución no sólo es terminológica, sino que conlleva una profunda mutación axiológica, pues la organización familiar concebida en términos patriarcales y de subordinación del niño al adulto, se ve reemplazada por el concepto de responsabilidad parental “que es inherente al deber que cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía” (Medina, 2014, p. 922).

El cambio es notable si se tiene en cuenta que su puesta en acto está limitada por el respeto a la subjetividad del niño. De ahí que el legislador haya fijado los principios que

gobiernan su ejercicio. Son los siguientes: a) El interés superior del niño, b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, según su edad y grado de madurez²¹.

De lo reseñado se colige que la situación de los niños y adolescente conforme a la nueva regulación debe entenderse de la siguiente forma: en principio y de conformidad a lo dispuesto por el Art. 24, “la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente”, es reputada por el Código como incapaz de ejercicio, por lo que ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, sus padres o tutores.

Sin embargo, el Código va más allá y flexibilizando criterios, abre una puerta para que el niño conforme a su edad y grado de madurez pueda ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

En ese plano, juega el principio según el cual a mayor autonomía del niño, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

Dice Silvia Fernández (2015):

Existen así dos conceptos que miden la autonomía: uno más rígido –el etario- y otro más flexible y permeable –la madurez- aunque sin obviar la suficiencia que esta madurez debe presentar, acorde la particularidad del derecho de que se trate. Esta conjunción exige de los operadores la valoración de la condición personal individual de la persona, no obstante su minoridad (p.5).

Asimismo, es importante traer a colación que en la sistemática del Código Civil y Comercial la distinción entre niños y adolescentes, no puede pasar desapercibida, siempre que guarda coherencia con la lógica del régimen, pues se observa del análisis de las normas que la madurez suficiente se presume a partir de los trece años, reconociéndose a la persona que ha alcanzado esa edad un mayor grado de aptitud para la participación activa en los asuntos que le conciernen.

La incorporación del principio, constituye sin dudas un gran desafío para los operadores jurídicos, que deberán esforzarse por apreciar con buen tino cuándo un niño

²¹ Art. 639 Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

cuenta con la madurez suficiente para comprender el sentido y alcance del acto que el ordenamiento le habilita realizar, lo cual implicará necesariamente un mayor grado de especialización y de un actuar interdisciplinario que contribuya a adoptar soluciones ajustadas a la finalidad que se persigue con el sistema de protección integral de derechos.

3. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta

Un sistema de protección de la infancia que omita garantizar la efectiva participación del niño y/o adolescente en los asuntos que le conciernen y afectan so pena de violentar el reconocimiento del niño como sujeto de derecho consagrado por el derecho constitucional convencional.

En efecto, esa participación se concreta muy especialmente en la escucha activa del niño que conlleva como dos caras de la misma moneda reconocer su derecho a opinar libremente en todas aquellas cuestiones que puedan afectarlos.

Se trata del Derecho del Niño a Ser Oído que consagra el Art. 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, y que 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 afecten 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 local.

El Comité de Derechos del niño, a través de la Observación General N° 12 ha dado un extenso tratamiento a este derecho que constituye uno de los principios que informan el sistema de protección integral de los derechos de niños y adolescentes, pues como se ha

dicho: No sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos²².

Que el derecho del niño a ser oído implica reconocer el derecho de participación no es algo que merezca mayores discusiones, aun cuando sólo sea una de las modalidades en que la primera puede materializarse, pues la participación entendida en su vasto contenido, puede comprender procesos más complejos de inclusión del niño en cuestiones que puedan incidir directa o indirectamente sobre su vida.

Lo subversivo, y esto conforme a lo que surge de la exégesis efectuada por el Comité, estribaría en que la escucha y participación, no constituyan un acto momentáneo sino el puntapié inicial para construir a partir del intercambio políticas de Estado en materia de Infancia.

El alcance de la norma puede predicarse en dos direcciones: la primera, respecto de quienes titularizan el derecho, no hay dudas que son los niños y adolescentes, pero no sólo considerados individualmente, sino también colectivamente, esto es como grupos, aun cuando ello signifique redoblar esfuerzos para que el mismo sea materializado y valorado dentro de límites que impone la Convención.

La otra cuestión refiere, a cuáles son los asuntos en los que se permite al niño expresar sus opiniones o bien sobre cuales cuestiones debe ser escuchado, en la norma se lee “en todos los asuntos que le afecten”. En este sentido se dijo:

Aunque el Comité apoya una definición amplia del término “asuntos”, que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos “que afectan al niño”, que se añadieron para aclarar que no se pretendía un mandato político general²³.

Por otro lado, no ha sido una cuestión jurídica menor, lo relativo a si el derecho a ser oído constituía un deber o una facultad para los jueces y para los operadores jurídicos en

²² Comité de los Derechos del Niño, Observación Gral. N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado” p. 203, párr. 2. *Página web de Unicef.org*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

²³ Comité de los Derechos del Niño, Observación Gral. N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, p. 208, párr. 27. *Página web de Unicef.org*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

general. La doctrina se pronunció en sentidos diversos, por lo menos hasta que la observación dispuso que “para el niño expresar sus opiniones es una opción, no una obligación”²⁴. Sin embargo, deviene ineludible que la elección se efectúe luego que el niño haya sido debidamente informado sobre el uso y alcance de su derecho.

En lo que refiere al análisis del artículo en sí, la norma incorpora pautas concretas que definen la forma en que el derecho se efectiviza.

A fin de dotarlo de virtualidad jurídica establece la responsabilidad del Estado, en todas sus órbitas, de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente. Esto implica un mandato imperativo que no deja margen a la discrecionalidad y que demandará la adopción por parte del poder público de todas aquellas medidas que eviten que el derecho del niño se torne ilusorio en los hechos.

Sin embargo, para que el niño pueda ser escuchado dice la norma que debe estar en condiciones de formarse un juicio propio. Esto no implica en absoluto una limitación de ejercicio al derecho sino que ha sido impuesto, según el Comité, como una obligación para los Estados de evaluar la aptitud del niño para formarse una opinión autónoma. Debe leerse de la siguiente manera:

Los Estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones. Al contrario, deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad²⁵.

En cuanto, a la libertad para expresar su opinión, refiere no sólo a que sea resultado de un acto voluntario libre de injerencias externas, sino que además traduzca opiniones genuinas del niño y no influenciadas por su entorno.

Es importante destacar, que el hecho de garantizar la escucha del niño no implica que sus opiniones sean determinantes a la hora de resolver sobre cuestiones que puedan

²⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación Gral. N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, p. 205, párr. 16. *Página web de Unicef.org*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación Gral. N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, p. 204, párr. 9. *Página web de Unicef.org*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

afectarlos, en ese sentido, las mismas deben ponderarse según la edad y grado de madurez. Esto conlleva necesariamente un análisis caso por caso, pues los niveles de comprensión y desarrollo madurativo, no se encuentran ligados de manera uniforme a la edad biológica.

En tónica con el sentido y naturaleza del derecho, la ley 26.061 ha consagrado el derecho en su Arts. 24, en el que extiende expresamente la protección a otros ámbitos donde el niño interactúa. Dispone la norma:

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

Asimismo, se menciona en el Art. 3, al tratar sobre el interés superior y en el Art. 27, al referir a las garantías mínimas de procedimiento. Por su parte, el Código Civil y Comercial lo regula en el Art. 26, y otras disposiciones, pero muy especialmente en el Libro II Título VIII concerniente a los Procesos de Familia.

Por último, no se debe pasar por alto la importancia de este derecho como pauta para determinar el interés superior del niño, lo que importa reivindicar el respecto de su condición de sujeto de derechos.

Conclusiones parciales

El reconocimiento del niño como sujeto de derechos no ha sido una creación de la Convención sobre Derechos del Niño, los tratados internacionales advirtieron siempre el tratamiento igualitario a todos los hombres. Sin embargo el mérito de aquella norma convencional es significativo y debe buscarse en su contenido, son sus normas y principios, y el nuevo orden de las relaciones lo que permite posicionar al niño en un nuevo espacio, cual es el de reconocerlo como un ser dotado de aptitudes, de derechos y merecedor de respeto y consideración por parte del entorno con que se vincula, que será el mundo adulto.

Desde esa perspectiva, la Convención quiebra un esquema patriarcal y obsoleto que ha subyugado durante siglos a los niños respecto del poder adulto basándose en su incapacidad.

Sin embargo, es de destacar que en ningún caso ha dejado de considerar la especial condición de persona en desarrollo que implica la niñez y adolescencia, y desde allí ha reconocido la necesidad de conferir un plus de protección por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, estableciendo derechos específicos y un sistema de protección especial al que se ha dotado de máxima exigibilidad.

De ahí que la subjetividad reconocida y el consecuente ejercicio de los derechos que titularizan debe entenderse y efectivizarse a partir de principios que responden al sistema de protección integral diseñado y que son: el de autonomía progresiva, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en las decisiones que lo afectan, y el de su interés superior. En definitiva, son estos los que permiten en los hechos dotar de virtualidad jurídica a una nueva personalidad en el campo de los derechos.

La reciente reforma del Código Civil y Comercial adecuada a los nuevos estándares internacionales, ha sido la mejor expresión de la mutación axiológica que ha debido experimentar la familia y el Estado en sus relaciones con el niño.

La necesidad de visibilizar al niño como sujeto de derechos y no como objeto de dominación, y lo imperativo que resulta conferirle verdaderos espacios de participación en las cuestiones que puedan afectarlos, se ha proyectado en reformas sustanciales de la legislación de fondo.

Se ha visto como el sistema rígido de capacidad de los menores basado en límites etarios, ha sido desplazado por criterios flexibles como la madurez, para acordar el ejercicio de los derechos. Asimismo se ha sustituido el régimen de patria potestad por el de responsabilidad parental, y se ha dispuesto además que la misma deberá ser gobernada por los principios de la nueva concepción. El instituto de representación también adquiere una configuración especial, si se advierte que resulta funcional a un nuevo régimen de capacidad, teniendo en cuenta lo imperativo que resulta considerar al niño como sujeto que ejerce derechos en forma progresiva.

Sin perjuicio de lo expuesto, se advierte además, como el derecho del niño a ser oído se convierte en el principio que informa el sistema de protección incluido en el Código, y ello adquiere mayor notoriedad cuando bajo el título referido a los procesos de familia, se exige al

juez y al poder administrativo, garantizar una efectiva participación del niño en los procesos judiciales y administrativos que puedan afectarlos.

El abogado del niño, es una figura que se corresponde con esta nueva concepción jurídica de la infancia, y su operatividad adquiere sentido en los principios que informan el sistema de protección integral de derechos, y que han sido expuestos en el desarrollo de este capítulo.

Capítulo III: Los principios y garantías de los niños y adolescentes en los procesos de familia

Introducción

Considerar la participación procesal del niño, así como su actuación con patrocinio letrado conlleva como necesario un análisis del contexto normativo y de los principios que informan en la actualidad la tutela judicial efectiva en el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

De ahí que en el presente capítulo se abordarán en primer lugar aspectos básicos de la tutela judicial efectiva en materia de infancia y adolescencia, para luego proceder al análisis de las normas y principios que concretan los derechos y garantías fundamentales a que deben sujetarse los operadores jurídicos en el marco de los procesos judiciales y administrativos del derecho de familia a los fines de garantizar un debido proceso de la infancia.

1. Tutela judicial efectiva en materia de infancia y adolescencia

La tutela judicial efectiva como garantía que encuentra fundamento en el sistema democrático de gobierno, se ha convertido en una de las mayores libertades que el hombre tiene frente al Estado, máxime si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico tiene reconocimiento y jerarquía constitucional. De ahí que su transgresión por parte del Estado importaría desconocer la existencia de un Estado de Derechos.

Puede definirse como el derecho constitucional que tienen las personas de obtener de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento motivado y fundado en derecho previo a haberse agotado un proceso con estricto cumplimiento de las garantías que prevé la ley, y que tiene por ultima ratio dotar de virtualidad jurídica al ordenamiento jurídico alterado, mediante la protección y restitución de los derechos amenazados o vulnerados que se reconocen a las personas.

El mencionado derecho proyecta sus efectos, en al menos tres momentos: antes de iniciado un proceso, garantizando a toda persona el acceso a la justicia; durante el mismo, asegurando el debido proceso, con el posterior dictado de una sentencia justa y la consecuente posibilidad del justiciable de obtener la revisión de la misma en una doble instancia. Por último, en todos los casos, implica garantizar la eficacia del pronunciamiento, es decir, la ejecución de lo resuelto.

Este bagaje conceptual adquiere particularidades cuando hablamos de tutela judicial en materia de infancia y adolescencia, donde cada uno de los conceptos vertidos exigen complementarse con las normas que confieren una protección de derechos diferenciada para estos sectores vulnerables.

En efecto Mizrahi (2015) ha señalado:

La tutela judicial efectiva, en relación con los niños, niñas y adolescentes, tiene que ver con lograr la preeminencia de su interés superior del cual, a su vez, se desprenden principios o subsistemas básicos, como lo son el de efectividad, el de la protección especial, el de la actividad oficiosa del tribunal. No hay tutela judicial efectiva si no está facilitado el acceso a la jurisdicción (p. 167 -168).

En ese sentido, puede notarse como el derecho se reconfigura cuando los derechos o intereses en conflictos involucran a sectores desventajados, confiriéndoles herramientas que les permitan acceder, participar y sostener un proceso en condiciones de igualdad para la defensa de sus derechos.

La inclusión de la Convención sobre Derechos del Niño al texto constitucional con la consecuente jerarquía constitucional que adquiere, junto a otros tratados internacionales de derechos humanos, torna imperativo que el Estado promueva políticas públicas, adapte instituciones y procedimientos con miras a hacer efectivo el derecho a la tutela efectiva de que también son titulares niños y adolescentes.

En efecto, en todos los casos en que un niño o adolescente encuentre amenazado o vulnerado un derecho, o cuando participen en procesos que puedan afectarlos, la tutela judicial efectiva, operará no sólo garantizando el cumplimiento de un debido proceso judicial y administrativo en su aspecto formal, sino también en su fase material, procurando que el acto administrativo y las resoluciones judiciales sean justas, ajustadas a derecho.

Es de destacar entonces que en materia de infancia, el principio también proyecta sus efectos sobre el derecho administrativo o poder administrador, en todos los procedimientos en los que participen niños y adolescentes, y máxime cuando se adopte una medida excepcional de protección de derechos.

Como cuestiones que hacen al despliegue formal del derecho, reviste gran importancia lo relativo al acceso a la justicia de niños y adolescentes.

Se puede decir en principio, que el acceso a la justicia implica garantizar a la persona que podrá acudir en forma real y efectiva al servicio de justicia a los fines de obtener la tutela de sus derechos, y se dice en principio, porque existe la necesidad de considerar también un aspecto sustantivo del acceso a la justicia que posibilita cuestionar la legitimidad institucional cuando son precisamente los grupos vulnerables, los que pretenden acceder al servicio (Maurino, 2008).

Sabido es que las circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, el género, estado físico o mental de una persona, la edad, constituyen obstáculos que en algunas circunstancias actúan como condicionamientos para que las personas puedan ejercer plenamente sus derechos ante los órganos jurisdiccionales.

Los niños y adolescentes se encuentran comprendidos, en razón de su edad y progresivo desarrollo en que se encuentran, dentro de estos grupos vulnerables, encontrando aun en la actualidad serías barreras que le impiden acercarse a las autoridades y peticionar, como así también participar en un proceso que respete los derechos y garantías que su condición especial exige.

En este sentido la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 16 del año 1999 establecía:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia (...) La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran estos medios (...) difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas²⁶.

Si bien el pronunciamiento versa sobre una materia distinta a la problemática que ocupa este trabajo, su contenido es susceptible de ser aplicado, toda vez que importa un lineamiento que el Estado no puede desconocer y que exige la promoción, adopción y

²⁶ Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/1999 del 1° de octubre de 1999, Serie A, N° 16, párr. 119.

reformulación de prácticas institucionales, sea por parte del poder judicial, o de los organismos administrativos de protección de derechos con el fin de que niños y adolescentes puedan acceder y tener una participación real y activa en los procesos de familia en los que se resuelvan cuestiones que puedan afectarlos directa o indirectamente.

Esto lleva necesariamente a otorgar un trato diferenciado, y promover la especialización de las instituciones y operadores de modo que permitan generar espacios y canales de comunicación e intercambio que garanticen que el niño pueda expresar su real querer, sentir e incluso sus pretensiones frente a quienes deben decidir cuestiones que impacten en su vida.

De ahí que el Comité de los Derechos del Niño haya considerado elemental:

i) La necesidad de que existan instituciones públicas y privadas concebidas y organizadas para promover y proteger los derechos de la niñez y se encuentren suficientemente dotadas para ello; ii) que estas instituciones cuenten con el personal técnico formado y capacitado en derechos de la niñez; iii) la existencia de autoridades administrativas y judiciales especializadas para conocer de asuntos y tomar decisiones que afecten a los derechos de los niños, y iii) el diseño de los procedimientos administrativos y judiciales adaptados a las particularidades que implica tener que tomar decisiones sobre la base de identificar cuál sea el interés superior del niño, incluyendo para ello la adecuación del procedimiento para contemplar la participación y la opinión del niño²⁷.

Asimismo, y por la particularidad del justiciable, se hace necesario reformular las clásicas prácticas judiciales, dejando de lado los formalismos, empleándose un lenguaje sencillo inteligible para el niño, y herramientas o dinámicas que permitan un acortamiento de distancias entre el mundo adulto y el del niño haciendo real la intermediación entre los operadores y su persona, en todos estos casos seguramente será de gran importancia la colaboración interdisciplinaria que puedan aportar los profesionales de otras ciencias vinculadas con la infancia.

²⁷ Comisión I.D.H, *Informe Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas 2013*, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 2013, párr. 202, pp. 88.

Al respecto, en las oficinas judiciales y en la dinámica de los organismos administrativos que componen el sistema de protección de derechos ya puede advertirse la tendencia a modificar las prácticas que regían hasta hace pocos años atrás.

Ello se advierte principalmente, en lo frecuente que se ha tornado en la práctica judicial y administrativa el llamar al niño y darle la posibilidad de ser escuchado, ello sin perjuicio de lo cuestionable que pueda resultar la forma en que se efectiviza, esto es, oportunidad, conflictos, modalidades, criterios para determinar su procedencia. Si bien, también antes, el juez de familia que se pronunciaba sobre los conflictos familiares, tomaba contacto con el niño y lo escuchaba, se trataba de un derecho ilusorio, pues terminaba por constituir una posibilidad sujeta a la consideración o libre discrecionalidad del juez, y además reprochable por cuanto, las más de las veces, la voz del niño se escuchaba a través de la opinión de los padres o de quienes tenían a cargo su cuidado.

Asimismo, se vislumbra una progresiva apertura de las instituciones a reconocer la legitimidad de nuevas figuras, como es el caso del abogado del niño, que constituye en la actualidad otras de las puertas de acceso que tiene el niño y adolescente para petitionar a la justicia. Esto implica, sin dudas, reconocer nuevos actores en el plano del tradicional derecho procesal que servía de instrumento de realización del derecho de familia. El hecho de que el adolescente pueda actuar en carácter de parte procesal con patrocinio letrado, ha generado multiplicidad de discusiones, pero no puede negarse que existe consenso en dar operatividad a la figura.

En efecto, algunas provincias han emprendido en ese rumbo, sancionando leyes destinadas a regular la actuación del abogado del niño, creando registros de abogados especializados en la materia, y hasta han incorporado la figura del abogado del niño en el ministerio público, aun cuando esto pueda recibir algún cuestionamiento.

Tampoco debe pasarse por alto, que esto ha traído como consecuencia la reformulación y la necesidad de delimitar con mayor precisión las funciones de otras figuras tradicionales destinadas a proteger la infancia, como sucede con el asesor de menores y el tutor *ad litem*.

Si bien puede decirse que en la práctica se advierte una voluntad encaminada a dar efectividad a la tutela judicial que pregonan las normas, todavía se está muy lejos de alcanzar la especialidad y el tratamiento diferenciado del que deben ser destinatarios los niños y adolescentes.

2. El proceso de familia: nueva configuración.

En los últimos años el derecho de familia asistió a una profunda reformulación de sus contenidos como consecuencia de los trascendentes cambios que ha experimentado la familia en su concepción tradicional.

Este aggiornamiento de las instituciones del derecho de familia que se vuelca en la reforma del código civil y comercial el 1 de agosto de 2015, ha sido resultado de un genuino reconocimiento a la existencia de nuevas formas familiares y a la nueva dinámica que asumen las relaciones y vínculos que se establecen entre sus miembros.

En efecto, resulta inconcebible hoy, la existencia de un derecho de familia llamado a regular las relaciones que se derivan exclusivamente de la unión intersexual, del matrimonio y la procreación, y dinamizada por la figura patriarcal. No puede hablarse ya de un único modelo de organización familiar, el entramado de relaciones se ha complejizado, y la realidad muestra la determinación del hombre para apartarse de lo tradicionalmente establecido, y configurar el proyecto de vida que mejor le satisface.

De ahí que el actual Código Civil y Comercial, y otras leyes recientes en el ámbito nacional, hayan reconocido la unión entre personas del mismo sexo, la existencia de familias ensambladas, monoparentales, la fecundación por técnicas de reproducción humana asistida, parejas que deciden organizar la vida familiar sin contraer matrimonio, como así también un desenvolvimiento distinto de las relaciones entre los miembros del grupo familiar, pues desde una perspectiva de respeto a la dignidad personal y al principio de igualdad y no discriminación, se destierra la figura de patriarcado o autoridad, tanto en la relación hombre-mujer, como en la relación filial, llevando a desterrar instituciones como la patria potestad, y a establecer protecciones diferenciadas en razón del género y la edad.

Puede decirse que esta transformación social y jurídica que recoge en particular el CCyCN en sus normas, y en general otras leyes nacionales, cobra impulso a partir de la reforma constitucional del 94.

Es precisamente, el sistema internacional de derechos humanos, incorporado por el Art. 75 inc. 22, el que da fisonomía a un nuevo derecho de familia, y trae cambios significativos para el derecho procesal y su clásica concepción.

De ahí también, que con la actual constitucionalización del derecho privado, el contenido del derecho de familia extienda sus fronteras para integrar además de contenidos

sustantivos, principios y normas de índole procesal, como los recientemente incorporados por el legislador nacional al código civil y comercial, que lejos de avanzar sobre los poderes reservados de las provincias (dictado de códigos de procedimiento) establecen lineamientos mínimos dirigidos a abordar de una manera especial los conflictos familiares con el fin último de resguardar los derechos fundamentales de todos los integrantes del grupo familiar, y lograr la protección integral de la familia que consagra nuestra constitución en su Art. 14 bis.

Autores como Panigadi (2014), consideran que la regulación del “Proceso de Familia” en el nuevo código de fondo da cuenta de una tutela procesal diferenciada, y agrega que esta alude a “los procesos conformados mediante técnicas orgánico funcionales y procesales, que se apartan de las matrices clásicas, para la protección reforzada de los derechos de valoración comunitaria prevaleciente, recogidos en los textos fundamentales” (p.1032).

En efecto, la revalorización social y jurídica que hoy se asigna a la familia y la protección especial que se dispensa al niño y al adolescente exige el diseño de un proceso de familia autónomo y diferenciado de otros procesos que se imprimen al resto de cuestiones que son materia del derecho privado.

De lo que se trata en definitiva es de lograr la tutela judicial efectiva en los procesos de familia, a través de un sistema de normas y principios procesales que permitan al juez de familia y al poder administrador abordar los conflictos familiares de un modo diferenciado, adaptando el proceso a la especialidad y particularidad de las partes involucradas y de los conflictos que se ventilan en su desenvolvimiento.

De ahí que se promueva la creación de una justicia de familia especializada con tribunales abocados de manera exclusiva a destrabar el conflicto familiar; pues estos procesos se apartan de la matriz clásica del proceso adversarial, rígido, y bilateral, que resulta en una sentencia favorable sólo a alguna de las partes.

Por el contrario el esquema se quiebra frente a la participación que debe ser acordada al niño y adolescente en tanto sujeto de derechos, e integrante del grupo familiar. En efecto, se plantea un nuevo escenario procesal que pretende terminar con la vieja y repetida escena en los juzgados de familia del niño como objeto de disputa o motín de guerra de los padres, o simplemente como objeto de disposición del mundo adulto.

Cuando en el proceso aparecen intereses del niño y/o del adolescente la cuestión cambia. La relación jurídica originariamente pensada para dos, queda impactada notoriamente, pues a ellos se los debe oír (...) el proceso deja de ser bilateral, se triangulariza la relación jurídica

procesal y por vez primera, en la historia del proceso visto como lucha, aparece en el ring un tercero con intereses singulares que deben ser atendidos, tutelados y protegidos (Gozáñi, 2012, p. 1).

Asimismo, el tratamiento preferencial que el ordenamiento jurídico destina al niño, hace necesario que el proceso se adapte y adquiera matices propios para propender a la efectividad de los derechos conferidos. Es de advertir que si bien el carácter dispositivo del proceso no ha mutado, sus patrones se han flexibilizado para posibilitar una protección adecuada de los intereses que predominan en las relaciones familiares, y que son de orden público, indisponibles, irrenunciables, por lo que esas notas no se corresponden y exceden a la aplicación de un sistema procesal dispositivo puro.

En correspondencia con esto, el proceso de familia, presenta en la actualidad notas distintivas, apartándose del clásico derecho procesal exageradamente ritualista, y netamente escrito. Por el contrario en el proceso de familia actual se habla de oficiosidad, de un rol eminentemente activo por parte del juez, de intermediación, oralidad, interdisciplina, autocomposición de los conflictos y otros principios que coadyuvan a la celeridad y a la obtención de pronunciamientos eficaces y acordes con la realidad familiar que es traída al juicio.

2.1 Principios en el código civil y comercial

La inclusión al Código Civil y Comercial de una regulación destinada a los procesos de familia podría considerarse a primera vista un hecho de novedosa técnica legislativa, más que por la naturaleza de las normas incorporadas en el código de fondo, por su sistematización en un Título especial, el Título VIII del Libro Segundo, nominado “Procesos de Familia”.

Años atrás, hubiese resultado impensada una regulación de esa índole, podría haberse dicho que el legislador nacional avasalló los poderes reservados de las provincias invadiendo la potestad de dictar sus normas de procedimiento, o bien que dada la autonomía científica del derecho procesal, no es propio de un código de fondo sistematizar normas de raigambre procesal.

Sin embargo, con la reforma constitucional del 94, esas consideraciones pierden sentido. El derecho procesal adquiere hoy connotaciones diferentes de cara a la

constitucionalización de los derechos humanos y de las garantías judiciales. Se trata de una concepción distinta del derecho procesal ligada a una función más social y de carácter instrumental, al servicio de la persona o justiciable y no de las formas, que lo vincula más directamente a los derechos que viene a realizar.

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales, ni que haya perdido su condición de modelo técnico, se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos (Gozáini, 2003, p.4).

Sin dudas que es esa la clave que permite entender, que en miras a proteger y dar plena efectividad a los derechos fundamentales de la familia y de los niños y adolescentes, consagrados por las normas constitucionales y convencionales, el legislador haya encontrado legítimo no solo sistematizar normas mínimas de procedimiento que deberán respetar las provincias, sino y más importante aun conferir una tutela procesal diferenciada en la materia.

En efecto, las disposiciones del Título “Procesos de Familia”, deberán interpretarse y aplicarse de conformidad a lo establecido en los Art. 1 y 2 del CCyCN, esto es, con una visión integral y coherente de todo el ordenamiento jurídico, proyectándose asimismo como una directiva a la que deberá sujetarse el derecho provincial, sea al momento de regular los procedimientos de familia en cada jurisdicción, o bien, al disponer en el marco de un proceso de familia, una medida excepcional de protección de derechos o simplemente resolver conflictos familiares de menor envergadura.

Sin embargo, es de advertir que las nuevas disposiciones “se aplicarán sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes para casos específicos”²⁸, situaciones en las cuales la particularidad de los intereses en juego puede ameritar un tratamiento procesal diferente, como ocurre por ejemplo, con la ley de protección contra la violencia familiar, y la ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe en 2011 se concluía que:

²⁸ Art. 705 Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Los procesos de Familia por su naturaleza exigen principios diferenciados y propios. El conflicto de familia implica la intervención en el ámbito más privado de cualquier individuo, por lo que la bilateralidad del contradictorio tradicional toma características particulares. No debiera haber vencedores ni vencidos, sino la construcción de un nuevo orden familiar por medio de una justicia no dirimente sino de acompañamiento²⁹.

Esta justicia de acompañamiento y con una finalidad particular, es la que pretende concretarse a través de lo estatuido por el Título VII y de los principios procesales consagrados en el art. 705, que pueden sistematizarse de la siguiente forma:

- Tutela Judicial Efectiva, Acceso a la Justicia y Personas Vulnerables. El contenido de estos principios ya fue reseñado al tratar sobre la tutela judicial efectiva, sin embargo vale destacar su inclusión con categoría de principio en el Código Civil y Comercial, pues se advierte la inquietud del legislador por lograr su plena operatividad en la práctica judicial y administrativa provincial.
- Inmediación. La intermediación entendida como el contacto personal y directo entre el juez con las partes y los elementos probatorios, presenta en el proceso de familia cierta singularidad por la participación que corresponde acordarles a los niños y adolescentes en los asuntos que puedan afectarlos, aun cuando ellos no revistan la calidad de parte procesal.

Esta exigencia acusa mayor importancia en aquellos procesos en que las eventuales resoluciones y decisiones del juez o la autoridad administrativa puedan incidir significativamente en sus vidas, y en la del grupo familiar, como ocurre en los procesos de adopción.

Fuera de ello, el principio de intermediación se presenta hoy en los procesos de familia en general, ya no como una opción sino como una exigencia impuesta por una nueva configuración del proceso en el que se persigue la búsqueda de la verdad real,

²⁹ Conclusiones del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en junio de 2011, Santa Fe. *Eldial.com Biblioteca Jurídica Online*. Recuperado el 26/12/2017 de https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=10240&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=27/06/2011&indice=ninguno

instalando al juez en medio del conflicto, a fin de que sus decisiones resulten efectivas y coherentes con la realidad familiar sobre la que deben pronunciarse.

- Buena Fe y Lealtad Procesal. Este principio supone que durante el desarrollo del proceso las partes, el juez y quienes participen en él, deberán desplegar su conducta en el marco de la moralidad y ética.

Esto implica que si bien las partes disponen en principio de amplia libertad para llevar adelante el proceso de la forma que consideren más conveniente a sus intereses, esa prerrogativa no puede ejercerse a toda ultranza o en forma arbitraria, por el contrario, el principio de lealtad y buena fe procesal imponen que los poderes de actuación asignados a los sujetos procesales sean ejercidos teniendo en miras la finalidad última para la que han sido conferidos.

En efecto, el principio demanda no sólo deberes negativos de actuación, tendientes a evitar la obstrucción, dilación o entorpecimiento del proceso, sino también un actuar positivo que podría materializarse en actos de colaboración en el desarrollo de la litis, como puede ocurrir con la aportación de material probatorio por parte de la contraria cuando se esté en mejores condiciones para proporcionarlo.

Es de advertir que en muchas ocasiones el apartamiento del principio provoca daños o deviene en resoluciones injustas, cuyos efectos pueden ser de difícil reparación en el orden familiar, por lo que deviene necesario, por lo menos en el proceso de familia, que el juez desempeñe un rol activo en la adopción de medidas dirigidas a evitar tales proceder.

- Oficiosidad. Que el proceso de familia deba regirse por el principio de oficiosidad no implica la adopción pura de un sistema inquisitivo, sino simplemente una flexibilización de los principios que rigen el dispositivo.

En ese sentido, no resulta compatible con la naturaleza de la institución regulada, y de los derechos que se protegen, un proceso de familia netamente dispositivo, como sí lo ha sido tradicionalmente el proceso civil. El meollo de la cuestión se encuentra en el carácter de los derechos comprendidos, pues los mismos son de orden público, y su resguardo fundamenta una mayor limitación a las facultades de disposición que tienen las partes en el proceso y sobre la materia objeto de litigio, como también un mayor

acrecentamiento de las facultades del juez o funcionario para intervenir activamente en el conflicto familiar.

De ahí que la figura del juez será trascendental en las cuestiones traídas a estos procesos, su rol será de permanente actividad de acuerdo a la interpretación que surge del art. 709, que pone a su cargo el impulso procesal y la facultad de ordenar prueba de oficio.

Esto debe interpretarse de la siguiente forma: las partes tienen a su cargo el impulso procesal y son las que fijan el *thema decidendum*, sin embargo, tratándose de una cuestión de orden público y por estar en juego los derechos de personas desventajadas (niños, mujeres), interesa al Estado que el proceso llegue a su fin, por lo que pone a cargo de la autoridad jurisdiccional o administrativa el deber de instar el trámite hasta su finalización, incluso aportando material probatorio. No obstante, esa intervención será improcedente cuando se discutan cuestiones de naturaleza patrimonial y las partes sean personas capaces.

Es importante destacar que las notas de la oficiosidad se tornan más rígidas cuando existen niños y adolescentes en el núcleo familiar, legitimando al juez o funcionario interviniente a considerar en el trámite los intereses y posibles afectaciones a sus derechos, lo que puede motivar su injerencia en la delimitación fáctica de las cuestiones a decidir, o pronunciamientos que excedan el principio de congruencia, lo que resulta por demás acertado teniendo en cuenta que de lo que se trata es de alcanzar el interés superior del niño.

Por último, no está demás advertir que la oficiosidad deberá ejercerse con responsabilidad, procurando la no afectación de otros derechos que suelen estar comprometidos, como el derecho de defensa en juicio.

- Oralidad. La norma del Art. 706 establece que en el proceso de familia deberá respetarse el principio de la oralidad, lo que supone instrumentar un proceso por audiencias.

El cumplimiento de actos procesales a través del uso de la palabra es de gran relevancia en este tipo de procesos por lo menos en dos aspectos: propicia un acercamiento genuino entre las partes involucradas en el conflicto (inmediación), y

contribuye a otorgar celeridad al trámite (concentración procesal), con lo satisfactorio que suele resultar el acortamiento de los plazos de una litis para la familia en crisis.

La vigencia del principio de oralidad, no impide que los actos de postulación sean vertidos por escrito, pero siempre teniéndose presente que las resoluciones del tribunal solamente podrán tener en cuenta el material procesal enunciado oralmente en la audiencia.

Sin embargo, en la práctica resulta difícil la realización plena del principio, por lo que la directiva prevista se dirige a asegurar un mínimo de oralidad, desvirtuando el procedimiento que ha caracterizado al proceso civil, exageradamente escrito, formalista, y sesgado por la distancia existente entre lo vertido en los expedientes y la realidad.

- Acceso Limitado al Expediente. Las relaciones de familia se circunscriben dentro de la esfera de intimidad de cada persona. La protección dispensada al derecho a la intimidad, es ampliamente regulada en el ordenamiento jurídico argentino, y en los procesos de familia se resguarda especialmente a través del principio de reserva que debe primar en los procedimientos.

En efecto, la posibilidad de conocimiento sobre la materia objeto de litigio es limitada, y tal como surge del Art. 708 del CCyCN, el acceso al expediente que versa sobre cuestiones de familia, solo es permitido a las partes, sus representantes, abogados, y a los auxiliares que participan en el proceso, con exclusión de todo aquel que no se encuentre contemplado en la disposición.

Esto implica que todo tercero extraño a la litis no podrá tener acceso a los actos procesales, a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de los procesos en donde la regla es la publicidad de las actuaciones, permitiendo a la sociedad ejercer un control sobre el desenvolvimiento de la justicia.

El principio de reserva proyecta también sus efectos respecto de las audiencias al disponer el Art. 125 del CPCCN que “se realizaran a puertas cerradas, cuando la publicidad, afecte la moral, el orden público, la seguridad o el derecho a la intimidad”. Se trata de un principio que se impone con fuerza por la calidad del derecho comprometido, por lo que se traduce en una exigencia para todos los sujetos involucrados en el proceso de familia, y especialmente para el juez y auxiliares que

deberán poner particular atención en resguardar el derecho en cada una de las cuestiones que se ventilan, tal es el caso de las actuaciones que se ofrecen como prueba a otro juzgado, cuya remisión sólo es posible si se garantiza su reserva; o bien la inicialización que corresponde hacer en la sentencia de los nombres de las partes intervinientes.

- Resolución Pacífica de los Conflictos. El quehacer jurídico deja ver que en la gran mayoría de casos las sentencias no son efectivas en la pacificación de las disputas familiares. Ello no debiera sorprender, si se tiene en cuenta la complejidad de los vínculos y la variedad de intereses (espirituales, afectivos, económicos) que se constituyen en la vida de relación de sus miembros.

El esquema procesal que se ha planteado hasta el presente para abordar los conflictos familiares, basado en un abordaje apegado a las formas y en la aplicación mecánica de las normas, ha contribuido a la elaboración de pronunciamientos vacíos, injustos, y hasta perjudiciales para los integrantes del grupo familiar, por lo que se ha tornado imperioso arbitrar medios alternativos para la solución de los conflictos.

La conciliación se plantea en ese escenario como un instrumento idóneo para afrontar la crisis. A través de la misma se persigue poner fin a la contienda a través de soluciones elaboradas por los mismos involucrados (autocomposición), pues son estos los que están en mejores condiciones de proporcionar respuestas reales a las demandas que se plantean, sea porque conocen el conflicto y sus dimensiones, o porque saben la medida y el modo en que pueden contribuir al acuerdo.

Sin embargo el rol del juez en esta instancia sigue siendo de gran importancia, pues se ha dicho que su esfuerzo radica en acercar a las partes, promover el diálogo, informar sobre los derechos y obligaciones de todos los integrantes del grupo familiar, incluidos los niños y adolescentes, e incluso podrá sugerir alternativas para poner fin al conflicto y arribar a un acuerdo.

- Especialización y Apoyo Multidisciplinario. La complejidad y dinámica que exhiben los conflictos familiares en la actualidad exige un sistema de instituciones capaz de brindar un servicio especializado a las demandas que plantea el grupo familiar.

Sería acertado considerar que este principio no sólo alcanza a la organización judicial, sino que también juega respecto a los organismos administrativos de protección de derechos.

En la órbita judicial, implica no sólo la creación de tribunales con competencia exclusiva y excluyente en los conflictos derivados de las relaciones de familia, sino también un equipo de profesionales y personal formados en la problemática que los convoca, y que se extiende no sólo a los magistrados, sino también al personal auxiliar que interviene en el proceso, y a los mismos administrativos encargados de contribuir al funcionamiento diario de las oficinas judiciales.

Asimismo, resulta tangible en las disputas familiares lo insuficiente que resulta la ciencia jurídica para abordar los intereses que se controvierten, siendo necesario el permanente auxilio en las distintas instancias del proceso de un equipo interdisciplinario, capaz de asistir al juez o funcionario desde el aporte de ciencias auxiliares como la psicología, el trabajo social, la psicopedagogía, y otras.

- Interés Superior del Niño. Este principio de raigambre constitucional se convierte en una máxima para el juez y el órgano de protección, por cuanto exige considerar la máxima, simultánea y plena satisfacción de los derechos del niño al momento de resolver cuestiones que puedan afectarlo.

2.2 El procedimiento administrativo

Como ya se ha dicho en alguno de los apartados de este trabajo final, el sistema internacional de derechos humanos ha sido el verdadero impulsor de un cambio radical en la concepción del niño y adolescente, partiendo del reconocimiento de su dignidad personal para constituirlo en un sujeto pleno de derechos.

Esa valorización jurídica del niño ha operado como hilo conductor para propender a una reorganización de las relaciones en la tríada niño – familia – Estado. En principio, ello se ha concretado en el reconocimiento recíproco de derechos pero también de deberes por parte de los sujetos que tienen una mayor responsabilidad en contribuir a su efectividad, hasta el punto de llegar a garantizar una verdadera inserción del niño y sus intereses en las estructuras

y procedimientos de decisión del Estado (Cillero Bruñol, 2007), y en la dinámica propia que imprimen los vínculos familiares.

Pese a lo claro que pueda resultar el esquema propuesto, lo cierto es que en la práctica los derechos de niños y adolescentes continúan siendo objeto de graves violaciones, y lo que debiera sorprender, es que eventualmente esas transgresiones provienen de aquellos de quienes se espera sean los primeros en garantizarlos (El Estado y la Familia).

En ese sentido, resulta oportuno traer a consideración la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana, cuando estableció:

La familia debe proporcionar la mejor protección del niño contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar³⁰

Es notable que es éste entender, el que inspira a la ley nacional 26.061, pues se pone en cabeza del Estado la responsabilidad de diseñar políticas de Estado dirigidas a hacer efectivos los derechos de niños y adolescentes, como así también la protección integral de la familia, como lugar de pertenencia en el que aquellos se desarrollan. Por otro lado, y en esa misma dirección diseña un Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Infancia basado en el principio de corresponsabilidad.

Sin embargo, lo notable del nuevo diseño institucional promovido en cumplimiento del principio de efectividad que emerge del Art. 4 de la Convención sobre Derechos del Niño, tiene que ver con el nuevo rol del poder administrador y del poder judicial, y los procedimientos que se imprimen ante la amenaza o violación a los derechos de los niños y adolescentes, sea ésta proveniente del ámbito familiar, de las estructuras estatales, o bien de instituciones públicas o privadas.

Al respecto, interesa poner el foco en los organismos administrativos de protección que conforman el complejo Sistema de Protección de Derechos descrito por el Art. 32 de la ley 26.061.

³⁰ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño* (Arts. 8 y 25 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Serie A N°17, párr.66.

De acuerdo a lo que surge de la ley debe entenderse por tal al órgano de la esfera administrativa dotado de competencia específica en cada jurisdicción provincial para adoptar medidas de protección ante situaciones concretas de amenaza y/o violación a derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes, siendo la finalidad de dicha intervención, la de preservar, restituir y reparar los eventuales perjuicios que se deriven de la amenaza o violación.

Fuera de esa competencia específica, no puede soslayarse, que corresponde también al organismo administrativo implementar políticas sociales encaminadas a la promoción de derechos y a la prevención de actos lesivos de los mismos. Sin embargo, no interesa ahora explayarse en este punto.

Lo que sí debe quedar claro es que el procedimiento para la adopción de medidas de protección por parte del órgano administrativo ha sido regulado por la ley 26.061, estableciendo los lineamientos mínimos que deberá respetar cada una de las jurisdicciones provinciales en los procedimientos administrativos a través de los cuales aquellas medidas se hagan efectivas.

De ahí que las normas y principios del procedimiento administrativo local, no pueden escindirse de la ley de protección integral, y viceversa para lograr una resolución ajustada a derecho. En efecto, el presupuesto que legitima la apertura del procedimiento administrativo, surge del Art. 33 de la ley de protección, que condiciona la intervención a la “amenaza o violación de derechos o garantías del niño o adolescente”.

Es decir, fuera de tales hechos, toda injerencia del Estado en la vida del niño y su núcleo familiar debe entenderse ilegítima y violatoria de sus derechos. Asimismo, aun cuando dicha intervención resulte admisible, se dispone que ninguna de las medidas podrá comportar la privación de la libertad y la separación de la familia por cuestiones económicas. Sin dudas, que lo que se pretende es desterrar las viejas prácticas del sistema tutelar.

Por otro lado, y lejos de las particularidades que puedan presentar los procesos de protección de cada jurisdicción en lo referente a plazos, notificaciones, modalidades de las entrevistas y otras cuestiones, se considera que son las siguientes etapas y actos los que deben cumplirse en un procedimiento administrativo de protección de derechos:

- Comunicación o Denuncia de la Amenaza o Vulneración de un derecho o garantía. Es importante destacar que la denuncia puede provenir del mismo niño o adolescente afectado. Legitimarlo a efectuar la denuncia, implica efectivizar el acceso a la justicia.
- Inicio del Procedimiento. El procedimiento administrativo podrá iniciarse con motivo de la denuncia o comunicación efectuada, o bien puede proceder de oficio, por el solo conocimiento que tome la autoridad de aplicación de la situación de amenaza o violación. La apertura del procedimiento deberá respetar los requisitos de forma que guían para arribar al dictado de un acto administrativo, por ej. la apertura del expediente en el que consten los detalles de los hechos y derechos que fundamentan la intervención. Se trata a través del procedimiento constatar la situación de amenaza o violación, y en su caso, adoptar las medidas que resulten adecuadas a la situación concreta planteada.
- Notificación. El organismo administrativo procederá a notificar la apertura del procedimiento a cada uno de los interesados: padres, tutores, guardadores o personas encargadas de su cuidado, y cualquiera otra persona a la que corresponda informar por ser a quien se atribuye el acto violatorio, dentro de los interesados debe por supuesto notificarse al niño, y se aconseja que teniendo en cuenta la edad y grado de madurez se proceda a notificar verbalmente la resolución en una audiencia a la que tiene derecho a asistir con un abogado, se entiende que ello se debe comunicar previamente.
- Instrucción del Procedimiento. Esta etapa se refiere a toda la actividad necesaria para conocer, comprobar y determinar los datos sobre los que ha de pronunciarse, esto es común a todo procedimiento administrativo. En efecto todos los involucrados, e incluso el niño que puede actuar con patrocinio letrado, podrán aportar todas las pruebas que hagan a su derecho e incluso producir alegaciones. Asimismo la evaluación y comprobación de la situación, tornan necesario acudir a informes elaborados por otros profesionales, y adoptar objetivos y estrategias que permitan lograr un abordaje integral de la situación traída a decisión del organismo de protección. Por último, corresponde al órgano valorar la prueba vertida en el proceso.

- Audiencia de Parte. Previo a resolver, deberá darse la oportunidad a los involucrados, incluyéndose siempre al niño, de alegar sobre todo lo que consideren que haga a su derecho.
- Intervención de la Asesoría Jurídica. Esta intervención es a los efectos de la elaboración del dictamen jurídico previo a dictar el acto administrativo.
- Resolución y Recursos. La resolución deberá como en todos los casos respetar los requisitos sustanciales y formales exigidos, y se expedirá sobre la inexistencia de la situación de amenaza o violación, o bien sobre su existencia, determinando en dicho caso la adopción de la medida de protección que corresponda según el caso. El acto administrativo que resulte producirá efectos a partir de la notificación, y Siempre queda a salvo el derecho de los involucrados para interponer los recursos que correspondan, sin que ellos interrumpan la ejecutoriedad del acto, pues este se presume legítimo.
- Ejecución de las Medidas de Protección (Burgués, 2014).

Las etapas se han expuesto en forma ilustrativa, por lo que el diseño propuesto debe contemplar en su instrumentación además del respeto a la tutela judicial efectiva consagrada constitucionalmente, las directrices que deben dominar los procedimientos de familia vertidos en el nuevo código civil y comercial, y las garantías específicas de niños y adolescentes previstas por la ley 26.061 en su Art. 27.

Hacemos referencia al principio de oficiosidad que debe efectivizarse en el proceso, el del interés superior del niño, el de autocomposición, lo imperativo que resulta dar oportunidad al niño en cualquier etapa de expresar su opinión y ser oído, el de asistir con asistencia letrada, el de garantizar su efectiva participación en el proceso, entre otros.

Ahora, si bien el procedimiento administrativo es el mismo, sea que se adopte una medida de protección integral o una excepcional, se advierte en este último caso, que además de diferir los presupuestos que la hacen admisible, el control de legalidad se torna riguroso e imperativo, al punto de incluirse la revisión como una instancia necesaria e ineludible en el

proceso, lo que también implica apartarse del principio de ejecutoriedad inmediata del acto administrativo como regla.

En efecto el Art. 40 dispone que adoptada la medida la autoridad de aplicación deberá notificar dentro del plazo de 24 horas a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción; y que ésta deberá resolver sobre la legalidad de la medida dentro de un plazo de 72 horas, previa audiencia de los representantes legales, resuelta la legalidad, la autoridad judicial derivará el caso a la autoridad local para ésta de ejecución a la medida.

No está demás agregar que pese a lo claro que pueda resultar el texto de la ley, la sustanciación de este tipo de procesos es complejo, pues garantizar la tutela judicial efectiva y un debido proceso en materia de infancia, exige realizar una hermenéutica profunda del ordenamiento jurídico, de donde surge que la intervención estatal en la vida del niño y de las familias no se legitima por el mero cumplimiento de un conjunto de normas procedimentales, o por la aplicación de leyes especiales en desmedro de las formas procesales, por el contrario esta tutela diferenciada exige que la protección sea integral, que se tienda a la máxima satisfacción de los derechos, y por tanto ese será también el norte que deberá guiar al operador jurídico en la interpretación y aplicación del derecho, no buscando soluciones en compartimientos estancos del ordenamiento jurídico, sino integrando cada una de sus normas para lograr una mayor efectividad jurídica.

3. Los niños y adolescentes y sus garantías mínimas en los procedimientos

Como se expuso anteriormente, la plena vigencia de la tutela judicial efectiva refiere entre otras cuestiones a que se garantice el debido proceso legal al que alude el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que implica dotar de plena efectividad a cada una de las garantías que se reconocen al justiciable en el marco de un proceso en el que se discutan sus derechos.

La Corte y la Comisión Interamericana han sostenido reiteradamente que ese debido proceso debe garantizarse incluso cuando sean los niños y adolescentes los que participen y sus derechos puedan resultar afectados, sea en un procedimiento administrativo o judicial, aunque con una aclaración:

Es evidente que las condiciones en que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto (...). Y aunque los derechos procesales y sus correlativas garantías son

aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías³¹.

De ahí que se haya entendido que las garantías que consagra el Art. 8 y 25 de la Convención deben aplicarse teniendo presente que el niño y adolescente requiere medidas de protección especiales, por lo que es dable agregar que esta directiva debe regir también respecto de las garantías que consagra el Art. 18 de la Constitución Nacional, y de todas aquellas reconocidas en los más altos instrumentos internacionales a los que ha adherido el Estado Argentino.

Se puede advertir que han sido estas consideraciones las que inspiraron al legislador de la ley 26.061 en la redacción del Art. 27, por cuanto ha consagrado en una ley especial garantías especiales y mínimas, destinadas a resguardar de manera diferenciada un debido proceso en materia de infancia.

En efecto, por el texto de la norma se reconoce a todo niño y/o adolescente cuyos intereses puedan resultar afectados en todo procedimiento judicial o administrativo, los siguientes derechos y garantías: el derecho a ser oído cada vez que lo solicite (Inc. a), a que su opinión será tenida en cuenta al momento de tomar una decisión que pueda afectarlo (Inc. b), a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia (Inc. c), a participar activamente en todo el procedimiento (Inc. d), y a recurrir cualquier decisión que lo afecte (Inc. e).

Se distingue por un lado el aspecto material del derecho de defensa, y por el otro, el aspecto técnico. Sin embargo, es de considerar que lo trascendente y que subyace en la norma tiene que ver con las distintas modalidades de participación que se garantizan al niño y adolescente en el proceso, y que se corresponde con la irrupción de sus intereses en tanto sujeto activo de derechos.

En principio, es acertado reconocer dos formas de participación procesal: la primera, prevista en el inc. a) y b) del Art. 27, consistente en una actuación directa del niño a través del ejercicio de su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, aun cuando en

³¹ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño* (Arts. 8 y 25 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17, párr.96.

el proceso intervenga a través de sus representantes legales. La segunda, que surge de la lectura de los inc. c), d), y e), referente a la participación autónoma del niño y adolescente, y que se condice con el carácter de parte procesal, con los alcances que esa intervención supone. Esta última forma, por su mayor complejidad, será objeto de estudio en el próximo capítulo, por lo que en esta ocasión, la atención se centrará en analizar la garantía de la escucha, que sin perjuicio de lo expuesto, no puede nunca confundirse con la de la participación activa.

El derecho del niño a ser oído se ha consagrado expresamente en el ordenamiento jurídico argentino, en normas de diversa jerarquía. Si bien su primera expresión se encuentra en el art. 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, el legislador nacional lo ha acogido en numerosas normas: la ley 26.061 refiere a él en su Art 24, Art. 3 inc. b), Art. 27 inc. a), Art, 41 inc. a); por su parte, también el nuevo código civil y comercial lo ha consagrado abiertamente en el Art. 26, y en el Art. 706, con motivo de la regulación de los procesos de familia.

Se advierte la relevancia que se otorga al derecho principalmente en el curso de los procesos judiciales y administrativos, al punto de llegarse a sostener que la garantía del derecho a ser oído como defensa material:

Se traduce en las facultades del niño a intervenir en todos los asuntos que le afecten (...) Exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista en la decisión. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de la propia vida) (Couso, 2006, p. 154).

De ahí que el ejercicio del derecho no pueda ser condicionado en función de la edad o al grado de madurez y desarrollo, si bien estos términos se reiteran en las disposiciones legales, los mismos solo juegan a los efectos de ponderar la opinión del niño, pero de ningún modo se erigen en un presupuesto para admitir o hacer inadmisibles la escucha.

Por lo que se impone que el niño debe ser escuchado cualquiera sea su edad y cada vez que así lo solicite. La negativa por parte de la autoridad competente, sea del organismo administrativo, o del juez, acarrea la nulidad del procedimiento (Kielmanovich, 2005). Consecuentemente, en estos casos, se erige en un deber para la autoridad el dar la oportunidad al niño de expresar su opinión, así como la de proveer las condiciones e

instrumentar la modalidad más adecuada para que aquél pueda vertir en forma eficaz sus genuinos pensamientos e intereses.

En algunas jurisdicciones, bajo la interpretación de la letra de la Convención, se invocó reiteradamente el cumplimiento de la norma, instrumentando la escucha a través de sus representantes legales o incluso del asesor de menores, lo que debe considerarse a todas luces reprochable.

En ese sentido, es acertada la doctrina que entiende que en ningún caso la garantía se satisface cuando el niño es escuchado a través de un representante, asesor, u otros intermediarios. Si bien esa instrumentación de la escucha es admisible, debe sugerirse una interpretación restrictiva a su aplicación, pues claramente puede advertirse que ese proceder no se corresponde con el sentido de garantía a que refiere el Art. 27, y tampoco el sentido de las normas que bregan a favor de una verdadera intermediación cuando los derechos de los menores de 18 años puedan resultar afectados.

Asimismo, pueden criticarse algunas consideraciones doctrinarias, que al momento de analizar si es obligatorio para el juez citar al niño al proceso, incurren en diferenciar sobre el contenido de la litis, resultando innecesarias tales distinciones, siendo bastante con aludir a que el juez debe comprobar cualquiera sea el caso si pueden verse amenazados o afectados los derechos de los niños para acordar su escucha.

De lo expuesto surge que deberá resguardarse la esfera de participación que se hace efectiva a través del derecho a ser oído y a que la opinión del niño sea tenida en cuenta “en todos los casos”, y máxime en aquellas situaciones en las que el niño por no contar con madurez suficiente, deba participar en el proceso a través de sus representantes legales, del asesor de menores, o cuando quien lo represente sea el tutor *ad litem*.

Si bien las restantes garantías serán analizadas con mayor detenimiento en los capítulos siguientes, resta agregar que el hecho de haber acordado el carácter de garantía a la participación del niño en el proceso asistido por un abogado especializado constituye un fenómeno institucional sin precedentes y que ha traído como consecuencia la necesidad de reformular conceptos clásicos de la teoría del derecho procesal para garantizar la tutela judicial efectiva a los niños y adolescentes, y por ende la simultánea y máxima satisfacción de sus derechos y garantías.

Conclusiones parciales

Como surge del análisis del presente capítulo el escenario procesal propuesto para las cuestiones de familia y en particular en aquellas situaciones de amenaza o vulneración de derechos del niño es complejo, no sólo por la particularidad de los sujetos y de los intereses que se pretenden tutelar, sino porque la tutela judicial efectiva en materia de infancia constituye un gran desafío para los operadores jurídicos, pues se les presenta un nuevo esquema procesal plasmado en una gran cantidad de principios y normas de diferente jerarquía que deberá saber interpretar y aplicar para que sea posible arribar a un debido proceso en materia de infancia.

En lo que a esto último respecta, se advierte por lo expuesto, que el proceso judicial y administrativo que involucra al niño aparece regido por un entramado de normas y principios que en la estructura federal de gobierno de la Argentina deben guardar cohesión, incluso a la hora de ser aplicadas: en efecto, el juez o el poder administrador que deba resolver sobre cuestiones que afecten al niño, deberá aplicar las normas de procedimiento de las respectivas jurisdicciones con sujeción a la legislación que regula de manera especial los derechos del niño y adolescente, sin descuidar de sustanciar el proceso observando los derechos y garantías que se reconocen al niño por las normas constitucionales – convencionales.

Por otro lado, en lo que refiere al contenido de ese nuevo esquema procesal, los derechos humanos, no sólo han obligado a reformular las vigas sobre las que se estructuraba el debido proceso, sino que además la Convención sobre Derechos del Niño, ha interpelado a diseñar una tutela procesal diferenciada para las cuestiones de familia, la que se ha visto motivada especialmente por la necesidad de garantizar una verdadera inserción del niño y sus intereses en las procedimientos de decisión del Estado y la familia.

En virtud de ello, el proceso de familia se ha apartado de las matrices clásicas que lo regían (proceso civil), los principios procesales plasmados por el actual código y recogidos de las normas fundamentales constituyen una interpelación para las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para instaurar una justicia de familia especializada y conteste con el sistema de protección integral.

Se advierte su importancia en tanto constituyen pautas o guías inspiradas en los valores fundamentales de las normas constitucionales, que servirán al aplicador del derecho, no sólo en la labor procesal, sino también en la construcción de sentencias que se

correspondan con la realidad del niño y que satisfagan mejor su superior interés, se ha visto como el interés superior del niño, el acceso a la justicia, la intermediación, y otros de los expuestos contribuyen en definitiva a efectivizar la justicia de acompañamiento a que se hizo referencia.

Es así que el juez o el organismo de protección, no podrá prescindir en los conflictos de familia en que se encuentren involucrados menores de 18 años, de la participación del niño y adolescente. Por el contrario, principios como el de oficiosidad contribuyen a legitimar un mayor activismo judicial en miras de posibilitar en los procedimientos un efectivo acceso del niño y sus intereses en las decisiones de la familia, pero también del Estado que puedan afectarlos.

Asimismo, se deberá tener presente que no será admisible la intervención del Estado en la vida del niño y de su ámbito familiar, como tampoco conforme a derecho las decisiones que se pronuncien sobre sus intereses, si esa intromisión no encuentra sustento en un proceso cumplido con estricta observancia de los derechos y garantías mínimas que le reconoce al niño y adolescente el ordenamiento jurídico argentino en todo proceso judicial como administrativo que pueda afectarlo.

Y en lo que a esto último respecta, la condición del niño de sujeto en desarrollo, obliga al Estado, a adoptar medidas especiales a efectos de que puedan gozar de los derechos y garantías procesales que por las normas convencionales le son conferidos. Bajo esa comprensión puede entenderse como la ley 26.061 en el Art. 27 consagra de manera diferenciada, las garantías mínimas de los procesos que involucran a niños y adolescentes, donde no pasa inadvertida la inclusión del abogado del niño como aspecto técnico del derecho de defensa en juicio que se reconoce por igual a todo justiciable.

De todo lo expuesto se colige, que sólo podrá hablarse de tutela judicial efectiva cuando el Estado haya sido capaz de remover los obstáculos de desigualdad y adaptar el proceso a las condiciones especiales que presenta el niño y adolescente a fin de permitirle ejercer sus derechos y garantías desde la entrada y hasta el final del proceso, en condiciones más iguales respecto del mundo adulto, lo que en algunas ocasiones puede implicar admitir su participación con abogado del niño.

Capítulo IV: El abogado del niño

Introducción

El abogado del niño, como ya se expusiera resulta ser una figura novedosa para la sociedad argentina, poco sabe el ciudadano común del derecho que tiene el niño y adolescente a contar con un abogado que lo asista, como así también que la defensa técnica constituye una de sus mayores garantías.

En lo que al operador jurídico concierne, tampoco es de sorprender que en algunos casos, y más aun para aquel que no se dedica al derecho de familia, exista cierto desconocimiento sobre la naturaleza de la figura, habiendo generado en los últimos años no pocas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales la forma en que debe ser efectivizada.

De ahí que el presente capítulo tiene por objeto brindar un análisis en particular sobre la figura del abogado del niño, partiendo de considerar su aspecto como garantía del debido proceso, la forma en que materializa el acceso a la justicia, su conceptualización, su rol y distinción con otras figuras del sistema de protección integral, como es el asesor y el tutor *ad litem*.

1. El abogado del niño como garantía del debido proceso

El abogado del niño es el resultado de la adopción de un nuevo paradigma en materia de infancia, surge frente a una nueva concepción del niño, entendido como “sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar” (Ochaíta, E y Espinoza, M., 2001, p. 57). El punto de partida lo constituye el reconocimiento a su dignidad, que le es inherente a toda persona humana y que le confiere aptitud para ser titular de derechos iguales de los que goza el resto de la familia humana³².

Se configura como un letrado cuya existencia encuentra su razón de ser en el amparo de una categoría especial de sujetos de derechos, cuales son los niños y adolescentes, procurando garantizar mediante su asistencia técnica no sólo el debido resguardo de los intereses que ellos mismos definen como dignos protección, sino también la tutela efectiva de sus derechos frente a la sociedad toda, pero principalmente ante los órganos estatales. El

³² Preámbulo Convención sobre Derechos del Niño. Ley 23.849 del 27 de Septiembre de 1990. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

abogado del niño viene así a materializar la posibilidad efectiva de acceso a la justicia en las condiciones que garantizan las normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional³³.

En el ordenamiento jurídico argentino la figura aparece regulada por primera vez en forma expresa en la ley nacional 26.061 en su Art. 27 como una de las garantías mínimas de procedimiento que el Estado debe asegurar a los niños y adolescentes en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte.

En efecto el Art. 27 inc. c) consagra el derecho del niño o adolescente a designar un abogado de confianza especializado en la materia desde el inicio del procedimiento que lo incluya, debiendo el Estado designarlo de oficio cuando el niño carezca de recursos económicos. Se trata del derecho de defensa técnica, como garantía que obliga al Estado a hacerla efectiva (Rodríguez, 2013).

Esta garantía que importa entre cosas hacer efectivo el acceso a la justicia de niños y adolescentes, tiene fundamento constitucional por cuanto se ha consagrado no sólo en los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, tales como la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también en la doctrina y jurisprudencia emergente del sistema interamericano de derechos que la confirman y definen como derecho fundamental.

Si bien no resulta extraño referir a la defensa técnica del niño o adolescente cuando se está frente a sucesos que conciernen al fuero penal, no ha ocurrido lo mismo cuando se ha tratado de considerar la garantía en cuestiones de índole civil o en casos que corresponden a la competencia administrativa. El Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos al referir a las garantías judiciales es terminante al respecto, y no efectúa distinciones al disponer:

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 formal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...

³³ Art. 18, 75 inc. 22, 23 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994.

La garantía se torna incluso trascendente en aquellos procesos administrativos donde se disponen medidas de protección que inciden de forma significativa sobre la vida del niño, y esto porque eventualmente se presentan circunstancias que habilitan al organismo de protección a disponer la separación definitiva del niño del entorno familiar, por lo que en estos casos se torna apremiante el estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso.

En ese contexto, el abogado del niño no sólo permite que la voz del niño y sus intereses se escuchen en el proceso en la forma en que se prevé en el Art 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, sino que su intervención es más relevante por cuanto se convierte en una vía procesal útil por medio de la cual se hace efectivo el acceso a la justicia y la participación directa de los niños y adolescentes en carácter de parte procesal.

Algunos autores (Rodríguez, 2012; Solari, 2013), ajustados al texto del art. 27 de la ley 26.061 consideraron que el derecho a la defensa técnica como garantía del debido proceso, obliga al Estado a hacerla efectiva, designando en todo proceso que incluya al niño y adolescente un abogado cualquiera sea la edad del niño, y sin necesidad de que existan intereses contrapuestos con sus representantes legales.

Al respecto cabe referir que si bien es acertado de que se está frente a una garantía constitucional que obliga a todos los organismos estatales a conferirle efectividad, por el contrario la consideración de tales autores puede resultar reprochable en algunos aspectos. Primero porque el hecho de que la Convención constituya un piso mínimo en el reconocimiento de derechos que la ley 26.061 viene a ampliar, por ejemplo, no estableciendo a este respecto límites etarios para conferir la participación activa del niño con la actuación del abogado, no implica que los derechos y garantías consagrados deban ser interpretados aisladamente, por el contrario, es la misma norma convencional la que proporciona las directrices que dan andamiaje al sistema de protección, por lo que en este punto en ningún caso podrá dejarse de considerar el principio de autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos.

Resulta claro que el Estado deberá establecer las condiciones para que los niños sean representados independientemente por alguien que actúe en su propio interés, y para que se

los escuche en todos los casos en que sean capaces de expresar sus opiniones y preferencias³⁴, pero deberá tenerse presente que:

El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso³⁵.

Se plantea entonces el interrogante de: si a un niño de corta edad o pocos meses de vida bajo el argumento de garantizar el acceso a la justicia, se le debe designar en todos los casos cualquiera sea su edad o grado de madurez un letrado especializado como aspecto técnico de su derecho de defensa.

Al respecto, y de acuerdo al criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos, como el expuesto en el párrafo citado, se refiere en forma reiterada a evaluar los casos en concreto teniendo en cuenta siempre el nivel de autonomía alcanzado por el niño en función de su progresivo desarrollo y sin perder de vista el interés superior.

Esta consideración que es la aceptada mayoritariamente por la doctrina, en nada vulnera el acceso a la jurisdicción, por cuanto surge evidente que la misma ley de protección integral, específicamente en el art. 27, garantiza no sólo diversos grados de participación del niño, sino más importante aún, diversas formas de posibilitar su acceso a la jurisdicción de acuerdo a su madurez y desarrollo, cuidando de esta forma de no dejarlo en el estado de desprotección que podría implicar acordarle una ilusoria participación en carácter de parte procesal y con un letrado patrocinante a un niño de corta edad.

Por otro lado, se advierte que tampoco resulta coherente la doctrina, si se tiene en cuenta la naturaleza del instituto en cuestión, pues el abogado del niño, como se verá seguidamente, en ningún caso sustituye la voluntad del niño o adolescente, su actuación es

³⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación Gral. N° 7 (2005), “Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia”, p. 104, párr. 13 inc. a). *Página web de Unicef.org*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

³⁵ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño* (Arts. 8 y 25 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Serie A N°17, párr.102.

directa, autónoma, por lo que sólo patrocina y defiende los derechos e intereses que el mismo niño o adolescente define, de ahí que su actuación sólo se justificaría si el niño se encuentra en condiciones de determinar cuáles son sus intereses, lo que resultaría dudoso en un niño de un año o cinco, por dar algunos ejemplos.

Sin embargo, lo que interesa es que quede claro que cualquiera sea la forma en que se disponga la operatividad de la figura, el abogado del niño constituye una verdadera garantía del debido proceso de la infancia que efectiviza el acceso a la jurisdicción en todos los procesos judiciales y administrativos donde se discutan cuestiones que puedan afectarlos.

Por esta razón toda actuación estatal que deniegue la intervención del abogado cuando el niño está en condiciones de solicitarlo, so pena de incurrir en arbitrariedad e inconstitucionalidad manifiesta.

Asimismo se debe advertir que se garantiza el acceso a la justicia a través de la asistencia letrada no sólo en aquellos casos en que el niño o adolescente actúe en carácter de parte procesal, pues la ley no establece restricciones para circunscribir la entrada al proceso del abogado solo en estos casos, por el contrario, de acuerdo a lo que se lee en el art. 27 corresponde efectivizar la garantía cada vez que puedan resultar afectados sus derechos en un proceso, por lo que corresponderá también garantizar la defensa técnica incluso cuando el niño no revista la calidad de parte. Denegar la participación del niño con asistencia letrada, por ejemplo en un litigio de cuidado personal que enfrente a los progenitores, implicaría restringir su derecho de acceso a la justicia.

2. Concepto y caracterización del abogado del niño

A partir de la inclusión de la figura en la ley de protección integral, la doctrina ha efectuado algunas conceptualizaciones del abogado intentando brindar caracteres que permitan diferenciarlo de otras instituciones jurídicas del sistema de protección.

Se expuso anteriormente que la figura se hace operativa dentro de un nuevo contexto jurídico normativo, que no sólo refiere a un diferente sistema de protección de los derechos de niños y adolescentes, sino al considerable impacto que han provocado en el ordenamiento jurídico la recepción y la jerarquización de los derechos humanos en la Constitución Nacional.

De allí que estos cambios, hayan contribuido a delinear el escenario dentro del cual sólo es posible concebir la figura del abogado del niño, y se refiere al contexto, porque la misma se hace operativa precisamente gracias a una nueva concepción jurídica del niño, que con motivo de lograr el respeto a esa subjetividad en condiciones iguales con el mundo adulto, trajo consigo la necesidad de revisar el orden preexistente.

Ya se ha visto, como el principio de autonomía progresiva, interés superior, el derecho a ser oído, a participar en las decisiones del Estado y de la propia familia, y otras, como el acceso a la justicia, han determinado no pocas reformas en los procedimientos de decisión del Estado (como son los judiciales y administrativos en los que se discuten cuestiones que afectan al niño y su familia), intentando garantizar no sólo el acceso y participación del niño en los mismos, sino también permitiendo una mayor protección de sus derechos, a través de la admisibilidad de nuevas figuras, como la del abogado patrocinante.

A partir de entonces no resulta extraña la mención del abogado del niño en el ordenamiento jurídico argentino:

La Ley de Identidad de Género³⁶ en su Art. 5 establece:

Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo la persona menor de edad, deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

Por su parte, el reciente Código Civil y Comercial también ha acogido expresamente la figura con motivo de la regulación de las relaciones del derecho de familia, dejando atrás de este modo las incompatibilidades que planteaba el código de Vélez y el paradigma de protección integral regulado en la ley 26.061.

En efecto algunos de los artículos del Código que refieren a la asistencia letrada del niño y/o adolescente son los siguientes:

³⁶ Ley 26.743. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Art. 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (...) 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 ...

Art. 596. Derecho a conocer los orígenes (...) Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada...

Art. 617. Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:
a) Son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada...

Art. 678. Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

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

Ahora bien, ¿En qué consiste la asistencia letrada que se reconoce en las normas citadas? ¿Quién o qué es el abogado del niño?

Romano (2016) a la hora de conceptualizar pareciera resaltar su naturaleza de auxiliar de la justicia y legitimar su actuación en el derecho a ser oído, al establecer que:

El abogado del niño es escucha y servicio por sobre todas las cosas. Y es esa porción de servicio que un privado entrega a la comunidad acompañando a un Estado que previamente lo aceptó como socio, y que no debemos dejar de atender al momento de considerar designarlo. No sólo porque es nueva figura a delinear, sino porque es parte primordial de una nueva concepción de integración Estado-Comunidad (p. 119 – 120).

Mayores elementos para su análisis presentan las definiciones que proporcionan otros autores, como Moreno (2016), que prefiere hablar propiamente del abogado del adolescente sosteniendo que:

Se trata de un abogado que brinda patrocinio letrado a una persona menor de edad - quien a su vez tiene edad y grado de madurez suficiente – y a la cual le presta su servicio profesional de acuerdo a los deberes específicos, siguiendo la voluntad de la persona menor de edad en la formulación de peticiones en los procedimientos administrativos y procesos judiciales que pudieran afectarla. Defiende derechos definidos por la propia persona menor de edad, sin sustituir su voluntad, lo que implica su intervención directa (p. 237).

Si bien ambos conceptos se corresponden con la realidad de la institución objeto de estudio, esta última parece definir la figura del abogado sólo desde la función del patrocinio letrado ejercida dentro de un proceso administrativo o judicial, sea que el niño actúe o no en carácter de parte, pero no parece considerar el asesoramiento y asistencia técnica extrajudicial que puede resultar perfectamente admisible, aun cuando la ley 26.061 y el CCyCN sólo refieran a la asistencia letrada con motivo de la existencia de un proceso, tal podría ser el caso de una mediación extrajudicial en la que se discuta el plan de parentalidad con la participación del niño que legitima la misma norma, cuyo acuerdo puede incluso afectar los derechos del niño o adolescente.

Teniendo en cuenta esta observación, y tomando algunos aspectos de los conceptos vertidos por los autores, puede ensayarse la siguiente definición:

El abogado del niño es una figura especializada del sistema de protección integral que ejerce el asesoramiento, defensa técnica y patrocinio de niños, niñas y adolescentes tanto en el proceso judicial y administrativo como en la órbita extrajudicial, conforme a los deseos, intereses y derechos que ellos mismos definen como dignos de protección, procurando en todos los casos satisfacer las pretensiones de sus defendidos o asistidos.

Claramente el abogado no sustituye la voluntad del niño, no lo representa, ni aboga por intereses distintos a los del niño, la vinculación con su cliente es idéntica a la que se traba entre el adulto que contrata los servicios de cualquier abogado de la matrícula, por lo que también rigen respecto de los niños los deberes de confidencialidad, buena fe, probidad y lealtad en el ejercicio profesional, aun cuando puedan surgir otros por la particular situación del que requiere los servicios y la especialidad de la defensa instrumentada.

En lo que a su rol o función concierne, se analizará con motivo de la comparación con otras figuras que se desarrollarán a continuación.

3. El rol del abogado del niño: distinción con el asesor de menores y el tutor ad litem

El esquema institucional planteado por el sistema de protección integral en el que se legitima el actuar de nuevas figuras para el resguardo de los derechos de niños y adolescentes ha generado inquietudes doctrinarias sobre el ámbito de actuación y funciones que desempeñarían los nuevos actores institucionales, como el abogado del niño, y su forma de coexistencia con otras figuras vigentes y nacidas al amparo del paradigma tutelar, como lo fueron el asesor de menores y el tutor *ad litem*.

Sin embargo, pese a lo importante que puede resultar el análisis de tales institutos, cabe advertir que dada la naturaleza y tal como se ha planteado la funcionalidad de los mismos en el ordenamiento jurídico, no existen peligros de incompatibilidades, aunque para ello los operadores jurídicos deberán conocer acabadamente no sólo la naturaleza, el rol y funcionamiento de tales instituciones sino también el contexto planteado por el sistema de protección integral de los derechos de la infancia.

En efecto, la primera norma que corresponde citar para comenzar a desandar estas inquietudes es la del Art. 27 del Dec.415/06, la que parece redactada con un sentido casi pedagógico al disponer:

El derecho a la asistencia letrada previsto en el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los derechos personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el ministerio pupilar...

La norma distingue claramente entre asistencia letrada y representación del asesor de menores y admite la actuación conjunta en el proceso administrativo y judicial.

Ello no es de extrañar si partimos de considerar que el asesor de menores como representante del ministerio público tiene por función “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”³⁷, esto quiere decir que su actuación en los procesos que puedan afectar derechos de los niños y adolescentes no responde necesariamente a las pretensiones de los representantes legales, ni siquiera a la del

³⁷ Art. 120 de la Constitución Nacional Argentina de 1994.

propio niño que puede incluso encontrarse participando en un proceso con abogado, si de su juicio estima que adherir a ellas pueden resultar contrario a derecho y al interés superior del niño.

En principio, la lectura que cabría hacer de su actuación desde el Art. 120 de la Constitución Nacional, y en relación a los niños y adolescentes, sería la de garantizar la plena efectividad de los derechos que consagra el sistema de protección integral.

Asimismo, otro de los aspectos que permite diferenciarlo de la asistencia letrada, tiene que ver con la naturaleza jurídica de su actuación, en tanto surge del Art. 103 del CCyCN que detenta la representación legal de todas las personas menores de 18 años sea en forma principal o complementaria, siendo nulo todo lo actuado sin su intervención.

En ese sentido, su actuación no da lugar a confusión a la que detenta el abogado del niño, los actos del asesor se corresponden con los lineamientos propios del instituto de la representación, no está en su esencia atender el parecer del niño, aunque si deba velar porque en el procedimiento se le respeten sus garantías, como el derecho a ser oído y a que se le informe de su derecho a contar con un abogado que lo asista. El abogado del niño, por el contrario, atiende los deseos y los intereses del menor de 18 años, aun cuando ello pueda confrontar con el parecer de su representación legal y/o complementaria, razón por la cual nada obsta a la coexistencia de tales figuras, de hecho aun cuando el niño con edad y madurez suficiente intervenga en el proceso con su asistencia letrada, será acompañado siempre y en todos los casos por el asesor de menores.

Adviértase entonces que la intervención de este último es obligatoria, no revistiendo tal carácter la asistencia letrada, pues como surge de las normas del CCyCN, su intervención se sujeta al niño que cuenta con edad y madurez suficiente en tanto supone una actuación directa no sustituida en el proceso, lo que no constituye un obstáculo a la actuación del asesor de menores que es parte legítima incluso en un proceso en que se discutan derechos de una persona por nacer.

En lo que refiere al tutor *ad litem*, la diferencia también es notoria, el Art. 109 del CCyCN dispone:

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...

Se observa que la norma también distingue, en cuanto alberga dos posibilidades en caso del conflicto de intereses que pueda suscitarse entre niños y adolescentes con su respectivo representante legal, previendo la designación que podrá hacer el juez en estos casos del tutor *ad litem*, o bien no efectuar designación alguna por encontrarse el adolescente asistido por su abogado de confianza.

Sin embargo, es de resaltar que la norma sólo justifica la intervención directa con asistencia letrada desplazando al tutor especial, sólo si se tratare de un adolescente, lo que arroja luz sobre el fundamento de cada instituto, pues la actuación del tutor *ad litem* se corresponde con un niño que no cuenta con la edad y madurez suficiente para proveer a la defensa de sus interés, por lo que también sustituye la voluntad del niño, “se vuelve un sucedáneo de los representantes tutelares de los niños” (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006, p. 476) pero sólo para el caso concreto que exhibe la contraposición de intereses. Por el contrario, el actuar del abogado del niño, tal como surge de la norma en comentario, requiere de un niño que esté en condiciones de determinar sus intereses, de comprender lo que discute, y especialmente de poder transmitir al letrado cuáles son sus pretensiones en el litigio.

De ahí que como bien expresa la norma, estando el menor de 18 años en condiciones de actuar por sí, resulta innecesaria la designación de una tutela especial, lo que se corresponde con el principio: a mayor autonomía menor representación.

Como se observa, cada una de las figuras tiene un cometido específico, distinto del que concierne al resto, pero comparten como aspecto común en que cada una de ellas desde lugar que les corresponde debe contribuir a realizar los fines del sistema de protección integral.

Conclusiones parciales

Del análisis efectuado en el presente capítulo resulta que la figura del abogado del niño que regula expresamente la ley 26.061 excede de ser una mera previsión normativa dentro del ordenamiento jurídico argentino, por el contrario, su fundamento se encuentra en las normas constitucionales – convencionales, e incluso en el reconocimiento a la dignidad humana del niño que hicieron los tratados internacionales de derechos humanos.

En la actualidad ningún operador jurídico puede desconocer que en todo proceso judicial y administrativo que pueda afectar al niño y adolescente, el mismo tiene como

garantía, el derecho a la defensa técnica como una de las vías procesales que efectiviza su acceso a la justicia. Sin embargo, y a pesar de la claridad con que esta afirmación surge del análisis de las normas, se advierten mayores dificultades sobre cómo debe efectivizar el aplicador del derecho la garantía.

En esa dirección, se destaca la importancia de la labor interpretativa de la Corte I.D.H que con sus pronunciamientos ha ido proporcionando criterios que permiten acordar una adecuada y efectiva participación procesal del niño, y cuya consideración no puede escapar a quien le toque discernir sobre la admisibilidad del abogado del niño, dada la fuerza normativa que la Constitución Nacional ha conferido al sistema interamericano de derechos humanos.

En efecto, hoy el juez y el organismo de protección tienen lineamientos bastante definidos sobre la forma en que deben efectivizarse los derechos y garantías procesales en el caso de niños y adolescentes, y se desprende con suficiente claridad que sin perjuicio del carácter de garantía que reviste la asistencia letrada, el sistema de protección integral de derechos en el que encuentra operatividad la figura puede aconsejar en algunos casos garantizar el acceso a la justicia del niño o adolescente acordando una participación gradual y no directa, como implica la actuación con abogado del niño, en función de la situación personal del justiciable.

Por otro lado, el hecho de que el abogado del niño constituya una figura del sistema de protección integral que ejerce el patrocinio letrado a partir de las instrucciones, intereses y derechos que el propio niño y adolescente define, ha implicado reconocer su condición de sujeto de derechos, y que se asiste a un sujeto con madurez para conocer las cuestiones que lo afectan, pero también para transmitir con suficiente claridad cuáles son sus pretensiones en el litigio.

Resulta asimismo, que la inclusión de la figura tal como se regula en el Código Civil y Comercial, no ha venido a desplazar de sus funciones al asesor de menores ni al tutor *ad litem*, ni siquiera a cuestionar el sistema de representación legal tal como ha existido, y esto porque el abogado del niño no representa, no sustituye al niño y tampoco responde a intereses que satisfacen el orden público. Su esencia radica en materializar la participación directa del niño en el proceso, posibilitando que a través del patrocinio letrado, los intereses y pretensiones del niño no sean objeto de intermediación en los estrados y oficinas administrativas por las que les toca transitar.

Por otra parte, se advierte como la figura viene a fortalecer el esquema institucional planteado por el sistema de protección integral, brindando una protección diferenciada de la que corresponde ejercer en forma simultánea al asesor de menores en todos los casos. Esto hace notar como la figura ha contribuido a delimitar los ámbitos de actuación y definir mejor los roles con otras figuras vigentes del sistema de protección, quedando desvirtuada toda especulación sobre posibles incompatibilidades que pudieran presentarse en la práctica.

En lo que refiere *al tutor ad litem*, también el código despeja toda duda cuando en los casos de conflictos de intereses entre el niño y adolescente y sus representantes, sujeta a criterio del juez el desplazamiento de la tutela especial si se tratare de un adolescente, de donde se colige lo imperativo que se torna el principio de autonomía progresiva en la labor judicial y administrativa al momento de valorar la actuación del niño y la forma en que debe articularse la representación con un mayor despliegue de su autonomía en el ejercicio de los derechos. Al respecto no es difícil advertir la claridad con que el actual CCyCN refiere a la edad y madurez suficiente cada vez que alude a la asistencia letrada.

Por todo lo expuesto en el capítulo, se debe concluir que la figura del abogado encuentra operatividad dentro del sistema de protección integral de derechos, correspondiendo al juez o al organismo de protección en los procedimientos judiciales y administrativos, valorar las condiciones específicas del niño y adolescente, la singularidad de su caso, para luego decidir conforme a su interés superior si se encuentra en condiciones de participar en el proceso de manera independiente y con asistencia letrada, o si por el contrario, resulta oportuno que sean sus representantes legales los que asuman su representación en juicio, no quedando comprometido incluso en este último caso su acceso a la justicia, siempre que se le acuerde cierto grado o modalidad de participación en las cuestiones que puedan afectarlo.

Se trata en definitiva de evitar que la asistencia letrada se efectivice desde una lectura literal de la norma, que lleve a que la participación procesal del niño se vuelva ilusoria en los casos concretos, incurriendo en el peligro de dejarlos en un estado de desprotección que sería a todas luces reprochable.

Capítulo V: Supuestos y condiciones de procedencia del abogado del niño

Introducción

Durante los últimos años se ha discutido en la doctrina y en los estrados judiciales en qué supuestos y bajo qué condiciones debía designarse la asistencia letrada para niños y adolescentes en los procesos judiciales y administrativos vinculados fundamentalmente a las cuestiones de familia. Al respecto, se han podido observar en la práctica diversos criterios.

En este último capítulo se analizará la normativa vigente, las principales posturas doctrinarias y jurisprudenciales en la materia con el fin de dilucidar cuándo resulta admisible la actuación del niño en el proceso con asistencia letrada y en qué casos.

1. Cuándo resulta admisible designar el abogado del niño: Posturas doctrinarias y jurisprudenciales

Se ha expuesto anteriormente que conforme a la interpretación del Art. 27 de la ley 26.061 es dable reconocer dos formas de participación procesal: la primera, prevista en el inc. a) y b) de la referida norma, consistente en el ejercicio del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, la que corresponde efectivizar cualquiera sea la edad del niño por su solo requerimiento, aun cuando en el proceso intervenga a través de sus representantes legales. Y una segunda forma, que surgiría de la lectura de los incs. c), d) y e), referente a la participación autónoma del niño y adolescente en el proceso.

Esta interpretación en relación a una participación activa, lleva a considerar una más amplia intervención del niño en el proceso que se corresponde sin dudas, con el carácter de parte procesal y con la consecuente asistencia del letrado patrocinante, planteando un nuevo interrogante en cuanto al modo en que debe entenderse su “Capacidad Procesal”, esto es, la “aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte” (Palacio, 2004, p. 228).

Bien es sabido que la misma constituye un reflejo de la capacidad genéricamente considerada cuyos principios regula el derecho privado, por lo que la nueva redacción del Art. 26 del Código Civil y Comercial, torna imperativo reformular en el proceso el régimen de capacidad de los niños a la luz del principio de autonomía progresiva.

En efecto, surge del artículo, en consonancia con la ley³⁸ y norma convencional³⁹, que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en relación a la evolución de sus facultades, debiendo garantizarse el respeto a ese ámbito de autonomía que les corresponde en función del paulatino desarrollo de sus aptitudes para la comprensión y alcance de sus actos. Razón por la cual “a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”⁴⁰.

De ahí que es la interpretación relativa al alcance que cabe darle a la participación de los niños en el proceso, la que ha generado posiciones encontradas en la doctrina y en los tribunales de justicia al momento de considerar su admisión como parte en el proceso acompañado por su abogado de confianza.

A esos fines, se advierte que ninguna de las posturas que se expondrán seguidamente, ha soslayado la valoración de la capacidad procesal de los niños y adolescentes.

Dentro de una primera posición que se ha considerado amplia, correspondería hacer mención al caso “G.M.S c/ J.V.L s/ divorcio vincular” fallado el 26 de octubre de 2010, en el cual se debatió la suspensión del régimen de visitas del demandado y sus hijas de 10 y 14 años. En dicha ocasión la C.S.J.N. resolvió hacer lugar a lo dispuesto por el Defensor Oficial, solicitando al juez de la causa proceda a designar un letrado especializado que patrocine a las niñas a los efectos de garantizar “su participación en calidad de parte (...) toda vez que no puede desconocerse en el marco de la tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar, máxime cuando puedan existir intereses contrapuestos con sus progenitores”⁴¹.

Lo interesante del fallo en cuestión resulta de los argumentos esgrimidos por el Defensor Oficial para fundamentar la designación del abogado, pues en ningún caso considera la edad o grado de madurez de las niñas para acordarles el carácter de parte, y tampoco para considerar la designación del abogado, sino que parece adoptar un criterio

³⁸ Art. 3 inc. d) Ley 26.061. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

³⁹ Art. 5 Convención sobre Derechos del Niño. Ley 23.849 del 27 de Septiembre de 1990. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁴⁰ Art. 639 inc. b) Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁴¹ C.S.J.N., “G., M. C c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, Fallos 337: 2017 (2010).

garantista del derecho de defensa, al privilegiar sin ninguna otra consideración la participación activa con asistencia técnica a las niñas L y R.

Esta posición resulta coincidente con la de un sector doctrinario (Rodríguez, 2012; Solari, 2013) que entiende que el Art. 27 inc. d) de la ley consagra el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso, debiendo el Estado asegurar la designación del abogado del niño en todo procedimiento que lo afecte, en forma independiente de su edad y discernimiento, bajo pena de nulidad de todo lo obrado sin su intervención. Es decir que la designación del letrado patrocinante deberá efectivizarse de oficio o a pedido de parte, y en este último caso, incluso cuando el asistido sea un niño de pocos meses de vida.

Mizrahi (2008) también resulta partidario de que la participación activa regulada en el Art. 27 como garantía, de ningún modo condiciona su operatividad a que el niño detente cierto grado de madurez o desarrollo, por lo que la capacidad progresiva sólo determinará la mayor o menor capacidad para obrar por sí, pero en ningún caso puede esgrimirse como fundamento para inadmitir la participación del niño como parte procesal y obstar la designación del abogado patrocinante.

Como se verá a continuación, estas interpretaciones son pasibles de crítica por cuanto se corresponden con una ilusoria participación directa en los casos en que el niño no se encuentra en condiciones de comprender el alcance que implica esa actuación en el proceso y mucho menos cuando no puede transmitir sus pretensiones a un abogado.

Distinto fue el criterio adoptado por la Corte en el año 2012 en el Caso “M., G. c/ P., C.A s/recurso recurso de hecho deducido por la Procuradora Oficial de M.S.M”, en el que se declaró inadmisibile la participación en el proceso por derecho propio y con asesoramiento letrado de una niña de once años. En esta oportunidad, el argumento de la Corte para rechazar la procedencia de la figura, se fundó en la consideración de la capacidad procesal de la niña en torno a criterios cronológicos o rígidos en materia de capacidad de menores, se adoptó una postura restrictiva, dejando de lado el principio de autonomía progresiva, y se dijo que a diferencia del caso “G.M. S. c/ J.V.L. s/ divorcio vincular”, en el cual la designación del abogado del niño procedió por ser quien lo solicitó el defensor oficial, en este último no correspondía hacer lugar, por ser el peticionante un incapaz absoluto. La Corte dijo:

Las disposiciones del Código Civil sobre capacidad de los menores no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces

absolutos que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (...) como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso en calidad de parte⁴².

Surge del pronunciamiento que la doctrina que sienta el fallo es acorde con los postulados del paradigma tutelar contenidos por ese entonces en el Código Civil, condicionándose la participación del niño en el proceso con el letrado patrocinante a la valoración de su capacidad procesal desde criterios rígidos, y desconociéndose el principio de autonomía progresiva, ya consagrado en aquel momento por normas con jerarquía constitucional.

Por el contrario, y desde una postura intermedia, actualmente aceptada por la mayoría de los autores, se analiza la participación procesal del niño y la designación del abogado de confianza desde el principio de autonomía progresiva, esto es, a partir del grado de madurez y desarrollo que adquiere en forma paulatina para el ejercicio de sus derechos, y sin considerar límites etarios.

En ese entendimiento Famá (2009) señala:

La participación activa en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, que serán evaluados con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño (p. 14).

Sin dudas que esta postura resulta acertada y es la que mejor se corresponde con la impronta del nuevo Código Civil y Comercial. La nueva regulación importa una vuelta de página al asunto, pues recepta abiertamente el principio de autonomía progresiva, por lo que los conceptos de capacidad ceñidos a edades predeterminadas se reemplazan por criterios que ponderan las condiciones reales de cada niño en su madurez y desarrollo.

En efecto el Código refiere expresamente al criterio de la “edad y madurez suficiente” para efectivizar la participación directa del niño en el proceso y admitir la asistencia letrada. Sólo a modo ejemplificativo léase los siguientes artículos:

⁴² C.S.J.N., “M., G c/ P., C.A s/ Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M.S.M”, sentencia del 26 de junio de 2012. *Centro de Información Judicial*. Recuperado el 6/6/2017 de <http://www.cij.gov.ar/nota-9389-La-Corte-Suprema-de-Justicia-fall--en-un-caso-sobre--abogado-del-ni-o-.html>

Art. 608. Sujetos del Procedimiento. El procedimiento que concluye con la declaración judicial de adoptabilidad requiere la intervención: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada.

Art. 617. Reglas del procedimiento. Se aplican en el proceso de adopción las siguientes reglas: a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada...

Art. 661. Legitimación. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada...

Ahora bien, corresponde hacer precisiones en cuanto al modo en que debe interpretarse la expresión “edad y madurez suficiente” para determinar la actuación directa y la admisibilidad del abogado, teniendo en cuenta que el Art. 677 en su segundo párrafo dispone:

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.

Como sostiene Moreno (2016), la presunción a la que refiere la norma a favor del adolescente, esto es del menor de edad que ha cumplido los 13 años, resulta coherente con la presunción de discernimiento con la que cuentan para la realización de los actos lícitos, por lo que la participación directa con asistencia letrada que termina por habilitar la norma se correspondería con un niño en condiciones de conocer la situación que lo afecta, el alcance de sus actos en el proceso judicial o administrativo, de transmitir sus pretensiones a un abogado, e incluso de poder determinar su designación y remoción.

Sin embargo, no puede dejar de tenerse presente que se trata sólo de una presunción que admite prueba en contrario, si se considera que las normas tornan imperativo atender a la edad y madurez suficiente en virtud del principio convencional de autonomía progresiva, por lo que no podría denegarse esa participación y la designación del abogado, cuando se pruebe que el menor de edad, aun cuando no haya alcanzado la edad que sostiene la presunción, está en condiciones por su madurez y desarrollo de soportar un proceso en carácter de parte y de dar efectividad al patrocinio letrado. A la inversa, podría también suceder que el adolescente, mayor de 13 y menor de 18, vea obstaculizada su participación con asistencia letrada, por no

contar con el grado de madurez suficiente que sí podría tener el menor de 13 para el manejo de los asuntos a que refiere la norma.

Esto lleva a concluir, que el nuevo Código Civil y Comercial ha dejado atrás el sistema rígido de capacidad – incapacidad basado en edades fijas, tal como fue aplicado en el fallo de la C.S.J.N. “M., G c/ P., C. A.”. Por el contrario, la nueva normativa recepta abiertamente el principio de autonomía progresiva, que obliga a reconocer el ejercicio progresivo de los derechos, como es la participación procesal directa y la asistencia letrada, teniendo en cuenta la real condición de madurez que ha alcanzado el niño independientemente de su edad.

Todo esto constituirá un gran desafío para el juez y los organismos de protección de derechos que deberán poner su esfuerzo en advertir los casos en que el niño está en condiciones de participar en cuestiones que puedan incidir significativamente en su vida, reconociendo el ejercicio de derechos fundamentales sin atenerse a edades fijas. En esa consideración, sin dudas que los equipos interdisciplinarios jugarán un rol fundamental.

2. Casos en que procede designar el abogado del niño

En principio, el art. 27 de la ley 26.061 en concordancia con las normas convencionales, garantizan la asistencia letrada al niño y adolescente en todo proceso judicial y administrativo que pueda afectarlos directa o indirectamente. Por lo que corresponderá efectivizarla en todos aquellos procedimientos de familia en que se discutan cuestiones que puedan incidir en la vida cotidiana del niño, y con justa razón, si de ellas puede resultar afectación o vulneración a sus derechos.

Si se observa la normativa vigente puede advertirse que en ningún caso se restringe el derecho a la asistencia letrada a los casos en que el niño ostente el carácter de parte, por lo que se entiende que podrá intervenir con el abogado de confianza también en aquellos casos en que participe en el proceso sin revestir tal calidad.

Ahora bien, en lo que refiere a la participación procesal del menor de 18 años con asistencia letrada, interesa precisar los supuestos de intervención que trae el actual CCyCN, y que de acuerdo a la sistemática adoptada, impone interpretar las normas que los regulan atendiendo a la directiva del Art. 2º, esto, a los fines de no restringir derechos y garantías a la luz de una lectura aislada del ordenamiento jurídico.

Para iniciar, resulta menester citar las siguientes disposiciones:

Art. 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

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

Art 677. 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.

Art. 678. Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

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

En efecto, de la lectura de los artículos citados, surgen los supuestos en que procedería la designación del letrado: cuando se accione contra un tercero, y en caso de conflicto de intereses con los representantes legales.

Sin perjuicio de ello, cabe advertir que cualquiera sea el caso, corresponde partir del principio según el cual, las personas menores de 18 años ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, lo que habilita a los progenitores, o tutores a estar en juicio por su representado como actores o demandados. No obstante, el Código ha regulado expresamente los supuestos de actuación directa y la admisibilidad del letrado de la siguiente forma:

En los casos de acción contra un tercero, tratándose de un adolescente, se establece que el mismo podrá optar por intervenir conjuntamente con sus progenitores o bien de manera autónoma, siendo procedente la designación del letrado patrocinante. Sin embargo es de advertir que siempre podrán sus representantes legales oponerse a la intervención, resolviendo el juez en definitiva. La norma no presenta mayores resistencias a la designación

del letrado, por cuanto juega la presunción de la edad y madurez suficiente a partir de los 13 años.

Por el contrario, mayor labor jurídica demandaría apreciar si correspondería la actuación directa y con letrado cuando el niño no haya alcanzado la edad de 13 años, pero invoca y prueba fehacientemente estar en condiciones de intervenir en carácter de parte y de designar un abogado. En tal situación, es claro que debería contar previamente con la autorización a que refiere el Art. 645 inc. d, y que consiste en el consentimiento expreso de ambos progenitores para autorizarlo a estar en juicio en los supuestos en que no puede actuar por sí.

Asimismo, el juez deberá apreciar la situación en concreto, ya que dicha intervención podría no justificarse, por estar bien representados sus intereses por sus respectivos progenitores o tutores, y por la actuación complementaria del asesor de menores.

El segundo supuesto de intervención regulado se refiere a los casos en que existan conflictos de intereses con los representantes legales, diferenciándose la nueva normativa del Código de Vélez, ya que no requiere previa autorización judicial el adolescente que pretenda entablar un juicio contra ellos, debiendo contar siempre con asistencia letrada.

Por el contrario, cuando en el conflicto se controviertan intereses de un menor de 13, el principio de autonomía progresiva también obliga al juez a considerar la situación en concreto para admitir la participación con asistencia letrada, pero teniendo presente que la figura que el código manda a aplicar para estos supuestos, es la del tutor *ad litem*, según se confiere del Art. 109 inc a) y c).

Por último corresponde agregar, que la asistencia letrada constituye un derecho para el niño por lo que no está obligado a actuar con asistencia letrada en todos los casos, lo que sí constituye una obligación para el operador jurídico, es informar al niño o adolescente sobre el derecho que tiene a actuar con asistencia letrada en todo proceso judicial o administrativo en que puedan discutirse cuestiones que los afecten, decidiendo en definitiva el menor de 18 años si hace uso de tal prerrogativa o no.

3. Interpretación del ordenamiento jurídico para determinar la procedencia de la figura a la luz del fallo de la C.S.J.N. “M., G. c/ P., C.A.”

Merecen un breve comentario algunos de los fundamentos esgrimidos por el Alto Tribunal para confirmar la sentencia de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que oportunamente rechazó la petición de una niña de 11 años para ser tenida como parte y con asistencia letrada en un juicio de tenencia entre los progenitores⁴³.

El dictamen emitido por la Procurada Fiscal es de gran valor si se tiene en cuenta el derecho invocado y por la forma en que justifica su resolución, fundamentos a los que adhiere sin más la Corte.

En efecto, es de destacar que las diversas instancias motivadas por el requerimiento de la menor M.S.M coincidieron en fundamentar el fallo desde la interpretación y aplicación integradora del ordenamiento jurídico. No llama la atención que partieran de dicha premisa si se tiene en cuenta que allá por el año 2012, regían sistemas de protección de la infancia contrapuestos, el tutelar, contenido en un código a tono con concepciones rudimentarias surgido en el año 1871, y el sistema de protección integral de los derechos de niños y adolescentes consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño y posteriormente en la 26.061, ello sin perjuicio de la reforma constitucional del 94 que trae nuevos criterios para conciliar la legislación internacional con el derecho interno. Sin dudas que este contexto normativo trae claridad para entender el punto del que inician su interpretación los juristas que intervienen en el caso en cuestión.

Dice la Procuradora en el punto VII de su dictamen:

Sabemos que la comprensión y aplicación de la ley implica su abordaje como componente del orden jurídico y no como un elemento lógicamente aislado. En consonancia con este postulado, V.E tiene establecido que al realizar aquella labor, ha de evitarse atribuir a las normas un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, haciendo prevalecer unas a expensas de las otras; por lo que se adoptará como verdadero, el que las concilie y les dé

⁴³ C.S.J.N., “M., G c/ P., C.A s/ Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M.S.M”, sentencia del 26 de junio de 2012, consid. 2. *Centro de Información Judicial*. Recuperado el 6/6/2017 de <http://www.cij.gov.ar/nota-9389-La-Corte-Suprema-de-Justicia-fall--en-un-caso-sobre--abogado-del-ni-o-.html>

efecto a todas (...) el intérprete debe ceñirse tanto más estrechamente a ese protocolo, en los supuestos en los que está en juego la situación de un niño, donde su mejor interés –de rango superior-, opera sine qua non en un papel integrador⁴⁴.

A partir de entonces el dictamen reconoce los principios elementales vertidos por el sistema de protección integral, haciendo alusión constantemente a la Convención, e incluso a los méritos de la reforma constitucional del año 1994, específicamente por la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad federal, y el impacto que ha ocasionado para el afianzamiento de la personalidad jurídica del niño y sus garantías. Esto surge claramente del punto V, en el que además reconoce la operatividad de la Convención sobre Derechos del Niño, advirtiendo al intérprete que no puede ser indiferente a ella.

Sin embargo, cabe preguntarse si en el mencionado fallo el intérprete ha seguido el protocolo o ha hecho lo que dijo que no debía hacerse: “aplicar unas normas en desmedro de otras”, “evitar darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones”, y para aclarar mejor algunas dudas es dable preguntar ¿la Corte a aplicado a rajatablas las disposiciones del Código de Vélez en desmedro de los principios contenidos en la ley 26.061 y de la Convención?

Fuera de la cuestión de fondo debatida, que no es menor por cuanto se discuten derechos fundamentales, lo que interesa a los fines de estas líneas, no es considerar si la decisión es acertada, aun cuando el nuevo código presume que el menor de 13 no cuenta con la madurez para estar en juicio con asistencia letrada, sino, si la interpretación que termina por hacer la Corte se ajusta al criterio que adopta (interpretación integral dice) para examinar el caso y fundamentar la resolución.

Y es que el dictamen al que adhiere la Corte, parece reconocer los méritos y reivindicaciones de la Convención pero no aplicarlos, lo que sí parece haber encontrado en la norma convencional es el argumento para hacer aplicable la legislación de fondo.

Reconoce claramente que el sistema jurídico debe ajustarse a las exigencias de orden superior, que la norma convencional es directamente operativa, y que se ha dejado de lado el

⁴⁴ Procuración General de la Nación, causa “M., G. c/ P., C. A.” dictamen del 18/06/2009. *Página Web del Ministerio Público Fiscal*. Recuperado el 6/6/2017 de http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2009/beiro/18/m_394_1_xliv_m.pdf

paradigma tutelar clásico para adherir al paradigma de la protección integral, cuya aplicación constituye un compromiso asumido por el Estado, asimismo, resalta que el niño es un sujeto activo de derechos, sosteniendo que lo asume como enseñanza constante.

Sin embargo, hace distinciones que resultan inquietantes, por ejemplo, cuando sostiene que la participación procesal del niño, en carácter de parte, no constituye un imperativo constitucional, aunque si lo reconoce a la audiencia del menor con edad y madurez suficiente.

A esto podríamos acotar que la tutela judicial efectiva, exige reconocer mecanismos o vías procesales que les permitan a niños y adolescentes acceder a la justicia, y ese reconocimiento es expreso en la Constitución y en los tratados internacionales que gozan de jerarquía. Por lo que la investidura si constituiría una exigencia constitucional, más allá de que luego, el interés superior exija pautas o criterios para admitir esa actuación directa, como lo es el principio de autonomía progresiva, la que en el dictamen parece aplicarse para la audiencia y no para considerar si la niña está en condiciones de asumir esa participación.

Esto resulta notorio, cuando bajo el texto del Art. 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, sujeta la determinación del modo de participación del niño a la autonomía progresiva y a la regulación interna del Estado, haciendo aplicable en dicha norma las disposiciones del Código de Vélez, en un intento por conciliar las normas del orden vigente.

Sostiene la C.S.J.N:

Conviene destacar que las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del 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. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, 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 parte⁴⁵.

⁴⁵ C.S.J.N., “M., G c/ P., C.A s/ Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M.S.M”, sentencia del 26 de junio de 2012, consid. 2. *Centro de Información Judicial*. Recuperado el 6/6/2017 de <http://www.cij.gov.ar/nota-9389-La-Corte-Suprema-de-Justicia-fall--en-un-caso-sobre--abogado-del-ni-o-.html>

Aunque es inobjetable el valor de la hermenéutica efectuada en algunos aspectos del pronunciamiento, resulta difícil imaginar cómo podrían conciliarse normas inspiradas en sistemas de valores distintos, en paradigmas de la infancia totalmente opuestos.

El Código de Vélez no ha considerado al niño como sujeto de derechos, sino como objeto de protección y dominación de los adultos, en consecuencia estructuró un sistema de capacidad para los menores rígido y no progresivo como lo define el dictamen, donde en materia de infancia la regla ha sido siempre la incapacidad.

Nótese como en consonancia con esas ideas, la Corte termina por calificar a la niña de 11 años como una incapaz absoluta, es decir, sigue el criterio rígido de capacidad-incapacidad, desconociendo el principio constitucional de autonomía progresiva. Tampoco se advierte claramente en autos, si en algún momento se otorgó la oportunidad de considerar el estado real de madurez de la niña, pues consta que sólo se mantuvo una entrevista. Esto lleva a preguntar ¿Qué pasó con la operatividad reconocida a la Convención sobre Derechos del Niño? ¿No aplicar el principio de autonomía progresiva no pone acaso en juego la vigencia de la norma convencional?

Es notorio como el fallo encuentra en la Convención el fundamento para aplicar normas que contrarían su espíritu, pero ¿cuál es el sentido que termina por tener una interpretación que en el propósito de abarcar toda la legislación termina por perder la coherencia?, ¿efectúa la Corte una interpretación integral?

Massinni (2004) considera que el carácter sistémico del orden jurídico supone coherencia y completitud, por lo que cada norma adquiere sentido y resulta inteligible en el contexto conformado por el resto de las normas jurídicas que lo integran, y esto, conlleva a establecer como directivas de interpretación: 1) la imposibilidad de atribuir a una disposición jurídica un sentido que resulte contrario al de otras normas que conforman el mismo orden; y 2) la necesidad de interpretar la norma del modo que resulte más coherente con las disposiciones del sistema.

Igualmente, resalta la importancia que tiene en la labor interpretativa, el contexto social, ideológico y de los valores, al punto de considerar que las normas contenidas en determinada previsión legal tienen una justificación axiológica definida, lo que contribuye sin dudas a definir la finalidad y alcances de la norma.

Bajo estos argumentos resulta difícil advertir cómo ha procedido el alto tribunal, pues se advierte que se ha servido de la Convención para justificar su labor hermenéutica, pero no

para reconocer principios como el de autonomía progresiva, intentando incluso, conciliar normas pertenecientes a paradigmas o sistemas de valores opuestos, que difícilmente podrían traer claridad a la interpretación sistemática que corresponde efectuar del orden jurídico.

Conclusiones parciales

Determinar en qué supuestos y condiciones corresponde designar un abogado del niño requiere efectuar una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico en que encuentra operatividad la figura. En ese orden, y sin perjuicio de la claridad con que la Convención sobre Derechos del Niño, la ley de protección integral y el Código Civil y Comercial de la Nación puedan referir a los casos y supuestos de procedencia de la figura en cada previsión normativa en particular, surge del análisis efectuado que cada una de ellas adquiere sentido en su relación con el conjunto, pero también en el contexto axiológico, de principios y valores del que forma parte y termina por definir su significado y finalidad.

Por otro lado, no puede dejar de advertirse cómo la incorporación de los principios contenidos en el derecho constitucional y convencional a la legislación de fondo contenida en el actual Código, es lo que ha permitido superar los obstáculos que enfrentaba la labor interpretativa antes del año 2015, encontrándose los jueces enfrentados a un orden que exhibía serias contradicciones. En ese sentido, hoy es dable concebir la uniformidad en la legislación vigente, aunque todavía sigue presentándose como de difícil tratamiento dilucidar los casos y condiciones en que corresponde la asistencia letrada.

La ley 26.061 en general, y el Código Civil y Comercial de forma más específica ha regulado en forma expresa los casos y supuestos en los que procedería la actuación del letrado, pero como se ha advertido a lo largo de este trabajo esas normas no pueden proporcionar una respuesta definitiva, el juez o el órgano administrativo deberá observar las circunstancias del propio caso y en ese examen no podrá omitirse la consideración de la condición personal del niño y adolescente, y lo que consulta mejor su interés superior.

Asimismo resulta de lo expuesto, que el aplicador del derecho no puede eludir, sin perjuicio de otros principios y normas que resultan del sistema de protección, la existencia del principio de autonomía progresiva en la determinación de derechos, como es la participación procesal del niño con asistencia letrada. Es notorio como su incorporación al nuevo Código contribuye a facilitar el acceso a la justicia de niños y adolescentes

proporcionando nuevos lineamientos para que sea admisible en función de la edad y madurez ejercer derechos y deberes inherentes a la calidad de parte.

Finalmente, se debe advertir, que el nuevo orden dispuesto en materia de infancia y adolescencia, y especialmente lo concerniente a la asistencia letrada de los menores de 18 años, se presenta en la actualidad como un entramado de complejo tratamiento, no sólo por lo especial de la persona titular del derecho, sino también por la multiplicidad de cuestiones jurídicas que la temática demanda atender. Por esta razón, es que la discusión concerniente a los supuestos y condiciones en que resulta procedente admitir la figura no puede agotarse recurriendo al precepto normativo, siendo necesario por el contrario interpretar la norma en su relación con las circunstancias particulares del caso, y por supuesto atendiendo al resto de principios y normas que trae el orden jurídico vigente, y esto, porque como se expuso en materia de derechos de niños y adolescentes los recaudos en su protección deben extremarse y ello conduce necesariamente a que el juez pueda incluso, en ocasiones, apartarse del texto de la norma y disponer lo que consulte mejor su interés superior.

Conclusiones

Conforme a lo desarrollado a lo largo del trabajo final de graduación, y al análisis de los principales antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre la figura del abogado del niño se ha arribado a las siguientes conclusiones:

Que la determinación de los supuestos y condiciones en que procede designar un abogado del niño en los procesos judiciales y administrativos del derecho de familia no puede hacerse desde una aplicación mecánica de la ley o desde una interpretación aislada de las normas que lo integran, ese proceder sería reprochable, pues como se ha visto la operatividad de la figura del abogado del niño y su razón de ser debe buscarse o encontrarse en una interpretación integral del ordenamiento jurídico, en la que cada institución encuentra sentido en una lectura completa y sistemática de las normas que lo conforman, pero también en el contexto axiológico, de principios y valores del que forma parte y termina por definir su significado y finalidad.

En esa línea, considerar cuándo un niño puede actuar con asistencia letrada en un proceso judicial o administrativo, implica considerar las siguientes cuestiones:

1. El intérprete debe conocer el sistema de valores que dan acogida a la figura, como es la nueva concepción de la niñez que ha instaurado el paradigma de protección integral y la corriente de derechos humanos que ha impregnado las normas del ordenamiento jurídico argentino desde la Reforma Constitucional de 1994, originando un cambio sin precedentes y proporcionando nuevos criterios para leer el orden vigente.

Ese nuevo esquema deja claro que el aplicador del derecho debe partir del reconocimiento de la dignidad del niño como persona humana que le confiere aptitud para ser titular de derechos iguales de los que goza el resto de la familia. Aunque en atención a su especial condición de personas que se encuentran en desarrollo son merecedoras de un plus de protección por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, de ahí que se les debe reconocer derechos específicos y un sistema de protección especial a los que se dota de máxima exigibilidad.

En esa dirección, la humanización del proceso ha conducido a diseñar una tutela procesal diferenciada para las cuestiones de familia, la que se ha visto motivada especialmente por la necesidad de garantizar una verdadera inserción del niño y sus intereses en los procedimientos de decisión del Estado y la familia.

Por su parte, se ha visto como el principio de la tutela judicial efectiva ha interpelado al Estado argentino a remover aquellos obstáculos de desigualdad social que imperaban en la legislación a tono con el sistema de valores del paradigma tutelar, y en la actualidad la vigencia del principio se ha traducido en la necesidad de adaptar el proceso a las condiciones especiales que presenta el niño y adolescente a fin de permitirle ejercer sus derechos y garantías desde la entrada y hasta el fin del proceso, lo que puede implicar en algunos casos designar un letrado de confianza.

Se advierte entonces lo fundamental del contexto axiológico para resolver situaciones que en la interpretación puedan presentarse como dudosas, como puede ser la interpretación de previsiones normativas como las contenidas en el CCyCN donde se prevén supuestos en que procede la asistencia letrada y que pueden no ser suficientes para determinar cuál es la solución que corresponde dar al caso concreto. En ese sentido surge de lo analizado en el presente trabajo, que el sistema de valores y fines inherente al sistema de protección integral de derechos, que concibe al niño como destinatario de medidas especiales de protección, en algunos casos puede terminar por definir no sólo el significado y la finalidad de la norma, sino también por instaurar mecanismos y medidas en la labor judicial y administrativas, como puede ser el examen del propio caso o la consulta al interés superior, para determinar si corresponde o no la asistencia letrada.

2. Que para dar respuesta a los casos de intervención del abogado del niño debe entenderse que el ordenamiento jurídico argentino como sistema tiene coherencia y una lógica que sólo hace posible interpretar sus normas y principios en el conjunto, superando así las contradicciones.

Esto lleva a concluir que las leyes especiales de protección integral de la infancia, como es la ley 26.061 o la que incorpora la Convención sobre Derechos del Niño al derecho interno, resultan por sí solas insuficientes para considerar la participación procesal del niño con asistencia letrada.

La misma comprensión se desprende incluso de la sistemática contenida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo Art. 2° interpela a interpretar sus normas, entre ellas las que regulan las relaciones y procesos de familia, desde la lectura del derecho constitucional –convencional, en donde no pueden soslayarse los lineamientos vertidos en la materia por la labor interpretativa del sistema interamericano de derechos humanos.

Por lo tanto, dada la estructura federal de gobierno de la Argentina, se torna imperioso para el juez o poder administrador que debe resolver cuestiones que afecten al niño, respetar el bloque de constitucionalidad federal. Esto implicará aplicar las normas de procedimiento de las respectivas jurisdicciones provinciales con sujeción a la legislación y principios que regulan de manera especial los derechos del niño y adolescente, sin descuidar de sustanciar el proceso observando los derechos y garantías que se les reconocen por las normas constitucionales – convencionales.

Es esa lógica la que podrá evitar las contradicciones en la interpretación, las que hoy resultan en gran parte superadas con la sanción del nuevo código civil y comercial y con la consecuente vigencia de un único paradigma de la infancia que confiere efectividad a la figura del abogado del niño.

3. Por último, y como tercer aspecto, la interpretación judicial y del organismo administrativo para dilucidar cuándo y en qué casos deberá designarse un abogado del niño o del adolescente, no podrá prescindir de los principios que trae el sistema de protección integral de la infancia, y de los vertidos en el nuevo Código Civil y Comercial para los procesos de familia como guías, pautas, o criterios que fundamentan el orden vigente, imprimiéndole coherencia, y que permitirán orientar al intérprete no sólo en la labor procesal, sino también en la construcción de sentencias y resoluciones justas.

La inclusión de tales principios en el código de fondo muestra la determinación jurídica sobre la necesidad de hacer efectiva una justicia de acompañamiento en los procesos de familia de los que el niño forma parte, no pudiendo el juez omitirlos en su labor hermenéutica cada vez que deba discernir la participación procesal del niño con asistencia letrada, pues en definitiva son estos los que mediatizan las garantías y valores contenidos en las normas fundamentales.

El activismo judicial que legitima el principio de oficiosidad deberá contribuir a instaurar una justicia de familia que guiada por la búsqueda de la verdad material en los conflictos que se encuentren involucrados los niños, no titubee en indagar si el niño goza de la edad y madurez suficiente, o en examinar el propio caso a la hora de dilucidar si corresponde designar un letrado patrocinante o un tutor *ad litem*, o si un niño está en condiciones de participar en carácter de parte, de dar instrucciones a un letrado, entre otras.

De esta forma esta investigación arroja lo trascendentes que se vuelven los principios, pues también conducen en materia de infancia y adolescencia a que la interpretación

trascienda el plano normativo para tomar contacto con la realidad, en donde el juez no podrá quedar atrapado en el precepto normativo, y deberá necesariamente considerar la situación particular del sujeto para discernir si en virtud de su interés superior corresponde o no admitir la participación con abogado del niño.

Para finalizar, surge claramente de este trabajo que la interpretación jurídica afronta un gran desafío en los tiempos presentes. Los casos y supuestos en que procede la asistencia letrada son regulados en forma expresa en disposiciones aisladas del Código Civil y Comercial de la Nación y en la ley 26.061, pero la aplicación en los casos concretos demandará no sólo considerar la multiplicidad de aspectos que conforman el Sistema de Protección Integral de Derechos, del cual la figura del abogado del niño forma parte, sino también el conjunto ordenado de normas y principios que conforman el ordenamiento jurídico argentino, y más aún las circunstancias personales del niño o adolescente.

Oír que un niño o adolescente tiene derecho a un abogado distinto de sus padres o representantes en el proceso de familia, sigue generando inquietudes y perplejidad al mundo adulto, sin embargo, se espera que la labor interpretativa actual y de los años venideros logre trascender el plano abstracto de la norma para dar efectividad y consolidar la figura del abogado del niño en la realidad social y jurídica de la Argentina.

Bibliografía

Doctrina

BIDART CAMPOS, G. (2006). *Manual de la Constitución Reformada*. (4 Ed.). Buenos Aires: Ediar.

BURGUÉS, M. (2014). “Pautas para el fortalecimiento de las actuaciones de los órganos administrativos de protección de derechos”, M.J. MJ-DOC-6955-AR.

CILLERO BRUÑOL, M. (2007). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (9). Recuperado de https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf

COUSO SALAS, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, (3). Recuperado de http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/...wp/revista%20derechos%203_4.pdf

CRESCENTE, S. (2008). De la vigencia normativa a la vigencia social de la ley 26.061. En E. García Méndez (2 Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (pp. 29-34). Buenos Aires: Del Puerto.

FAMÁ, M.V. Y HERRERA, M. (2005). “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, L.L. ADLA2005-E, 5809.

FAMÁ, M.V. (2009). Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia (nota a fallo). *Revista Jurisprudencia Argentina*, (3), 7-34.

FERNÁNDEZ, S. (2015). “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? construyendo equilibrios”, L.L. 20/05/2015, 82.

GARCÍA CAMPOS, S. (2009). La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH*, 50(8). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>

GARCÍA MÉNDEZ, E. (1993). *Infancia y Derechos humanos*. Conferencia en el XI Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Recuperado el 1/08/2017 de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/B98F26557E2FF0AA05257460007F2139/\\$FILE/ProteccionIntegralE-Garcia](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/B98F26557E2FF0AA05257460007F2139/$FILE/ProteccionIntegralE-Garcia)

GARCÍA MÉNDEZ, E. (1995). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. (2 Ed.). Santa Fe de Bogotá: Forum Pacis.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (2016). “El Art. 2 del Código Civil y Comercial: de los métodos tradicionales de interpretación a los principios constitucionales-convencionales de interpretación”, L.L. RCCyC 17/08/2016, 57.

GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M.V y HERRERA, M. (2006). *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*. (1 Ed.). Buenos Aires: Ediar.

GOZAÍNI, O. (2012). “El niño y el adolescente en el proceso”, L.L.2012-D, 600.

GOZAÍNI, O. (2003). “El debido proceso en la actualidad”, L.L.2004 –A, 1242.

GROSMAN, C. (2001). “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, L.L.1993-B, 1089.

HERRERA, M. (2011). La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. *Revista del magíster y doctorado en derecho*, (4). Recuperado de http://www.academia.edu/30419470/_La_democratizaci%C3%B3n_de_las_relaciones_de_

HERRERA, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. (1 Ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2012). Lineamientos Generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado (Por qué no al maquillaje). *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2), 287-311.

KIELMANOVICH, J. (2005). “Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes)”, L.L.2005-F, 987.

MASSINI CORREAS, C. (2004). “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, L.L.2004-B, 1340.

MAURINO, G. (2008). Acceso a la justicia de los excluidos (en lo social, cultural y económico). *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, 11(12). Recuperado de <http://www.leandroespouy.com/libros/DefensaPublica.pdf>

MEDINA, G. (2014). Principios Generales de la Responsabilidad Parental. En G. Medina y J.C. Rivera (Ed.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (pp. 920-929). Buenos Aires: La Ley 2014.

- MINYERSKI, N. y HERRERA, M. (2008). Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061. En E. García Méndez (2 Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (pp. 43-70). Buenos Aires: Del Puerto.
- MIZRAHI, M. (2015). *Responsabilidad Parental*. (1 Ed.). Buenos Aires: Astrea.
- MIZRAHI, M. (2008). La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061. En E. García Méndez (2 Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (pp. 71-92). Buenos Aires: Del Puerto.
- MORENO, C. (2016). El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Procesal*, (1), 227–259.
- MUSA, L. (2008). La dimensión política de la ley 26.061. En E. García Méndez (2 Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (pp. 1-11). Buenos Aires: Del Puerto.
- OCHAÍTA, E. y ESPINOZA, M. A. (2001). El menor como sujeto de derechos. En M.T. Martín López (Ed.), *La protección de menores: derechos y recursos para su atención* (pp. 33-61). Madrid: Civitas.
- PALACIO, L. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil*. (18 Ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- PANIGADI, M. (2014). Título VIII. Procesos de Familia. Capítulo 1. Disposiciones Generales. En G. Medina y J.C. Rivera (Ed.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (pp. 1030-1050). Buenos Aires: La Ley 2014.
- RODRÍGUEZ, L. (2013). “¿Es suficiente con la intervención del ministerio pupilar para garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes al acceso a la justicia?”, L.L. DFyP 04/09/2013, 82.
- RODRÍGUEZ, L. (2012). “El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes en el proyecto”, L.L. DFyP 01/07/2012, 234.
- RODRÍGUEZ, L. (2011). “Admisibilidad, rol y facultades del abogado del niñas, niños y adolescentes”, L.L. DFyP 01/11/2011, 24.
- ROMANO, C. (2016). *Abogado del Niño – Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar*. (1 Ed.). Buenos Aires: Lajouane.
- SABSAY, D. (2008). La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/2005. En E. García Méndez (2 Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (pp. 15-26). Buenos Aires: Del Puerto.

SOLARI, N. (2013). “El abogado del Niño en el Proyecto”, L.L. DFyP 01/04/2013, 6.

Legislación

Constitución de la Nación Argentina de 1994

Ley 23.054 del 1° de Marzo de 1984. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley 23.849 del 27 de Septiembre de 1990. Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley 19.865 del 3 de Octubre de 1972. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Código Civil de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 26.061 del 28 de Septiembre de 2005. De Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 26.743 del 9 de Mayo de 2012. De Identidad de Género. Honorable Congreso de la Nación.

Dec.415/2006 Reglamenta Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Poder Ejecutivo Nacional.

Jurisprudencia

C.S.J.N., “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos 315: 1492 (1992).

C.S.J.N., “G., M. C c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, Fallos 337: 2017 (2010).

C.S.J.N., “M., G c/ P., C.A s/ Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M.S.M”, sentencia del 26 de junio de 2012. *Centro de Información Judicial*. Recuperado el 6/6/2017 de <http://www.cij.gov.ar/nota-9389-La-Corte-Suprema-de-Justicia-fall--en-un-caso-sobre--abogado-del-ni-o-.html>

Comisión I.D.H, *Informe Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas 2013*, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 2013.

Corte I.DH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Arts. 8 y 25 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)* Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, Serie A N° 17.

Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/1999 del 1° de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

Corte I.D.H., *Sentencia Villagrán Morales y otros*, del 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63.