

*The child's lawyer: in Argentine civil law*

Cristian Raúl Zitelli<sup>1</sup>

#### Resumen

El artículo versa sobre la temática incorporada en el derecho local argentino del "Abogado del niño" con motivo de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Se introduce el tema con una descripción legislativa de la misma previa a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, desarrollando sobre la normativa internacional y constitucional aplicable al caso y los antecedentes existentes en las reglas nacionales argentinas.

Se analizan casos jurisprudenciales, que sirvieron de antecedentes al tema, y algunos que se encuentran pendientes de resolución sobre el abogado del niño con la nueva regulación del Código Civil y Comercial de la Nación. Culminando con un estudio del Derecho comparado sobre el tema y una conclusión sobre su futura implementación.

**Palabras clave:** Niño; Abogado; Interés Superior.

#### Abstract

*The article deals with the theme incorporated in the local Argentine law of the "Child's Lawyer" due to the sanction of the New Civil and Commercial Code of the Nation. The subject is introduced with a legislative*

---

<sup>1</sup> Abogado; Notario; Especialista en Derecho de Familia y Menores (UNL); Especialista en Derecho Administrativo (UNL), Diplomado en Contrataciones Públicas (Universidad de La Coruña), Prof. en Universidad Autónoma de Entre Ríos (FCG); se desempeña como Secretario Legal del Instituto Portuario Provincial de Entre Ríos (IPPER), [cristianzitelli@hotmail.com](mailto:cristianzitelli@hotmail.com)

*description of the same prior to the reform of the Civil and Commercial Code of the Nation, developing on the international and constitutional regulations applicable to the case and the existing antecedents in the Argentine national regulations.*

*Jurisprudential cases are analyzed, which served as background to the subject, and some that are pending resolution on the child's lawyer with the new regulation of the Civil and Commercial Code of the Nation. Culminating with a study of comparative law on the subject and a conclusion about its future implementation.*

**Keywords:** *Child; Lawyer; Higher Interes.*

### **Introducción.**

Con el afán de aportar algo más al tema de la representación y/ asistencia de los menores en procesos judiciales y/o administrativos, hemos optado por el presente aporte sobre la actuación del abogado como patrocinante y/o asistiendo a menores de edad desde la perspectiva de la profesión liberal, es decir, de la nueva perspectiva con que nos encontramos los operadores del derecho en el ámbito de familia, en el cual debemos incorporar estos nuevos conceptos y paradigmas.

Ahora bien, anclándonos en determinada normativa, podemos reconocer que en nuestro medio ha tenido gran desarrollo o impulso en los últimos 10 años -y hoy podemos decir que se encuentra debidamente cubierta la posibilidad legal- la "obligación legal" de que tanto niños, niñas y/o adolescentes, deberían ver efectivizados los derechos que les confieren la propia Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con tal carácter, como también toda aquella normativa interna que se basa en éstos preceptos.

Nos es dable reconocer que el cambio de paradigma en los menores de edad, y su reconocimiento normativo como "sujetos de derecho" más que como "objetos de protección", ha desencadenado toda una corriente doctrinaria y jurisprudencial con el apoyo normativo para acceder a éste tipo de defensas que actúan como verdaderas garantías constitucionales sobre la materia.

El objetivo del trabajo, es lograr que el lector comience a interiorizarse en el tema, encontrando una recopilación de las principales voces autorizadas sobre la materia, y de ésta manera, darle al abogado litigante una nueva perspectiva de actuación, a la que para hacer frente deberá también tener en cuenta el tratamiento "interdisciplinario" de la cuestión, ya que el "cliente" con el que tratará es un Niño, Niña y/o Adolescente (según la nueva legislación), un/a sujeto de Derecho que por su situación -y que según su capacidad progresiva- requerirá especiales cuidados en el tratamiento del ejercicio profesional. La metodología utilizada es el análisis cualitativo de la jurisprudencia local y comparada previa a la sanción de

la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, y sus alcances con la nueva legislación. A través de la analogía lógica respecto de otros ordenamientos que prevén hace tiempo el instituto del abogado del niño, se pretende aplicar el método deductivo, y así, desarrollar conclusiones de los resultados que la inserción de esta herramienta tendrá en nuestro derecho. También, se recurre meridianamente al método empírico de la observación de las distintas medidas que los actores del derecho han tomado en nuestro medio para la implementación de la analizada institución jurídica de defensa de los menores (el abogado del niño).

Sin pretender agotar un tema que recién se encuentra en sus primeras etapas, este trabajo se encamina a posicionarnos normativa y jurisprudencialmente en el tema, e ir reflexionando sobre la experiencia concreta que la aplicación de la ley en éste sentido ha dado como resultados.

### **Nociones y fundamentos.**

En primer lugar, debemos definir nuestro centro de estudio. En éste caso estamos hablando de Niños, Niñas y/o Adolescentes, según la nueva legislación, y que, sin seguir exegéticamente la misma semántica, respeta la idea central de la Convención Internacional de los Derechos del Niño(CIDN)<sup>2</sup>.

En nuestro derecho si bien existían normas que mencionaban la participación de los menores en los procesos administrativos y/o judiciales, antes de la CIDN nos referían a una representación de los menores en juicio o su participación, pero siempre a través de sus representantes legales, y/o en su caso con un representante ad litem para el caso más complejo y de intereses contrapuestos con los propios de la representación legal.

Como lo expresa Jauregui respecto de éste conjunto de normas y principios del viejo C.C. (Código Civil):

“Es antiguo y corresponde a otra época evolutiva de la ciencia. Por obsoleto brinda respuestas genéricas, vetustas. Vaciadas de criterios elásticos y equitativos. Sus conclusiones duras son por definición tan rígidas como estáticas y terminantes. En su favor se alegan razones de seguridad jurídica, como quedó expresado. Es una doctrina la que intenta el ensamble que trasluce rémoras del patronato.” (Jauregui, 2016: 11)

La actuación de los Defensores de Menores (parte del Ministerio Público) según la estructura interna de cada jurisdicción, fue dando cuenta que los menores tenían -además de derechos cuya defensa era muy difícil ser llevada adelante por sus representantes- **intereses propios** en procura de su Interés Superior

---

<sup>2</sup> Ley N° 23.849 sancionada 27/09/1990, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño y promulgada de hecho el 16/10/1990. Incorporada en la Reforma Constitucional de 1994, art. 75 inc. 22 C.N.

que muchas veces no era alcanzado, sino que, planteando una postura particular "desde" el menor, por la contraposición con respecto a los derechos de sus progenitores en muchos casos.

Haciendo un poco de historia respecto de la actuación de menores en procesos judiciales y/o administrativos en nuestro medio, podemos resaltar que hasta fines de los años 90´ resultó muy difícil que los juzgados y estamentos administrativos (por lo menos en nuestro medio), incorporaran per se a menores al proceso. En innumerables ocasiones donde se solicitaba algún tipo de prueba respecto de los menores, los jueces y/o funcionarios administrativos eran reacios a proveerla entendiendo que la protección del menor estaba dada por dejarlo al margen de las cuestiones propias del proceso, y que, el ámbito del juzgado y/o estamento administrativo no resultaba propicio para los menores de edad. Así también pasaba ante la requisitoria de parte de que el menor sea escuchado por S.S.

En más de una oportunidad hemos presenciado cómo se ponían limitantes al derecho a ser oído de los menores en el proceso, dejando fuera de las audiencias a los propios letrados de parte, y solo tomándola el Juez, Secretario y Defensor de Menores.

Poco a poco se fueron incorporando criterios de mayor apertura a los nuevos supuestos, donde el menor no solamente debía ser oído, sino que, por su edad y evolución madurativa, estaba en condiciones de hacer solicitudes, las que muchas veces se incorporaban como solicitud en la propia audiencia, pero por parte del Defensor de Menores como que el menor no podría siquiera mencionarlo.

Creemos que esto se superó rápidamente, por la capacitación y el corte transversal que les dieron a nuestros juzgados la incorporación de *equipos técnicos interdisciplinarios*, que tuvieron la tarea de hacer llegar al juzgador los verdaderos intereses expresados por los menores en sus entrevistas, y muchas veces, a través de sus informes expresar las conclusiones sobre los resultados objetivos de tomar determinadas decisiones sobre menores. Ejemplos de lo mencionado podría ser la evolución escolar, la integración social, etc., que tenían los menores ante una decisión tomada sin su consenso y consulta.

Debemos resaltar, también, que sin dudas hoy ya nos encontramos con otro panorama tanto judicial como administrativo de los procesos con menores, sin dejar de reconocer los innumerables inconvenientes actuales, pero sin dudas se ha logrado incorporar al menor a estos procedimientos donde se ventilan sus propias vidas y muchas veces sus futuros próximos.

Este fue el planteo que se daba antes de la aplicación de la CIDN y sus principios de interpretación en el derecho interno a través de distintos fallos de la CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación). Luego de la incorporación de los parámetros internacionales sobre el tema, se fijó el *cambio de paradigma* (Campos García, 2006: 354) que resultó aplicable a los (hasta entonces) "menores" desde el ámbito internacional a nivel americano.

El cambio de paradigma estaba dado en que los menores pasaron de ser objetos de tutela legal y judicial a ser sujetos titulares de derechos, cuyo reconocimiento resultó imprescindible, y que para hacerlos efectivos debió dotárseles de las garantías necesarias para su defensa. Es decir, todos los principios y fundamentos sobre los derechos de los menores de edad, forman parte de los Derechos Humanos ya expresados en la Convención Americana que fueron in extenso desdoblados en la Convención Internacional de Derechos del Niño.

En conclusión, la Dra. Galli Fiant nos dice -y que compartimos-:

"El cambio paradigmático del que tanto se ha hablado y escrito, el paso del "niño objeto de tutela" al "niño sujeto de derechos", implica necesariamente que pueda posicionarse frente a la autoridad administrativa y judicial que dispone sobre su vida. Su condición de niño o adolescente aconseja la asistencia letrada especializada (art. 27 inc. c Ley N° 26.061) como medida de compensación de la situación de desigualdad real en la que se encuentra a la hora de defender sus derechos. Propiciamos en consecuencia la intervención del Abogado del Niño, como figura apropiada para encausar la participación del mismo en el ámbito administrativo y judicial, y para exigir el respeto de su derecho a ser informado y a expresar sus deseos y opiniones cuando las difíciles circunstancias de su vida han aconsejado que sea separado de su grupo familiar." (Galli Fiant, 2011: 62)

Estos principios que hoy se extraen de la CIDN, ya encontraban su origen en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en su art. 19 que les reconocía derechos y medidas de protección a favor de los menores, por parte de la Sociedad, la Familia y del Estado.<sup>3</sup>

Además de los documentos internacionales cuyo reconocimiento a estos principios es expreso, existen objetivos últimos que persigue este reconocimiento legal y que tienen que ver con el desarrollo de la persona humana desde temprana edad.

La problemática de la minoridad en los procesos tiene, o debería tener, un contenido muy importante que es la interdisciplina en su tratamiento, es decir, que cuando hablamos de *desarrollo integral de la personalidad* no podemos comprender este concepto solo desde el punto de vista jurídico y del reconocimiento de derechos; sino que resultará fundamental el indagar el desarrollo específico en cada menor, para que el ejercicio de los derechos reconocidos legalmente, sea un hecho concreto.

Aquí es donde el tema del "Abogado del niño" va a ir encontrando su importancia y razón de ser.

Al decir de la autora costarricense Shirley Campos García:

---

<sup>3</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Sancionada en 1969, **Art. 19º**: "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 Estado."

"La protección de los niños y adolescentes en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos." (Campos García, 2006:352)

Quisiéramos terminar esta parte introductoria al tema, con un comentario sobre la forma que debe ser ejercido ese particular trabajo de ser "Abogado del niño". Como reconocen casi la mayoría de los autores es un mandato especial para ser ejercido atento la característica del cliente, y su situación especial de vulnerabilidad y capacidad progresiva; en el cual el abogado del niño debe tener una doble función: respecto al niño decodificar al nivel que la madurez y el discernimiento desarrollado del niño requiera, de manera tal que alcance a comprender la importancia y consecuencias del acto que está por decidir; y respecto de la autoridad administrativa y/o judicial, encausar los deseos, sentimientos o simples pedidos del niño de manera tal que la autoridad pueda encaminar procesal y normativamente lo que el niño expresa. En uno u otro sentido, el abogado del niño tiene un desdoblamiento de su labor que va más allá del simple transmisor de conocimientos y comunicador de decisiones.

"La tarea del abogado del niño tiene su propio espacio específico, donde el factor ético y la independencia de todo aquello ajeno a la protección del menor nos lleva a proponer la conveniencia que el ejercicio de esta especialización se desarrolló en ámbitos como los colegios de abogados y organismos afines, donde pueda existir además un control de los servicios que se presten." (Cagliero Yamila Soledad, 2012:123)

### **La situación previa y posterior a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.**

Podemos identificar dos grandes etapas en la actuación de los menores, hoy NN y A (Niños, Niñas y Adolescentes) en los procesos judiciales y/o administrativos: 1) Antes de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial y 2) Con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho Código.

1. Antes de la sanción del Código Civil y Comercial (C.C y C.), también podemos distinguir dos sub-etapas no muy marcadas: antes de la incorporación de los criterios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y con posterioridad a dicha Convención Internacional. No muy marcada esta división, pues la incorporación no hizo eco automáticamente en el uso judicial, y se dio una etapa de transición donde la participación de los niños, niñas y adolescentes fue de diversa índole, desde ser oído en audiencias, en cámaras gesel, hasta la representación por medio de representantes ad litem.

Pues bien en ésta etapa, se debió compatibilizar las normas a las que se refería Jauregui<sup>4</sup> del viejo Código Civil (C.C.) con parámetros etarios rígidos sobre la participación de los menores en juicio, con la aplicación de los principios y preceptos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

---

<sup>4</sup> Jauregui Rodolfo, ob. Cit.

Como llamativo traemos a colación el fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I ~ 2013-10-15 ~ B. L. A. E. c. G., Y. A. S/ régimen de visitas; comentado por el Dr. Jauregui en el artículo citado.<sup>5</sup>

En este fallo que data de antes del comienzo de vigencia del C. C. y C. de la Nación, la CSJN, entendió que no procedía la incorporación de una menor a un proceso donde se ventilaba el régimen de visitas que se le aplicaría, por resultar un menor impúber. De ésta manera se trató de compatibilizar los Arts. 54 inc. 2, art. 921, 99, y 1041 y cctes. del C.C. con las disposiciones de la Convención Internacional de Los Derechos del Niño.

La principal causa para la crítica de éste fallo, es que no se atiende a la progresiva madurez que pueda tener un NN y A, habiéndose apegado el fallo al parámetro etario de los 14 años. Limitar ésta participación directa del menor con un abogado que lo patrocine contradice directamente las pautas de la CIDN, lo que implicaría además un conflicto con las normas internas antes analizadas, con normas de nivel superior constitucionalmente reconocidas (art. 75 inc. 22).

Ahora bien, este criterio jurisprudencial dado en el fallo citado<sup>6</sup>, también se replica en otros de similar importancia como el de la Corte de la Provincia de Mendoza.<sup>7</sup>

En ésta etapa, previa a la vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, -pero posterior a la incorporación de la CIDN-, hubo fallos que han interpretado correctamente (al decir de Jáuregui cuya postura se comparte) la prevalencia de los derechos reconocidos por la CDIN y como la participación de los menores en procesos judiciales con patrocinio de un "abogado especializado en derecho de NN y A", por sobre las normas del viejo Código Civil de Vélez. Causas de la propia CSJN proveniente de la Corte de la Provincia de Santiago del Estero en autos: *Corte Sup., "G., M. S. c/ J. V., L.", 26/10/2010, Fallos 333:2017, cita online: AR/JUR/64441/2010; La Ley del 19/11/2010, pág. 7*. En este caso se trataba de dos menores de edad que contaban con 7 y 10 años de edad, y que se había interrumpido en la primera instancia el régimen de visitas que tenía. La Cámara había reanudado dicho régimen y, el Superior Tribunal Provincial de Santiago del Estero, dispuso el régimen de visitas bajo supervisión. Llegado a la CSJN, se dispuso el cese de las visitas, con respecto a las garantías mínimas del proceso reconoció la figura del abogado del niño y no distinguió por la edad de las niñas disponiendo que fueran ambas con asistencia letrada.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Jauregui Rodolfo, ob. Cit.

<sup>6</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I ~ 2013-10-15 ~ B. L. A. E. c. G., Y. A. S/ régimen de visitas, compulsado en el artículo de Jauregui Rodolfo, ob cit.

<sup>7</sup> "M., G. c/ P., C. A. s/ recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.", del 26/6/2012 (publicado en La Ley del 24/7/2012, pág. 7; La Ley del 8/8/2012, pág. 5, con nota de Osvaldo Alfredo GOZAÍNI; LL 2012-D-601 con nota de Osvaldo Alfredo GOZAÍNI; ED del 23/8/2012, pág. 11.-

<sup>8</sup> *Corte Sup., "G., M. S. c/ J. V., L.", 26/10/2010, Fallos 333:2017, cita online: AR/JUR/64441/2010; La Ley del 19/11/2010, pág. 7*, compulsado en [http://aulavirtual.unl.edu.ar/moodle/mod/resource/view.php?id=105855&subdir=/Bibliografia\\_obligatoria](http://aulavirtual.unl.edu.ar/moodle/mod/resource/view.php?id=105855&subdir=/Bibliografia_obligatoria)

Esto nos llevó a concluir que, previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, las decisiones no fueron homogéneas, inclinándose la tendencia al reconocimiento de los principios de la CIDN más contemporáneamente.

Ahora bien, el cambio normativo en la materia de familia y menores que se da con la sanción y puesta en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial, vino a fundamentar exegéticamente la tendencia que marcaba la CIDN. Como cuestiones medulares sobre el tema que venimos tratando podemos resaltar que:

1. Se reconoce en los menores de edad la Capacidad progresiva basada en el reconocimiento de la madurez del menor.
2. Se dejan sin efecto normativo, las incapacidades basadas en la edad y, con ello, se sortea el impedimento que la CSJN traía a colación en los fallos comentados.
3. Se incorpora el sistema del "diálogo de las fuentes" como método de interpretación jurídica, donde se deja en claro que amén del funcionamiento como leyes marco que tienen las normas del Nuevo Código Civil y Comercial, coexisten diferentes regímenes independientes, específicos por temas y que, de la composición que haga el operador jurídico de las normas de todo orden inclusive del orden internacional, saldrá el derecho aplicable al caso concreto.
4. El Nuevo Código C. y C. se presenta como un Código de casos, donde debe analizarse puntualmente la situación fáctica de cada situación para encontrar la normativa aplicable. Entre otras puntuales cuestiones a resaltar.

Esta etapa está signada justamente por la aplicación a nivel interno del consenso internacional sobre la protección integral del menor, que exige una serie de acompañamientos para que los niños, niñas y adolescentes puedan evolucionar y decidir comprensivamente sobre el ejercicio de sus derechos. Sobre éste tema es muy claro un artículo publicado por la Dra. Laura Rodríguez en la Revista "Derecho de Familia y de las Personas" que edita La Ley, en comentario de fallo judicial cuando dice:

"El consenso internacional ha virado cualitativamente desde el paradigma tutelar clásico, para adherir a la doctrina de la protección integral, donde el principio de legalidad es un elemento primario y la autodeterminación, un valor a fomentar." (Rodríguez, 2012:115)

Entonces, como prelude a desarrollar la situación normativa actual y su repercusión jurisprudencial, podemos afirmar, que luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se fue marcando el plexo normativo aplicable para el juzgador que le permite al menor de edad la posibilidad que con la madurez suficiente pueda nombrar a su letrado patrocinante, en defensa de sus intereses.

### **Normas internacionales y de nivel constitucional.**

Fundamento normativo para la actuación del menor de edad con asistencia letrada en los procesos judiciales y/o administrativos, encontramos desde la Constitución Nacional (CN) en normas generales como por ejemplo Art. 16 CN donde se asegura la igualdad ante la ley, o el Art. 18 donde se habla que la defensa en juicio de la persona y los derechos son inviolables, por ejemplo, también en la mención propia del Preámbulo cuando fija como objetivo el "afianzar la justicia" (Chaves Luna, 2014:33). Estas cuestiones y principios que parecieran un poco básicas para fundamentar la actuación de un menor en forma autónoma y con patrocinio letrado, deberán en última instancia servir como principios de interpretación en los casos donde existen normas contrapuestas sobre el tema.

Pero como seguramente sabrá el lector, las normas internacionales de mayor relevancia las encontramos en la CIDN a nivel constitucional, replicadas en la incorporación que hace el Art. 75 inc. 22 y también 23 de los diversos tratados de Derechos Humanos, y regionales sobre cuestiones entre las que se mencionan ésta a la que nos estamos refiriendo.

En la CIDN se aplicarían al tema los siguientes artículos: Art. 3º cuando define el Interés Superior del Niño que es lo que en realidad se busca resguardar al permitir participar con patrocinio letrado en procesos, el Art. 4º cuando habla del Principio de efectividad en las medidas a tomar para asegurar los derechos con las correspondientes garantías a los menores de edad; el Art. 9º en el caso de los niños separados de su entorno familiar allí expresamente se asegura a "todas" las partes la posibilidad de participar en el proceso y dar a conocer sus opiniones (consideramos que éstos casos junto a los casos de los menores en conflicto con la ley penal, son en los que más necesario se muestra la necesidad de contar con una asistencia técnica letrada para el menor); el Art. 12 cuando se refiere al Derecho a ser escuchado, a formar juicio propio y a expresarse; el Art. 19 en lo que respecta a la protección contra el perjuicio o abuso físico o mental, maltrato y abuso sexual donde, sin dudas, además de la asistencia interdisciplinaria el menor deberá contar con un asistente técnico letrado que pueda darle las opciones y hacer formar un juicio propio ante la situación.

Pero no solamente la CIDN como texto internacional aplicable nos trae normas que directamente o por medio de la interpretación sustentan la actuación del abogado asistiendo a un menor de edad en el proceso. Podemos mencionar por ejemplo la Declaración Americana de Derechos del Hombre, que en su Art. XVII al referirse a los Derechos Civiles, asegura que: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales."<sup>9</sup>

También el Art. XXIV de la misma Declaración resultaría aplicable al decir de la Dra. Chaves Luna (Chaves Luna, 2014:36/37) cuando asegura la posibilidad a cualquier persona de presentar respetuosamente

---

<sup>9</sup> Declaración Americana de Derechos del Hombre, Art. XVII, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> compulsado el 05/04/2016.

peticiones ante la autoridad competente. Es decir que no distingue entre personas de una u otra edad, lo que resultaría de interpretación que los menores también tienen ese derecho.

A su vez, en la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>10</sup> en su Art. 8º cuando habla de las garantías judiciales, también menciona el derecho a ser oída que tiene toda persona, con las debidas garantías. (Chaves Luna, 2014:36)

Por último en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup> en su Art. 24 habla de medidas de protección y en el inc. 1 de dicho artículo dice:

*"Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado."*<sup>12</sup>

Como una pauta importante de interpretación a nivel internacional, podemos traer a colación Opinión Consultiva N° 17/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica y derechos humanos del Niño, de fecha 28/08/2002, donde en sus fragmentos más relevantes dice expresamente:

"96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. ... 98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías." (Opinión Consultiva CIDH N° 17/02: 73)

Aquí reconociendo la diferencia y el porqué de la protección especial del NN y A, en interpretación del Art. 12 de la CDN, pero por sobre todas las cosas lo que se debe utilizar en interpretación a favor de la participación del NN y A en los procesos administrativos y/o judiciales en forma autónoma y con asistencia técnica letrada, es por las conclusiones a las que se llegó en dicha opinión consultiva en el punto 102, a saber:

---

<sup>10</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, compulsado el 05/04/2016 en <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericana sobrederechoshumanos.pdf>

<sup>11</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, compulsado en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticost.htm?gclid=CNSbx9bR-MsCFQckhgodm9sK9Q> el 05/04/2016

<sup>12</sup> Art. 24º inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

"102. En definitiva, 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 caso." (Opinión Consultiva CIDH N° 17/02: 75/76).

### **Normas de nivel infraconstitucional.**

A nivel nacional encontramos la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de NN y A. En su Art. N 27 nos menciona las garantías mínimas de procedimientos judiciales y/o administrativos. Vale la pena citarlo porque es una norma que reglamentada a través del Dc. Nacional N° 415/06 PEN, por el cual se invita a las Provincias y a la CABA (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), a adoptar medidas para llevar adelante el cumplimiento de la Ley Nacional, vemos que sería de cumplimiento y exigencia a la autoridad local la realización de los derechos que asegura.

Así el Art. 27 de la 26.061 textualmente dice:

"ARTICULO 27. - GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte." (Art. 27 Ley Nacional N° 26061).

Es, sin duda, la norma más clara de aplicación sobre el tema que estamos viendo en la que sustentamos normativamente desde su sanción lo que la tendencia de los pactos internacionales venían imponiendo aún antes de la entrada en vigencia de dicha ley.

Asimismo, la norma fue en el año 2006 reglamentada a través del Dc. N°415/06 PEN, donde se aclara que la designación de abogado que lo represente y/o patrocine, debe darse en búsqueda de resguardar los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente.

"Dc. Nac. N° 415/06:... ARTICULO 27: El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses 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 Público. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades." (Dc. Nacional N° 415/06 PEN compulsado en fecha 05/04/2016 en [https://www.oas.org/dil/esp/Decreto\\_415-06\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_415-06_Argentina.pdf))

En el Código Civil y Comercial encontramos la mención al abogado del niño, refiriéndose a "asistencia letrada" en los siguientes Artículos:

El Art. 26 del CC y C parecería indicar que en caso de intervenir el niño, niña o adolescente con asistencia letrada en un proceso, solo se circunscribiría al caso en que entre en conflicto de intereses con uno o con ambos progenitores, pero ya veremos que de la interpretación armónica de las normas podemos inferir que no resultaría un caso de excepción.

"Artículo 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. 26 Código Civil y Comercial Argentino)

Es decir desde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ya se reconoce el parámetro de la capacidad progresiva como un determinante para la actuación del abogado del niño, bajo la fórmula que conjuga "edad y grado de madurez suficiente".

Igualmente como veremos en algunos fallos que comentaremos más adelante, el tema de la edad ha sido base para la discusión porque, si bien no es un parámetro rígido, se ha discutido sobre a partir de qué edad el menor puede tener un grado de madurez tal, para comprender y poder elegir asistencia letrada para el proceso. Lo veremos al comentar los fallos glosados.

Es importante a partir del juego armónico de la Ley 26.061, con su decreto reglamentario, como del Código Civil y Comercial de la Nación hacer hincapié en que es el Estado el que se encuentra obligado a asegurar la asistencia letrada del menor; y es destacable que los Colegios Profesionales, Universidades, Agentes Públicos, deban ser los designados a tal fin, de manera que se asegure un tipo de especialización en el letrado patrocinante para que alcance a entender su verdadero rol, que debemos distinguir del rol que juega el Ministerio Público en éstos casos.

También y siguiendo con el análisis del C.C. y C., el Art. 109, al referirse a la Tutela Especial, el ordenamiento da la posibilidad al "adolescente" (no habla de NN y A), a actuar por sí con la asistencia letrada.<sup>13</sup> Esta es una de las normas que llevó a cierta parte de la doctrina a sostener que el menor de edad, que no resulta adolescente, no está habilitado por el ordenamiento jurídico para la designación de un abogado que lo patrocine, y que, por lo tanto, su participación directa en el proceso resulte clara.

Siguiendo con el C.C. y C. en el Art. 596, cuando se da el derecho al menor de conocer sus orígenes, una posibilidad también es que pueda contar con asistencia letrada. En esta norma también se habla del "menor adolescente".

"ARTÍCULO 596.- Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. .... 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. 506 C.C. y C. de la Nación)

Aquí vemos que la norma "faculta" al menor adolescente a intervenir con asistencia letrada. Se resalta lo de la facultad del menor, puesto que la pregunta que también nos hacemos y dejamos planteada, es si el Estado está obligado a proveer de asistencia letrada en el caso que el menor adolescente quisiera intervenir en virtud de ésta norma.

Luego se mencionan las normas que tienen que ver con el proceso de adopción, como son el Art. 608 C.C. y C. que le reconoce el carácter de parte al menor y habla de la asistencia letrada, y el Art. 617 que trata de las reglas de procedimiento en la adopción, también en el mismo sentido.

En esto compartimos la crítica que hace la Dra. Chaves Luna (Chaves Luna, 2014: 36) cuando aduce que se tiene al menor pretense adoptado por parte y se lo escucha desde los 10 años de edad, pero no se impone la asistencia letrada obligatoria, que de darse la comparencia sin asistencia técnica letrada, podría efectuarse el caso de que el menor no comprenda la significación del acto que es dar su consentimiento.

Rápidamente se menciona el Art. 661 del C.C. y C. en cuanto le da legitimación al menor para reclamar alimentos a su progenitor con asistencia letrada; el Art. 677 C.C. y C. sobre la posibilidad de estar en juicio de los menores de edad prescribiendo que el menor adolescente, cuando lo hace de manera autónoma de sus progenitores con asistencia letrada, quedaría habilitado.

---

<sup>13</sup> "Art. 109 C.C. y C.: 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." Compulsado el 05/04/2016 en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>

También en igual tesitura el Art. 678 C.C. y C. habla de que, en caso de que el menor adolescente, tenga intereses contrapuestos con sus progenitores quienes expresan oposición a una acción intentada por el menor, puede el juez autorizar al adolescente a intervenir con asistencia letrada.

El Art. 679 C.C. y C., es llamativo porque habla de casos en que el menor reclame a sus progenitores por sus propios intereses, y aquí no pone el límite etario de considerarlo adolescente, sino que solamente habla de edad y el grado de madurez suficiente. Pues en esos casos puede actuar solo, sin necesidad de autorización judicial y con asistencia letrada. (Chaves Luna, 2014:53/59).

A grandes rasgos hemos expuesto tanto la normativa internacional, constitucional e infraconstitucional que menciona al abogado del niño. Fue sin dudas a nivel Internacional la CIDN la que con mayor fuerza receptó el tema y de allí se extendió por todo el andamiaje de los Estados firmantes de la Convención.

A nivel infraconstitucional, la Ley 26.061 vino a replicar los principios y preceptos de la CIDN, pero sin dudas el Código Civil y Comercial fue el que caso por caso trajo -como necesaria en algunos de ellos o como facultativa en otros-, la actuación de la asistencia técnica letrada junto al menor de edad.

Es también dable destacar que en las normas del Código Civil y Comercial, podemos notar que al menor adolescente (mayor de 13 años) pareciera reconocerle sin problemas la posibilidad de actuar por derecho propio y con asistencia letrada en procesos administrativos o judiciales (autónoma), y con los menores de 13 años si bien no es claro, en algunos casos y por interpretación armónica de todas sus normas podemos decir que resultaría más restrictiva la posibilidad de actuación personal con asistencia letrada, siempre supeditado a la capacidad progresiva del menor, expresada en sus normas como "edad y grado de madurez suficiente", pero que no resultaría vedada tal posibilidad en virtud del Art. 26 y de la interpretación armónica que el diálogo de fuentes (internas e internacionales) que el propio código nos trae como posibilidad de interpretación.-

"Haciendo una lectura integral del nuevo Código creo que será invocando el art. 26º donde podremos encontrar la respuesta que se adecua a la plena vigencia de los derechos y garantías de los NNyA cuando establece en relación al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad que "en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada." Por consiguiente, a los Niños y Niñas menores de 13 años no les será vedado su posibilidad de participar en el proceso con abogado del niño..." (Chaves Luna, 2014:90).

Como corolario a éste Capítulo queremos poner de resalto las funciones que se pueden resumir del Abogado del Niño, según lo previsto por el Código Civil y Comercial en el Art. 27 inc. c, como sería brindar asistencia técnica personal al NNyA para la toma de decisiones, poner de relieve el interés personal del NNyA, tener en cuenta la mirada del NNyA en busca de su Interés Superior.

En cambio, el Asesor y/o Defensor de Menores e Incapaces es defensor promiscuo de los NNyA por mandato Constitucional, también defiende los intereses y derechos de la sociedad y el Estado, y tiene una mirada adulta comunitaria sobre el Interés Superior del NNyA en particular (Chaves Luna, 2014:95).

En el Capítulo siguiente, se analizan los principales fallos judiciales sobre el tema que han marcado, previo a la entrada en vigencia del C.C. y C., el camino en la aplicación de estas disposiciones sobre el abogado del niño.

### **Jurisprudencia Nacional.**

En este capítulo se llevará a cabo una reseña sucinta de las posturas que a nivel nacional se han tomado respecto de permitir la asistencia técnica letrada de los menores.

1) Autos: **"Y.S. y Y.T y otro S/ incidente familia" Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil G, del 13/12/2012.** En este juicio se impidió que dos menores de 9 y 5 años de edad pudieran presentarse directamente a tomar intervención con asistencia letrada, entendiéndose que antes de los catorce años hay una incapacidad absoluta de hecho, y que, por lo tanto, no podían elegir ni designar abogado. En el fallo se trata de desarrollar diferentes argumentos que quieren dejar de relieve que los Estados como Argentina que suscribieron la CIDN pueden aplicar sus principios reglamentando sus disposiciones a nivel interno. Tenemos que tener en cuenta que este fallo se da antes de la entrada en vigencia del Nuevo C.C. y C. de la Nación, y que con el viejo C.C. el sistema de capacidad era de tipo etario y cerrado, por lo que se quiso interpretar los principios contenidos en la CDN en concordancia con el C.C. y las garantías mínimas de proceso. No es la tendencia de hoy día. (Chaves Luna, 2014:61/62). Como excusa se dijo en éste caso que estaba suficientemente resguardado el Interés Superior del Niño, por la actuación del Defensor de Menores y la eventual representación de un tutor público ad litem en caso de considerarse necesario. Esto lleva al comentario del siguiente fallo.

2) **"Expte. N° 146389. R., J.M; M.A.; G.N., C.S.L.; V.M. S/ protección de persona", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 3ª. 19/04/2012.-** En este caso se había nombrado a un Asesor de Incapaces (parte del Ministerio Público) bajo la figura de "abogado del niño" a un menor, y la Cámara revoca el nombramiento procediendo a nombrar a un Defensor Oficial que lleve la defensa técnica del menor en los términos de la Ley N°26061, art. 27°; hace una buena distinción entre los roles del "abogado del niño" en los términos de la Ley 26061 y la CDN, hoy diríamos también del C.C. y C.; con respecto al rol del Asesor de Menores perteneciente al Ministerio Público.

"Resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro funcionario en el rol de Asesor dictamine de acuerdo a lo que percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a derecho y al Interés Superior del Niño (Art. 3 de la CDN), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el Art. 12.2 de la Convención sobre Derechos del Niño" (Chaves Luna, 2014:63).

Ya lo aclara la autora Chaves Luna, cuando dice:

"De este modo es dable concluir que las intervenciones profesionales del abogado del niño y del defensor de menores tienen distintos fundamentos, no se superponen, son roles diferenciados y su necesaria presencia, la de ambos es la que mejor contribuye a la plena vigencia de los derechos de NNyA."

"El abogado del niño no será representante del niño ni podrá por ejemplo autorizar operaciones quirúrgicas ante peligro de vida de su asistido ni está habilitado para administrar bienes del NNyA como podría ser Asignación Universal por Hijo o cualquier otra prestación de la seguridad social." (Chaves Luna, 2014:91).

3) **Expte. C003987, de fecha 07/12/11 "T., F.H. C/ A.M., A.M. S/ tenencia de hijos", Sala R, en el Dial AE26E0.** En este fallo se admitió el patrocinio de un menor de 3 años de edad, del cual se dirimía su tenencia entre los progenitores, y se aclaró que el Juez tendría las facultades necesarias para el *gobierno de las formas, a fin de adaptar razonada y funcionalmente* la actuación del abogado patrocinante del menor. Es decir que la actuación del abogado en este caso está encaminado a que el menor pueda formar su propio juicio.

"Si bien aparece necesario que si el niño participa activamente en el proceso cuente con un abogado que garantice su libre y auténtica expresión puesto que ignora la ley y los mecanismos judiciales, tampoco puede soslayarse cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección del interés superior del niño se materialice." (Chaves Luna, 2014:70).

4) **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, "T.H.E." 20/10/1998, La Ley 1999-D, 149 -DJ 1999-2, 418.-**

En este fallo se destaca que el derecho del menor a ser oído, así como intervenir de otra forma en un proceso administrativo y judicial que se encuentra resguardado en la CDN, y en la Ley N° 26061, es de carácter *personalísimo*, puesto que no se cumple en los casos en que se designare tutor ad litem, o en el caso de que intervenga el Defensor de Menores (Asesor de menores en otras jurisdicciones). Y allí para

resultar la participación del menor en el proceso como expresión realizada del derecho consagrado, tiene que contar con un asesor técnico letrado que pueda ayudar al menor a tomar las decisiones que sólo, por su propia capacidad progresiva no estaría en condiciones de tomar.

"El derecho del niño a ser oído es de carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se exija su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor —en el caso con relación a la tenencia y al régimen de visitas en el marco del juicio de divorcio—, ni de una figura como la del tutor "ad litem" por cuanto su intermediación desvirtuaría la finalidad que se persigue (del voto del Dr. Pettigiani)" (Revista de Derecho y Familia y de las Personas, 2011:116)

5) **Cámara Nacional de Apelaciones Sala B, 19/03/2009. "K.A. y otro C/ K.S." publicado en SJA 29/07/2009.** Este caso se trata de una contienda judicial para revincular a dos niños con su padre. Y que además de intervenir la madre de los menores en el proceso, se decide presentar a ambos con el patrocinio letrado de una abogada L.V., quien toma la figura de abogada de los menores en los términos de la Ley 26.061. Pero de las entrevistas judiciales con los menores y con la letrada que se mantuvieron por separado, la Cámara llegó a éstas conclusiones:

"...la impresión recogida en las entrevistas que por separado se mantuvo con A. y M. y con la referida letrada, demuestran a la claras que todos aquellos escritos no son más que meros artilugios de la madre doña M.K.S. para imponer su personal criterio en las cuestiones debatidas en los diversos juicios promovidos; para lo cual acudió a la búsqueda de una "abogada de niños", a contratarla para ellos y pagarle en privado de su peculio los honorarios por su gestión ...No es así como se defienden los intereses de los niños y adolescentes, recorriendo un camino inverso a lo que signifique realizar todos los esfuerzos posibles para un desarrollo autónomo de ellos. ...El ordenamiento vigente busca una real autonomía de los hijos y mal se podrá propender a ella cuando dichos hijos aparecen asistidos por abogados que fueron contratados por un progenitor, quien además les da instrucciones, conviene sus honorarios y los paga de su bolsillo. Obrar así no es respetar la Ley 26.061, sino violarla." (Chaves Luna, 2014:74).

Párrafo aparte merece la resolución del tema en éste fallo, puesto que hicieron cesar en las funciones a la Abogada L.V., nombrando abogado de los niños a su tutor ad litem, quien lo haría en su doble carácter de tutor y abogado del niño; cuestión que para el suscripto no fue una decisión acertada atento las diferentes funciones que están llamados a cubrir ambas figuras respecto de los intereses de los menores, y que, podrían llegar concluir con intereses contrapuestos en el mismo profesional.

#### **Referencia del tema del abogado del niño en el Derecho Comparado.**

1) En **Francia** existe desde 1989, la "Ley Dorlhac", del 10/7/1989, que establece que un niño víctima de violencia familiar, puede contar con un abogado personal, a modo de administrador de los recursos

judiciales que actuará principalmente bajo la órbita de la Ley Penal. Resultaría similar a lo que en nuestro país conocemos como casos de vulnerabilidad de los menores por encontrarse en conflicto con la Ley Penal. Ese nombramiento se prevé que sea ad hoc.

2) En **Italia** cuando se trata de procesos en los que los niños tienen intereses contrapuestos con los de sus representantes legales, se prevén en la ley de forma la designación de un curador especial, que preferentemente será un abogado (art. 78, Cód. Proc. Civ.); si bien no tiene la misma apertura en los casos, ya que debe encontrarse esta oposición de intereses, se encuentra previsto. Ahora bien, en ciertas materias de Derecho de Familia el juez puede permitir que se designe un curador especial que represente al/los hijos aun si no existiera conflicto acerca de la atribución de la guarda (art. 321, CCiv. italiano). Se observa menos específico en las normas aplicables que en nuestro orden nacional.

3) "En **Gran Bretaña**, en las cuestiones atinentes a la guarda en el marco de un proceso de divorcio, el juez se encuentra facultado para nombrar un guardián ad litem, que producirá informes para determinar cuál es el mejor interés del niño." (Fama, 2015: 17).

4) "En **Estados Unidos** se ha difundido la figura de los "defensores voluntarios de los niños", entre cuyas responsabilidades se incluyen la investigación del caso, la ayuda al niño, el desarrollo de un plan de trabajo en función de la realidad fáctica de cada expediente en particular, la implementación de un servicio de seguimiento, la identificación de información que puedan aportar datos relevantes para la búsqueda de soluciones adecuadas, etc. Dentro del programa de ayuda al niño víctima o testigo implicado en un proceso penal o civil, se introduce la figura del **friend of the Court**, o **amicus curiae**, que cumple tareas de acompañamiento y contención psicológica y está facultado para realizar recomendaciones a los jueces y fiscales en lo relativo a las capacidades y necesidades del niño." (Fama, 2015: 18).

El comentario que merece la regulación estadounidense, en general en los restantes casos de familia dependerá de la normativa de cada Estado. Así, en alguno de ellos, se activará la posibilidad de contar con el Abogado del Niño ante conflicto de intereses entre el menor con sus progenitores en alguna materia como sería divorcio, tenencia, en otros Estados se extiende también a los casos de adopción, por ejemplo.

La autora nos comenta que, en especial en la sociedad norteamericana, se hace hincapié en las actividades que despliega un abogado del niño, estableciéndole, desde los colegios que los nuclea, responsabilidades ante una conducta profesional que se desvíe del objetivo de asistir al menor para la toma de decisiones.

Ejemplo de esto serían las reglas de actuación profesional impuestas a los abogados de niños en Massachusetts, que entraron en vigencia el 01/01/1998 y que señalan entre los puntos más importantes:

"Un abogado está obligado a mantener en la medida de lo posible la relación normal de abogado-cliente, aun cuando la capacidad del cliente para tomar decisiones adecuadas en el marco de la representación está afectada, ya sea por la situación de menor de edad, discapacidad mental o cualquier otra razón". "... se admite el apartarse de la relación normal abogado-cliente cuando un abogado cree razonablemente que su cliente ha perdido la capacidad o cuando entiende que no puede sostenerse una relación normal abogado-cliente... porque el cliente carece de capacidad suficiente para comunicarse o para tomar decisiones consideradas adecuadas con relación a la representación y si el abogado cree razonablemente que el cliente se encuentra en riesgo de sufrir un grave daño patrimonial, físico, mental u otro". Cuando alguna de estas circunstancias acaece, "El abogado podrá consultar a los miembros de la familia, agencias que protegen a personas adultas, u otra institución o individuos que gozan de la autoridad suficiente para proteger al cliente, y si resulta necesario el abogado puede solicitar la designación de un tutor/guardián ad litem, curador, según el caso. La consulta deberá hacerse a aquellas personas o instituciones que tengan posibilidad de proteger al cliente pero no podrá consultar a aquellos que actuarían en contra de los intereses del cliente. Y al hacerlo el abogado podrá revelar información confidencial en la medida de que sea necesario para proteger los intereses del cliente. El Consejo de la Defensa Pública también ha promulgado reglas que marcan standards que regulan la actuación de los abogados designados por el Estado. En este sentido, se ha expresado que "Si el niño goza de edad suficiente y capacidad para formular su propia posición informada, entonces el profesional deberá abogar por dicha posición". Dichos standards permiten al abogado perseguir el "mejor interés del niño" solamente cuando éste no puede alcanzar un juicio informado. La referida opinión producida por la barra de abogados de Massachusetts recomienda que en estos casos el abogado informe al tribunal el punto de vista contrario del niño y explicita las razones que lo instan a pensar que la manera de ver las cosas que tiene su cliente no lo conduce a lograr lo que constituiría su mejor interés." (Fama, 2015:18/19).

## Conclusión

La figura del abogado del niño se presenta en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, reconociendo un largo camino recorrido desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño hasta nuestras normas internas, continuando ahora con la nueva regulación, su implementación legal y su desarrollo jurisprudencial.

Una vez más podemos notar al estudiar la génesis y el desarrollo de estos temas que, en particular, el tema del abogado del niño, ha sido uno de los pilares en el cambio de paradigma de pasar del niño "*objeto de tutela*", al niño "*sujeto titular de derechos*". Debemos reconocer que la tendencia ante la problemática de la minoridad en el proceso parecería querer alejar al menor de cuanto proceso o trámite judicial y/o administrativo pueda, como una reacción diría casi refleja en el intento de protegerlo. La realidad nos indica sin embargo que, debemos entender que el niño, niña y adolescente es una "persona" (sujeto) con todos los derechos reconocidos y en expectativa de poder hacerlos realidad. Lo que debemos intentar los operadores

jurídicos es ayudar a que esta especial situación de las personas, la minoridad, por su condición de capacidad aún no plena (por así llamarlo), tengan la posibilidad de defender y hacer valer por sí los derechos que ya tienen y que fueran ampliamente reconocidos en todo el bagaje normativo y jurisprudencial, nacional e internacional que se ha abordado en este trabajo.

Recordamos los inicios de la práctica profesional en el fuero de familia (que en Entre ríos hasta el año 2000 se daba dentro del fuero civil y comercial), resultaba en ese momento impensada la participación de un menor en el proceso donde se estaba definiendo su tenencia, régimen de visitas –hoy de responsabilidad parental, o régimen de comunicación–, siempre entendido como una cuestión de proteger su integridad psicológica ante la pelea de sus progenitores.

También creemos que el cambio que dio el paradigma, de dejar de ver al menor como “algo” a proteger, fue la actitud que los progenitores siempre tuvieron ante contiendas familiares en las que se encontraban involucrados sus hijos menores. No queremos cometer el error de generalizar los casos, pero la experiencia vivida nos lleva a concluir que muchas veces (la mayoría de ellas) los menores eran tomados como medios de presión por sus progenitores en procura de hacer cumplir sus exigencias frente al otro, por lo que el Interés Superior del Niño (concepto que también costó delinear) quedaba relegado a un segundo plano.

Pues bien, si la práctica judicial en el medio local llevó a esto, celebramos que instituciones como éstas, la del “abogado del niño”, hayan sido formalizadas en Convenciones Internacionales, Leyes Nacionales, Leyes Locales, y muchas veces en protocolos de actuación que prevén la asistencia técnica letrada a menores de edad; porque en definitiva si quienes están llamados a cuidar sobremanera el interés superior de sus hijos no lo hacen, deberán ser los propios menores quienes munidos de las instituciones jurídicas apropiadas, los que también clamen por el cumplimiento y la no vulneración de sus derechos.

Por último, a través de la reseña de la Dra. Famá, hacemos notar que excepto en EEUU, donde la práctica tribunalicia y la organización de los foros de abogados parece haber tomado un desarrollo importante respecto a los abogados de niños, siendo coadyudantes en los procesos de familia; en el resto de los países mencionados en el presente trabajo, no sería tanto el desarrollo y aplicación de ésta “institución jurídica. Pensando en nuestro país, concluimos que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina ha quedado muy bien posicionada normativamente para una correcta aplicación y desarrollo de la misma. Creemos que la práctica profesional y judicial–administrativa, así como los operadores del derecho, deben hacer el resto.

#### **Bibliografía.**

- Cagliero, Y.S. (2012), “Investigación de jurisprudencia y doctrina sobre el Abogado del Niño”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, pág. 118/135, Ed. La Ley, Año IV, Numero 8.-

- Campos García, S.; "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia", revista IIDH, Vol. 50, pág. 351/377, publicado en los artículos de Corte Interamericana de Derechos Humanos, link: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>
- Chavez Luna, L.S. (2015) "El abogado del Niño", Ed. Tribunales, año 2017.
- Convención Americana de Derechos Humanos, compulsado el 05/04/2016 en <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf>
- Declaración Americana de Derechos del Hombre, Art. XVII, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> compulsado el 05/04/2016
- Decreto Nacional N° 415/06 PEN compulsado en fecha 05/04/2016 en [https://www.oas.org/dil/esp/Decreto\\_415-06\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_415-06_Argentina.pdf)
- Fama, M.V, en "Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia", en Lexis N° 0003/014560, Jurisprudencia anotada.
- Galli Fiant, M.M., "La voz de niños y adolescentes sujetos a una medida de protección excepcional", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas", pág. 51/74, Ed. La Ley, N° 11, Diciembre de 2011
- Jauregui, R., "Abogado del niño y "menores impúberes": ¿Es una utopía la garantía mínima del art. 27 inc. c) de la ley 26-061?" Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (julio), 01/07/2014.
- Ley N° 23.849 sancionada 27/09/1990, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño y promulgada de hecho el 16/10/1990.
- Opinión Consultiva N° 017/2002 CIDH compulsada en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, compulsado en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm?gclid=CNSbx9bR-MsCFQckhgodm9sK9Q> el 05/04/2016
- Rodríguez, L., "Vulneración de defensa técnica para las personas menores de catorce años", en Revista "Derecho de Familia y de las personas", pág. 110/126, Ed. La Ley, Octubre 2012.

#### **Legislación y Jurisprudencia citada.**

- Art. 24° inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Art. 27° Ley Nacional N° 26061.-
- Art. 26 Código Civil y Comercial Argentino compulsado el 05/04/2016 en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>
- "Art. 109 C.C. y C.: 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 si, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial." Compulsado el 05/04/2016 en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6>
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I ~ 2013-10-15 ~ B. L. A. E. c. G., Y. A. S/ régimen de visitas, compulsado en el artículo de Jauregui Rodolfo, ob cit.
- Convención Americana de Derechos Humanos, compulsado el 05/04/2016 en <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf>
- Corte Sup., "G., M. S. c/ J. V., L.", 26/10/2010, Fallos 333:2017, cita online: AR/JUR/64441/2010; La Ley del 19/11/2010, pág. 7, compulsado en [http://aulavirtual.unl.edu.ar/moodle/mod/resource/view.php?id=105855&subdir=/Bibliografia\\_obligatoria](http://aulavirtual.unl.edu.ar/moodle/mod/resource/view.php?id=105855&subdir=/Bibliografia_obligatoria)

- Dc. Nacional N° 415/06 PEN compulsado en fecha 05/04/2016 en [https://www.oas.org/dil/esp/Decreto\\_415-06\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_415-06_Argentina.pdf)
- Declaración Americana de Derechos del Hombre, Art. XVII, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> compulsado el 05/04/2016.
- ELDial AE26E0Expte. C003987, de fecha 07/12/11 "T., F.H. C/ A.M., A.M. S/ tenencia de hijos", Sala R, en, compulsado en Chaves Luna Laura Selene, "El abogado del niño", ob. cit. Página 70.-
- Ley N° 23.849 sancionada 27/09/1990, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño y promulgada de hecho el 16/10/1990. Incorporada en La Reforma Constitucional de 1994, art. 75 inc. 22 C.N.
- "M., G. c/ P., C. A. s/ recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.", del 26/6/2012 (publicado en La Ley del 24/7/2012, pág. 7; La Ley del 8/8/2012, pág. 5, con nota de Osvaldo Alfredo GOZAÍNI; LL 2012-D-601 con nota de Osvaldo Alfredo GOZAÍNI; ED del 23/8/2012, pág. 11.-
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, compulsado en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPoliticos.htm?gclid=CNSbx9bR-MsCFQckhgodm9sK9Q> el 05/04/2016
- Opinión Consultiva N° 017/2002 CIDH compulsada en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) , página 73.-
- Opinión Consultiva N° 017/2002 CIDH compulsada en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) , página 75/76.-

