

XIII Congreso Nacional y II Congreso Latinoamericano de Sociología Jurídica

Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica

Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica –SASJU.

Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012.

Comisión 5 - Familias, infancias y adolescencias: las respuestas del campo jurídico.

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL DERECHO DEL NIÑO A SER OIDO Y EL ABOGADO DEL NIÑO.

Autoras

❖ **Laura Noemí Lora, D.N.I. 18.122.751**, Doctora en Derecho, Área Social (UBA). Abogada. Especialista en Administración de Justicia y Sociología Jurídica. UBA. Facultad de Derecho. Docente Investigadora UBA categorizada por Ministerio de Educación. Directora del Proyecto de Investigación UBACyT, Programación Científica 2012-2015, “*La infancia herida*”, lugar de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” (Facultad de Derecho - U.B.A.), lauraloraadopcion@yahoo.com.ar, Dir.: Figueroa Alcorta 2263, 1º piso, Instituto Gioja, Tel. (011) 4809-5629, Buenos Aires, Argentina.

❖ **Laura Vanesa Medina, D.N.I. 31.438.794**, Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA), 2009. Especialista en Derecho Privado. Ejercicio independiente de la profesión. Auxiliar –docente cátedra Sociología Jurídica en Facultad de Derecho, U.B.A. Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT, Programación Científica 2012-2015, “*La infancia herida*”, lugar de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” (Facultad de Derecho - U.B.A.), dra.lauramedina@hotmail.com, Dir.: Figueroa Alcorta 2263, 1º piso, Instituto Gioja, Tel. (011) 4809-5629, Buenos Aires, Argentina.

1. ABREVIATURAS

CIDN	Convención sobre los derechos del niño
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNCiv	Cámara Nacional Civil
CNCiv y Com.	Cámara Nacional Civil y Comercial
CCiv	Código Civil
CN	Constitución Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DH	Derechos Humanos
ISN	Interés superior del niño
NNyA	Niñas, Niños y Adolescentes
OEA	Organización de Estados Americanos
ONGS	Organizaciones no gubernamentales
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
SC	Suprema Corte
Tcoleg	Tribunal Colegiado
Ubacyt	Universidad de Buenos Aires – Ciencia y Técnica.
UBA	Universidad de Buenos Aires
UNICEF	United Nations Children’s Fund

2. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación UBACyT titulado “*La infancia herida*”¹. El objetivo es hacer referencia, a algunas de las dimensiones del acceso a la justicia en las sociedades contemporáneas, y a algunas fortalezas y debilidades en relación a la implementación de la ley 26061, como un contexto en el que se desarrollan “*las prácticas*” de los operadores jurídicos relativas al derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes (NNyA). Asimismo relevamos el significado y alcance del concepto “*oír al niño*”, en los procesos judiciales y/o administrativos que los afectan; y hacemos referencia a la distinción, tanto doctrinaria como desde la perspectiva de diferentes actores, de la figura del *Abogado del Niño*, de la figura del *Defensor Público de Menores e Incapaces* del Ministerio Público de la Defensa enmarcándola en conceptos de acceso a la justicia civil.

En relación a la metodología utilizada, podemos mencionar la construcción del marco teórico, considerando las distintas dimensiones del acceso a la justicia desarrolladas por el jurista Mauro Cappelletti. A su vez, la identificación de las fortalezas y debilidades en la implementación de la ley 26061 (Protección Integral de NNNyA), y el análisis del derecho a ser oído -en su significado, contenido, alcance y ejercicio-, se realiza a partir de la ejecución de entrevistas estructuradas, cuestionarios administrados a informantes clave² y análisis de fuentes secundarias (doctrina y sentencias de la CSJN).

3. DIMENSIONES DEL ACCESO A LA JUSTICIA. MARCO NORMATIVO

Desde una perspectiva socio jurídica y considerando la *dimensión transnacional* del acceso a la justicia referida por Cappelletti,³ podemos considerar que el sistema de la protección integral de la

¹ El proyecto, bajo la Dirección de Lora Laura N, programación 2012-2015, es continuación de la Programación científica 2010-2012, grupos en formación, acreditada por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica. Lugar de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA.

² Las entrevistas y cuestionarios administrados fueron parte de las actividades realizadas en el transcurso de los meses comprendidos entre Abril y Septiembre de 2012. Entre los entrevistados hubo funcionarios y empleados de juzgados civiles, defensorías de menores e incapaces, integrantes de equipos técnicos del Consejo de derechos de niñas, niños y adolescentes y abogados del niño.

³ Esta dimensión es entendida como una de las dimensiones del acceso a la justicia y el derecho en el mundo contemporáneo. La dimensión transnacional es la tentativa de superar los rígidos criterios de las soberanías nacionales con la creación del primer núcleo de una *lex universalis* y con la constitución, por lo tanto, del primer núcleo de un “gobierno universal o transnacional”, ver Cappelletti Mauro, *Acceso a la justicia (como programa de reformas y como*

infancia surge de la CIDN, de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales que sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional. Los lineamientos del modelo de la “*protección integral*” constituyen un marco renovado, que considera a los NNA como sujetos plenos de derechos con autonomía progresiva para su ejercicio; en contraposición a la vieja doctrina de la “*situación irregular*” de la que se desprende la noción de niño –*objeto de tutela –objeto de protección*.”

Desde una *dimensión constitucional* del acceso a la justicia⁴, se observa que Argentina a través de la reforma Constitucional de 1994 otorga a la CIDN jerarquía constitucional (art 75 inc22), iniciándose a partir de aquí un proceso de adecuación normativa a los preceptos constitucionales. Es así que en el año 2005, se sanciona, entre tantas otras leyes, la Ley de Protección Integral de los Derechos de los NNA N° 26.061, siendo ésta la expresión de la *dimensión social* del derecho y del acceso a la justicia, que nos menciona Capelletti y que representa la tentativa de responder a los problemas derivados de las profundas transformaciones de las sociedades industriales y post industriales modernas, que afecta a multitudes cada vez más vastas -en este caso NNA- y su petición de igualdad no sólo formal sino real, y efectiva igualdad de posibilidades de desarrollo de la persona e igual dignidad del hombre” Al rol tradicional de mera protección y represión de violaciones de derechos individuales tradicionales- el Estado como mero gendarme o “night watchman” de la filosofía política del laissez faire- se han agregado las tareas de promoción y actuación de los nuevos “derechos sociales”, los cuales típicamente implican un compromiso del estado en el sentido de hacer, operar, intervenir...”⁵ En relación a ello, resultan interesantes las expresiones de los operadores jurídicos, obtenidas en virtud del trabajo de campo realizado, que identifican *fortalezas*

método de pensamiento), en Berizonce Roberto Director, Revista del Colegio de Abogados de La Plata N 41 Año XXIII Setiembre- Diciembre de 1981, Ed. Gráfica Pafernor SRL, pág. 153.

⁴ Acerca de la dimensión constitucional, Capelletti sostiene que ésta consiste en la búsqueda de ciertos valores fundamentales a los que muchos ordenamientos modernos han afirmado con normas a las que se asigna fuerza de *lex superior*, que vincula asimismo al legislador (ordinario), imponiendo a menudo su observancia a través de formas y mecanismos especiales jurisdiccionales, op.cit. pág.154.

⁵ Cappelletti Mauro, profundiza las características de esta dimensión y menciona que -El problema del acceso se presenta bajo dos aspectos principales: por un lado, como *efectividad* de los derechos sociales,...pero por otra parte, inclusive como búsqueda de formas y métodos, a menudo nuevos y alternativos a los tradicionales, por la racionalización y el control de tal aparato y por consiguiente, por la protección contra los abusos a que el mismo puede dar lugar... op. cit., pág. 159.

pero al mismo tiempo vastas *debilidades* en la implementación de la ley 26.061; las que se sistematizan a continuación:

FORTALEZAS:

- *“Con la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (26.061), se iniciaron acciones de adecuación legislativa para dar cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos de la infancia”.*
- *“En particular el lenguaje que utiliza la ley 26.061 al referirse a “niñas, niños, y adolescentes”, a partir de aquí, opera un cambio que supone la idea de capacidad progresiva, en contraposición a la de incapacidad de los antes llamados menores según el art 128 del código civil”.*
- *“Los operadores del derecho desde sus especiales incumbencias y roles, han aunado esfuerzos en cada caso para atender a la protección integral de los niños”.*
- *“Deroga la ley de patronato”.*
- *“La ley avanza hacia una definición del ISN (interés superior del niño)”.*
- *“Posicionamiento del niño como sujeto de derechos y no mero objeto de decisión”.*
- *“El Colegio de Abogados de la Capital Federal, anualmente nos remite a nosotros como Juzgado un listado de abogados que se encuentran especializados en la materia de niñez, a los cuales podemos designar en el supuesto que exista un conflicto de intereses entre los menores y sus representantes”.*
- *“El reconocimiento que se le hace al niño por medio de esta ley de sujeto de derecho y como consecuencia de ello su derecho de ser asistido técnicamente en las causas donde se encuentren involucrados”.*

DEBILIDADES:

- *“Falta más compromiso por parte de quienes ejercen la protección. Hay una falta de conciencia generalizada”.*
- *“Hay resistencia de las defensorías zonales a articular con el Poder Judicial”.*
- *“Falta de capacitación”.*
- *“Falta de presupuesto”.*
- *“En cuanto a los recursos humanos, advertimos que no todos los integrantes de las defensorías zonales están “formados” ó debidamente “capacitados” para tratar casos como los que deben manejar, para lo cual se requieren especiales conocimientos.”*
- *“Cuestiones presupuestarias, de infraestructura, tecnológicas y de formación de operadores”.*

- “Diversificación del Consejo. Hay muchos programas”.
- “Se siguen judicializando casos por cuestiones económicas”.
- “No hay coordinación entre el judicial y el órgano administrativo (Consejo y Dirección de Niñez)”.
- “Se toman medidas cuando ya está trabajando el juzgado, por ej. los casos de violencia”.
- “Las medidas de protección que a veces no se llevan a cabo por falta de políticas públicas y de recursos”.
- “El plazo de duración de los procesos judiciales”.
- “El CDNNYA (Consejo de los Derechos de NNYA), organismo de aplicación de la ley, tiene muy pocos recursos”.
- “Es mejor que la anterior ley, pero sigue siendo insuficiente”.
- “Ese listado de abogados, se encuentra conformado por tan solo pocos profesionales especializados en la materia”.
- “Como debilidad los diferentes criterios de los Juzgado en aceptar al abogado del niño siguiendo el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del día 26 de junio, que estableció suprimir el derecho de defensa técnica para los niños menores de catorce años, mientras que para los mayores de esa edad la designación de un abogado del niño depende de la decisión del juez”.

4. EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

A los fines de la interpretación de la CIDN, en tanto instrumento jurídico de protección de los derechos de la infancia, se considera el principio del “ISN”, y en tanto instrumento de derechos humanos, el *principio pro homine*. El primero implica concretamente la satisfacción de sus derechos en forma integral⁶, y reafirma el principio de no discriminación para su definición; el segundo “*es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida*”

⁶ La CIDH en la conclusión 2 de la Opinión Consultiva N° 17 afirmó que “la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la CIDN, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

cuando se trata de establecer restricciones... este principio es... estar siempre a favor del ser humano”⁷.

En particular, conforme lo estipulado por el art. 12 de la CIDN⁸, la ley 26.061 consagra varios artículos que regulan el derecho del niño a ser oído (que incluye su silencio como manifestación de su expresión). Además establece que la CIDN es de aplicación obligatoria respecto de todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad; señalando que los NNA tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos; como así también tienen derecho a que su opinión sea tenida en cuenta. En el artículo 24, esta ley consagra la extensión de ambos derechos: *“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...”*, añadiendo que *“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”*.

A su vez, el referido **principio de autonomía progresiva**⁹, *“implica reconocer que el niño, como sujeto de derecho, adquiere discernimiento a medida que crece para comprender el sentido de sus acciones”¹⁰*, y constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la CIDN¹¹, y es a la luz de este principio que debe ser interpretado el artículo 27 de la Ley 26.061, relativo a las garantías mínimas que tienen los NNA en los procedimientos judiciales o administrativos que intervengan, los que enumera de la siguiente manera:

⁷ Pinto Gimol, “Los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica: El rol del/la abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal”, publicado en Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública, UNICEF, 2011, pág. 61.

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

⁹ La CIDH reconoció el desarrollo madurativo de los niños y su influencia en la participación procesal: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”, (Opinión Consultiva N° 17, párr. 100).

¹⁰ Favot María L., *“Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil.”*, APC 2010-1-1, Lexis Nexis.

¹¹ La CIDN propone que el ejercicio de los derechos del niño sea “progresivo en virtud de la evolución de sus facultades” (artículo 5° de la CIDN), que sienta las bases para afirmar que es deber del Estado y de la familia promover y proteger el desarrollo del niño o la niña de modo que adquiriera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos.

- “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 afecte¹².”*

De este modo, se “consagra el derecho de los niños a ser oídos sin que este pueda intermediarse con la presencia de un representante u órgano apropiado, inclinándose por una verdadera inmediación, superando así las múltiples alternativas de la Convención. Entonces, el niño deberá ser escuchado cada vez que así lo solicite, máxime si este derecho debe ser interpretado conjuntamente con el derecho de participar activamente en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.”¹³

En cuanto a la asistencia letrada de NNyA, la CIDN sólo contempla este derecho para los procesos penales, no así respecto de otros ámbitos que también tienen potencialidad de restringir sus derechos, como ser procesos administrativos y procesos judiciales civiles, comerciales y laborales. Esta insuficiencia de la CIDN es suplida por el artículo 27 de la ley 26.061, el que como ya se dijo, reconoce el derecho a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia, denominado en la práctica como “*Abogado del Niño*”, en todo proceso administrativo o judicial –sea civil, penal, laboral, administrativo - que lo afecte. Incluso, la norma estipula que para el caso en que el niño carezca de recursos para obtener patrocinio letrado, es el Estado el que deberá proporcionárselo gratuitamente; garantizando una participación activa de los NNyA en todo el procedimiento, pudiendo recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que los afecte.¹⁴ Si el proceso

¹² La negrita pertenece a las autoras.

¹³ Rodríguez Laura, *El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26061 de Protección Integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, pág. 2, disponible en: http://www.apadeshi.org.ar/el_derecho_a_ser_oído_y_la_defen.htm

¹⁴ En el decreto 415/2006 y en la resolución 246/2007 del Consejo de Derechos, se resuelve que las defensorías zonales y los profesionales designados en el Área Legal y Técnica del Consejo de los derechos, son quienes ejercen el patrocinio jurídico gratuito y la asistencia letrada de niños y adolescentes en todo expediente administrativo o judicial que los involucre, ver Azcarate Julieta y Huber Brenda, *La dimensión política-institucional en materia de infancia en la Ciudad de Buenos Aires a dos años de la ley 26061*, disponible en: <http://ombudsmanjuventud.files.wordpress.com/2008/06/dimension-politico-institucional-260611.pdf>

continuara sin que el niño fuera oído, el pronunciamiento debería ser anulado, en virtud del orden público que gobierna esta materia.

En definitiva el derecho de defensa de NNyA se encuentra contemplado en la CIDN, y en la ley nacional, en sus dos aspectos: defensa material (derecho a ser oído o autodefensa) y defensa técnica o derecho a una asistencia jurídica especializada¹⁵.

5. EL ABOGADO DEL NIÑO Y EL DEFENSOR PÚBLICO DE MENORES E INCAPACES

Tal como lo establece Bergoglio *“La cuestión del acceso a la justicia civil implica una dimensión política...En efecto las desigualdades, frente al derecho se convierten en desigualdades frente al poder puesto que implican capacidades diferenciales de emplear el poder coercitivo del Estado para perseguir los intereses personales... Asimismo las oportunidades de contacto con los abogados y los magistrados son un componente básico del acceso al derecho...”*¹⁶

En Argentina, *“la defensa técnica de los derechos de las niñas, niños, y adolescentes se encuentra en general a cargo de los padres (art. 57, inc. 2º, art. 274 CC), mientras que en el caso de los dementes o sordomudos a cargo de sus curadores definitivos (art. 57, inc. 3º, CC); y en algunos casos (por ej.; menores adultos que actúan en juicio) a cargo del abogado del niño, que brinda patrocinio jurídico independiente (art. 27, inc. c), ley 26061). Las diferencias entre el Defensor Público de Menores e Incapaces con la figura que crea el art. 27 inc. c) de la ley 26061, son sustanciales”*.¹⁷

El *abogado del niño*, tiene entre sus funciones, la de seguir las instrucciones de su defendido, escuchar sus intereses y deseos, entrevistarse privadamente con el niño, informarlo de todo lo que suceda en el proceso e instruirlo de los distintos mecanismos y elementos disponibles para una mejor decisión; ofrecer prueba, controlar la presentada por las otras partes y las demás actuaciones procesales. En síntesis, *“el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos*

¹⁵ Pinto, op.cit., pág.61.

¹⁶ Bergoglio, María Inés, *Desigualdades en el acceso a la justicia civil: diferencias de género*, Trabajo publicado en el Anuario IV, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1999, pág. 129-145

¹⁷ Ricardo Enrique Antón y Gustavo Daniel Moreno, *“Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescente en las vías recursivas Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*, en “Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública”, 2011, pág. 43, Unicef y Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación; disponible en www.mpd.gov.ar. La publicación contiene las exposiciones de los panelistas que participaron del “Encuentro Nacional sobre Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes: Estrategias y Prácticas de la Defensa Pública”, realizado el 18 de agosto de 2011, en la sede de la Defensoría General de la Nación.

*definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad.”*¹⁸ Según la información recolectada (operadores jurídicos), se lo identifica como una figura propia del paradigma de la “*protección integral*”, que efectiviza el derecho a ser oído de los niños, estrechamente vinculado al principio de la autonomía progresiva.

Sin embargo se han presentado casos dilemáticos, por ej. el de un expediente sobre control de legalidad, en el que una defensoría zonal designó abogado a un bebé, la pregunta que surge es ¿de qué manera el abogado define los intereses de este niño en particular? Una respuesta posible es la que brindan los propios abogados del niño, cuando aseveran que “*aún aquellos que no tienen voz, necesitan que el poder administrador o la justicia les nombre un abogado especializado en niñez para el resguardo de sus derechos, a fin de que, justamente por su indefensión, no vuelvan a ser objetos de derechos, sino tan sujetos como aquellos que pueden darse a entender. Un niño de pocos días de vida tiene derecho a participar en el proceso.*”¹⁹ Otra respuesta, en sentido contrario, es la sostenida desde la perspectiva de un defensor “*el abogado en el caso de un bebe es meramente simbólico... ¿qué voz se escucha? ¿Quién me asegura que esa defensa del interés del bebe no es tan discrecional como el patronato?*”

Otro dilema se plantea en la interpretación de la normativa local (resolución 246/2007 del Consejo de Derechos), cuando establece la intervención de un abogado en los casos en los que la decisión del equipo de profesionales entre en contradicción con los deseos del niño o del adolescente, y ordena que el Consejo solicite un abogado externo a la defensoría. En este sentido se ha formulado la siguiente inquietud: ¿qué es lo que sucede cuando se adopta una medida excepcional sobre un niño que tenga un año de edad y en esta situación como se comprueba que no hay contradicción entre sus deseos y la medida a adoptar?²⁰

Por otro lado, la figura del *defensor público de menores e incapaces* ejerce una representación promiscua de los NNyA. Su actuación es obligatoria e interviene en los procesos protegiendo y promoviendo sus derechos; a su vez, orienta al juez, controlando la legalidad del procedimiento; pero sin defender los derechos del niño como *parte*. Los propios abogados del niño se diferencian, sosteniendo que el defensor público “*debe pronunciarse conforme a derecho y a los intereses generales de la sociedad, no debiendo necesariamente plegarse a la posición del niño y pudiendo incluso contrariar, a través de su dictamen, las pretensiones sustentadas por el representante*

¹⁸ Antón y Moreno, op. cit., pág. 44

¹⁹ Respuesta obtenida luego de la administración del cuestionario a coordinadoras del Programa “Abogados por los Pibes”, de la Asociación Amanecer Grupo Casa-Taller, Septiembre de 2012.

²⁰ Azcárate y Huber, op. cit., pág.5

necesario del mismo”²¹. Y en verdad, esta diferencia entre el abogado del niño y el Ministerio Público de Menores, donde sus funciones no se superponen ni confunden, surge del Decreto N° 415/06 -reglamentario de la ley 26061- el que establece respecto del art. 27, que *“el derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua...”* que ejerce el defensor público de menores e incapaces.

Caracterizadas ambas figuras jurídicas, es interesante remarcar que parte de la doctrina argentina considera que la actuación del defensor público no es más que un resquicio propio del paradigma de la *situación irregular*. Pues, bajo la tutela de esta figura el niño permanece como un menor, incapaz, objeto de protección y asistencia, no habiendo lugar alguno para el ejercicio del derecho a ser oído, ni para que interfiera la voluntad del representado. En este sentido Rodríguez sostiene que, *“como consecuencia de concebir a la infancia, desde lo que no pueden o no saben, se estableció normativamente su incapacidad como una institución de protección y su representación promiscua, engendrándose un sistema que considera a los niños y jóvenes como objetos de protección tutela, donde sus intereses eran llamados a ser protegidos- tutelados por el Defensor Público de Menores, sin que en nada interfiera la voluntad del representado”*.²² En contraposición a esta postura, hay quienes sostienen que se debe entender la actuación del defensor de menores como el *“plus de garantía”* que la ley argentina asigna a la defensa de NNyA; en la medida en que el Código Civil, última parte del artículo 59, sanciona con la nulidad todo acto judicial en el que no haya intervenido el defensor de menores. De manera que conciben a este último, como *“el órgano de representación a través del cual son oídos, y participan en el proceso (conf. art. 12.2. CDN), accediendo al servicio de justicia en resguardo de dicho interés superior, que resulta indisponible”*²³. Incluso se agrega que, *“el Defensor Público de Menores e Incapaces, estrictamente no hace defensa técnica, sino que su rol se desarrolla a través de la representación judicial y extrajudicial (conf. art. 59 CC), ejerciendo la representación promiscua como parte de buena fe, que generalmente es complementaria a la de los representantes legales de las niñas, niños y adolescentes (padres o tutores)”*²⁴.

No obstante estos debates socio –jurídicos, es necesario precisar que el patrocinio letrado independiente equivale a que el niño tenga a su disposición un profesional con los conocimientos

²¹ Cuestionario respondido por coordinadoras del Programa “Abogados por los Pibes”, op. cit.

²² Rodríguez, op. cit., pág.7

²³ Antón y Moreno, op. cit., pág. 51

²⁴ Antón y Moreno, op. cit., pág. 52

técnicos, asignado a la defensa de sus intereses particulares en un conflicto concreto, orientado a que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño. Por el contrario, el Ministerio Público no defiende en el proceso el interés particular y concreto del niño o adolescente *parte*, sino que ejerce un control de legalidad del mismo. Sin embargo, *“jamás la representación necesaria del ministerio público será obstáculo para que el niño designe libremente su abogado de confianza (...) Así el Ministerio Público como sistema de garantías extras en el proceso judicial deberá fiscalizar el cumplimiento del debido proceso legal, debido proceso que supone inexorablemente la actuación del abogado de niñas, niños y adolescentes. En esta línea, en caso que el niño no designe su abogado de confianza el asesor de menores deberá arbitrar los medios necesarios para la designación de oficio de un abogado que defienda los intereses particulares de la persona menor de edad.”*²⁵

En definitiva, lo esencial es *“hacer lugar a la opinión del niño, por más que ella desde la mirada adulta sea contraria a la definición propia de su interés, dado que significa de por sí que el niño sea protagonista, materializándose así la noción de sujeto de derechos, con capacidad progresiva de ejercicio.”*²⁶

6. ENTREVISTAS A OPERADORES JURÍDICOS²⁷

a) Significado y contenido del derecho del niño a ser oído:

-*“Hoy el niño tiene claramente derecho a ser oído, y ello implica que tiene derecho a ser informado de la situación que lo rodea, de cuál es el conflicto en el que se encuentra inmerso, cuáles son las posibles soluciones o alternativas para dirimir el conflicto, y en base a ello expresar cuál es su opinión al respecto, la que debe ser tomada debidamente en cuenta.”*

-*“Oír significa escuchar al niño diga lo que diga, independiente de lo que el adulto quiere escuchar”.*

-*“Escucharlo implica empoderarlo”.*

-*“Entiendo que el “derecho del niño a ser oído” significa darle un espacio al niño de manera de conocer su visión del problema que lo involucra, las expectativas que él tiene...”.*

-*“Aquel que represente una escucha activa del niño o adolescente, que pueda poner en valor el interés superior de éste, por encima de todo interés”.*

²⁵ Rodríguez, op. cit., pág. 8

²⁶ Rodríguez, op. cit., pág. 8

²⁷ Como se mencionó en la introducción, la información acerca del derecho a ser oído de NNyA, su significado y alcances se obtuvo a través de la realización de entrevistas y administración de cuestionarios a operadores jurídicos.

- “Empoderamiento del niño de expresarse”.
- “Es el contacto personal entre el que decide y el niño”.
- “A ser escuchado y tener en cuenta su opinión y su deseo”.

b) Sus alcances:

- “...permite evitar que las decisiones que los afectan se tomen a sus espaldas.”
- “Hay un reduccionismo del concepto ya que se lo asocia con lo verbalizado”.
- “...la edad no debe ser un límite, pues debe partirse de la idea de que el niño tiene capacidad suficiente para manifestar su opinión. La plena aplicación del artículo 12 de la CDN exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.”
- “Para el juez es un “deber” oírlo si el niño quiere ser oído”.
- “La escucha es un elemento más pero no el único”.
- “Respecto a la edad que el niño debe ser oído, dependerá del grado de madurez, preparación y comprensión de la realidad pueda tener cada niño...”
- “...todo niño involucrado en procedimientos judiciales y administrativos debe ser informado de manera que le sea fácil de entender, de su derecho a ser escuchado...”
- “Esa escucha implica sin dudas, darle la posibilidad de manifestarse, de contar lo que siente, de explicar como vive el conflicto o situación especial que le toca atravesar; dar su opinión, y además que dicha opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver.”
- “Los criterios y la edad a partir de la cual se los convoca, dependerán de las particularidades de cada caso.”
- “...los niños son escuchados en casi todos los casos; salvo cuando por la naturaleza de la cuestión a decidir, el tipo de proceso o la edad del niño, el juez lo considerase inconveniente”.
- “Cuando hablamos de derecho a ser oído, consideramos dos planos trascendentes. Por un lado, ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite, como así también el derecho a participar activamente en todo procedimiento sea judicial o administrativo, que lo afecte. (...) Y como segundo plano, consideramos que para que este derecho pueda ser plenamente ejercido, tanto el abogado del niño como todos aquellos que trabajan en el área de la infancia y juventud, deberán estar preparados para poder asumir un rol donde el niño/a pueda sentirse cómodo y hablar, expresar sus deseos y sentimientos...”
- “El derecho se garantiza durante toda la etapa de desarrollo del niño. Su nivel y grado de madurez se tendrá en cuenta a la hora de la valoración de su opinión (capacidad progresiva).”

-“El derecho a ser oído, tal como lo entendemos, es aquel que puede ejercerse libre de coacciones o temores siendo el niño escuchado en forma plena, fluyendo la comunicación...”

-“...aún aquellos que no tienen voz, necesitan que el poder administrador o la justicia les nombre un abogado especializado en niñez para el resguardo de sus derechos, a fin de que, justamente por su indefensión, no vuelvan a ser objetos de derechos, sino tan sujetos como aquellos que pueden darse a entender. Un niño de pocos días de vida tiene derecho a participar en el proceso”.

- “No es que este derecho tenga supremacía sobre los demás, pero si es vulnerado todos los demás seguramente lo serán como en cascada.”

-“Siempre sin diferencia de edad”.

-“A partir de que el niño pueda expresarse mediante las palabras y, con anterioridad, se lo puede ver dibujar, jugar, que es una manera a ser oído o a ser entrevistado y a conocer al niño con el que uno trabaja”.

c) Su ejercicio:

-“...en la práctica diaria seguimos observando que algunas decisiones judiciales, se siguen adoptando a espaldas del niño y sin haber mantenido un contacto directo con aquel, en base a una interpretación restrictiva de la Convención sobre los derechos del niño.”

-“...en la práctica diaria siguen vigentes los enigmas de 1) si se trata tan solo de una prerrogativa judicial escuchar al niño de manera directa o indirecta o si por el contrario a luz de la normativa vigente es obligatorio y su omisión podría acarrear la nulidad del pronunciamiento dictado, 2) para qué y cómo debemos escucharlos, 3) a partir de qué edad habría que escucharlos, si es que fuera ajustado a la normativa vigente fijar límites etarios para el ejercicio del derecho a ser oído, 4) si el niño/a debe ser escuchado en todos los casos, esto es, aun cuando no haya conflicto entre los adultos (por ejemplo en los casos de homologación judicial de acuerdos de tenencia o régimen de visitas), 5) si la opinión y deseos del niño son vinculantes para el juez.”

-“En las actas de entrevista con menores se deja constancia que el niño “quiere” ser oído”.

-“En la práctica cotidiana en las actas que redactamos se deja constancia de que se actuó considerando lo establecido en el art. 12 de la CIDN”.

-“Tengo dudas si realmente esta garantizado”.

-“Hay resistencias a escuchar al niño”.

-“El derecho del niño a ser oído se garantiza con la entrevista personal del mismo en la sede del Juzgado, con la presencia del Defensor de Menores e Incapaces interviniente y también con el Servicio Social del Juzgado, que es una herramienta importante a la hora de escuchar a los niños.”

-“...los niños son siempre escuchados por los jueces cuando las decisiones que se adopten en un determinado proceso los involucran.”

-“Con un ejercicio metódico de dar voz a los niños y adolescentes en todas las cuestiones que los atraviesen, circulando la palabra, asignándole valor y contenido, dentro del contexto en la que es enunciada”.

-“En muchas ocasiones, lo directamente querido por el niño, tal vez, los profesionales de la Defensoría opinan que no es lo mejor. A veces se decide en forma disímil a lo que el niño desea o expresa porque hacemos jugar el interés superior del niño, que es superior al derecho a ser oído”.

d) Su relación con la figura del Abogado del Niño:

-“La función del abogado del niño va más allá de un simple asesoramiento legal, implica la escucha activa del niño o adolescente, es pos de su interés superior, generándose un vínculo de confianza entre el niño/a o adolescente y su abogado.”

-“Los deseos y necesidades de los niños y adolescentes manifestados a su abogado impulsan al profesional a realizar las presentaciones en sede administrativa o judicial, según corresponda, a los efectos de resguardar o restituir sus derechos.”

-“Es la base troncal de la intervención hacia una defensa técnica, siendo una garantía para el ejercicio del derecho del niño a ser oído.”

-“Consideramos que sin el derecho a ser oído nuestro rol no tendría sentido real.”

“...esta relación entre el niño y el abogado/a debe tener lugar en un ámbito lo más neutral posible, para que no existan ruidos en la escucha del niño o adolescente.”

7. LAS SENTENCIAS DE LA CSJN

En un reciente pronunciamiento²⁸, la CSJN, ha expresado:

“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.

²⁸ M. 394. XLIV. Recurso de Hecho M., G c/ P., C.A., sentencia del veintiséis de junio de 2012, CSJN.

Recurso de hecho interpuesto por la Dra. María Cristina Martínez Córdoba, Defensora Pública de Menores e Incapaces de M.S.M. ante los tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo. Tribunal de origen: Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 84.

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 parte”²⁹

“...esta Corte Suprema ha señalado que la Convención sobre los Derechos del Niño ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de la incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática (Fallos: 331:2691). Sobre esa base, la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, debe ser interpretada no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos... En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia.”³⁰

La CSJN llega a este pronunciamiento, en un caso en el que la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, había confirmado el rechazo del pedido formulado por M. S. M., en el sentido de ser tenida por parte -por derecho propio y con el patrocinio de un abogado de su confianza-, en el juicio de tenencia entablado entre sus progenitores. El fundamento dado por el tribunal consistió en una interpretación integradora del ordenamiento jurídico; y compartió la conclusión de su inferior, en cuanto a que se consideró que los derechos de esta niña se encontraban debidamente amparados por la estructura legal en vigor. **Agregó que no se advertía en el caso una situación de peligro que justificara la solicitud de un patrocinio letrado propio**³¹. Finalmente, adhirió a los argumentos expresados por la entonces Defensora de Menores de Cámara, quien consideró que M.S. -quien en ese momento contaba con once años de edad- ya se había presentado en autos con un letrado de la Fundación Sur Argentina que había renunciado al patrocinio –renuncia de la que no constaba explicación-; y respecto de la figura del "abogado del niño" sostuvo que -al

²⁹ Op. Cit., Considerando 2º

³⁰ Op. Cit., Considerando 3º del voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda, pág. 3 y 4.

³¹ La negrita corresponde a las autoras.

tratarse de un supuesto de patrocinio y no de una forma de representación-, se requería el discernimiento del cliente a efectos de elegir al profesional, removerlo, e impartirle instrucciones. La defensora refiere que actuar con patrocinio, es una facultad del adolescente con discernimiento y no una obligación ni una carga procesal análoga a la de los arts. 56 y 57 del CPCCN. Entendió que, por debajo de los catorce años, corresponde -de ser pertinente- la designación de tutor ad –litem. No puede soslayarse, sostuvo, que de acuerdo con las normas de fondo vigentes (arts. 54, 55, 56, 57, 59, 61, 62, 126, 127, 921 y 1040 del Cód. Civil), el menor sigue careciendo de capacidad para obrar y por ello se encuentra sujeto a una representación compleja (necesaria y promiscua) como forma -no prescindible- de proteger sus intereses. Arguyó que la ley 26.061 debe interpretarse en el conjunto del ordenamiento, que cuenta con un régimen de capacidad o representación legal no derogado. Y con cita de los arts. 30, 61 y 397 del Cód. Civil y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, aclaró que ello no implica desconocer la capacidad de derecho que asiste a los niños, pues el sistema provee los mecanismos antes señalados en pos de la efectivización de esos derechos, como las también contempla la debida audiencia y la valoración de sus opiniones, conforme a su edad y madurez (arts. 3° inc. "b" de la ley 26.061 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

A raíz de la disconformidad con estos argumentos, la niña M.S.M. interpuso un recurso extraordinario por entender que era primordial la designación de un abogado de su confianza en el proceso judicial donde se debatía su tenencia, temática que la afectaba por cuanto tendía a determinar con cuál de sus padres habría de convivir; resaltando ser capaz de comprender la situación, como también las consecuencias y riesgos de sus decisiones invocando el art. 2° in fine de la ley 26.061. El recurso hizo hincapié en que la CIDN reconoce al niño como sujeto activo de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de la autonomía para su pleno ejercicio. En este sentido, se argumentó que la madurez suficiente es una variante fáctica que debe comprobarse en cada situación concreta, donde la historia y el momento personal de crecimiento intelectual -valorativo, son componentes de la aptitud para formarse una opinión en relación al tema en discusión. Y se agregó que la ficción establecida por el Código Civil en relación a la capacidad, está en crisis a partir del texto convencional que no fija una pauta rígida, sino la obligación de apreciar en cada caso las condiciones subjetivas necesarias para la construcción de un juicio propio. Asimismo se resaltó que la adecuada defensa de sus derechos y la necesidad de acceder a una tutela judicial efectiva, exige su participación, en calidad de parte, con representación autónoma y asistencia jurídica a cargo de un abogado de su confianza, desestimando que ese designio pueda suplirse a través de la celebración de audiencias. Sin embargo, el recurso extraordinario fue denegado y M.S.M. no interpuso la pertinente queja. No obstante ello, la Defensora de Cámara,

formula la queja, que es declarada procedente por la CSJN -conforme el dictamen de la procuradora-, y se termina confirmando la sentencia apelada.

Resulta interesante realizar una lectura del dictamen³² de la Procuradora, quien sostiene que:

*“En la especie, la Cámara no ha rehusado sino reafirmado la participación directa de M. S. en el juicio. En tales condiciones, el problema gira en torno a la forma elegida para el ejercicio del derecho sustancial, en el marco de lo dispuesto por el arto 12 de la Convención citada. Y, con ella, a la calificación de su regularidad (cualidad de parte y contratación por la nombrada de un letrado particular, o expresión personal ante el tribunal); campo en el que -en situaciones como la presente-, la tensión capacidad-competencia parece mermar en virtualidad.”³³ Sin perjuicio, claro está, de que los jueces rodeen a los encuentros presenciales con los niños de los máximos recaudos (entre ellos, la información en lenguaje accesible acerca de las proyecciones del acto, la presencia del Ministerio Pupilar, y, en la medida de lo posible, la concurrencia de patrocinio letrado, provisto a través de mecanismos que garanticen la transparencia)”³⁴ En definitiva, sostiene que “[e]l derecho de los niños a ser escuchados personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener la garantía de patrocinio letrado **en cuanto sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes**³⁵ o en el que se encuentren involucrados su persona o bienes”³⁶, afirmando que **“una parte del mundo académico, se inclina por conceder a los jueces un ámbito de discrecionalidad a la hora de fijar una pauta para la recepción de la voluntad del niño”**³⁷.*

Este dictamen de la operadora del sistema judicial, expresa y resume la información recolectada, a través de las entrevistas y cuestionarios ya analizados, en relación a las prácticas de los operadores jurídicos que reflejan debilidades en la implementación de la ley 26.061. Inclusive del mismo surge *de modo textual* que en el caso de autos se supedita el ejercicio y la forma –si tiene edad y madurez suficiente- en que ha de concretarse el derecho a ser oído y el derecho a tener un patrocinio letrado independiente de NNYA; al arbitrio del *criterio* de los magistrados. Asimismo sostiene que:

³² Disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/beiro/18/m_394_1_xliv_m.pdf

³³ La negrita corresponde a las autoras.

³⁴ Op. Cit. pág. 14.

³⁵ Sólo la negrita corresponde a las autoras, el subrayado es literal del dictamen en análisis.

³⁶ Op. Cit. pág. 14 -15.

³⁷ Op. Cit. pág 15. – La negrita corresponde a las autoras.

*“la investidura procesal de los niños en asuntos civiles como el presente... no adquiere, a mi juicio, sentido de imperativo constitucional”*³⁸

Ello no obstante las expresas disposiciones de la ley 26.061, en particular el citado art. 27. Con lo cual, podría preguntarse si en sub examine ¿se halla debidamente garantizado el ISN?

Por último es importante resaltar el criterio interpretativo de la Procuradora, al sostener que:

“la Convención consagra la prerrogativa del menor a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia, la calidad de parte en sentido técnico procesal”.

En concordancia, fundamentó que empoderar en calidad de parte a la niña .M.S.M., con patrocinio letrado, implicaba conflictuar aún más la relación con sus progenitores en la medida en que, *a su entender*, ello equivaldría a que la niña tomara partido por uno de ellos afectando su salud psíquica. Por lo tanto, podría evaluarse si rechazó el pedido de ejercicio del derecho a la defensa técnica³⁹, a través de una interpretación restrictiva tanto de la CIDN como de la ley 26.061, negándole a la niña ser un sujeto activo de derechos y, sobretodo, con capacidad de ejercicio.

A este tipo de prácticas de los operadores del sistema, hace referencia Pinto al expresar que en el tránsito hacia las plenas adecuaciones normativas e institucionales, subsiste como dificultad para el reconocimiento en ejercicio del derecho de defensa de niños, niñas y adolescentes, entre otras, *“la falta de consideración de las intervenciones estatales como conflictivas, coactivas y restrictivas de derecho incluso por cuestiones de “supuesta protección” y por ende, ámbitos donde no es necesaria la figura del defensor de los derechos del niño por “ausencia de conflicto”, fundadas en el propio sistema anterior a la CIDN”*⁴⁰

En este sentido la CSJN, y para contrarrestar lo anterior, ha sostenido:

“este Tribunal ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos:

³⁸ Op. Cit., pág. 6.

³⁹ Siguiendo el concepto ya aludido de Gimol Pinto, que contempla dos aspectos del derecho: la *defensa material* (derecho a ser oído o autodefensa) y la *defensa técnica* o derecho a una asistencia jurídica especializada (letrado de su elección y gratuito).

⁴⁰ Pinto, op. cit., pág. 69.

324:122; causa L.1153.XXXVIII ‘Lifschitz, Graciela Beatriz c. Estado Nacional’ del 15 de junio de 2004, conf. dictamen del Procurador General de la Nación, y sus citas).⁴¹

En contraposición al primer fallo, en otro caso, es el propio Defensor Público de Menores e Incapaces quien solicitó, en el marco de una estrategia tendiente a asegurar los derechos que ampara, la designación de un abogado del niño. Así lo requirió –en representación de las menores involucradas- al dictaminar (6 de noviembre de 2007) en el expediente Letra “G”, N° 2125, L.XLII, año 2006, caratulado “G., M. S. c/ J. V., L. s/ recurso extraordinario”, con sustento en que:

*“(…) en la incidencia no se ha dado participación alguna a las nombradas, quienes como sujetos de derechos tienen derecho a opinar y a ser escuchadas (cf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 75 inc. 22 CN- y arts. 19, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061). En tal sentido, repárese que hoy nos encontramos con dos niñas de diez y siete años de edad, a quienes debemos salvaguardar (...). Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteos que se susciten) su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (...) Ello, sin dudas asegurara su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar; máxime, cuando pueden existir intereses contrapuestos con sus progenitores”.*⁴²

Esto fue receptado por la CSJN, en el expediente seguido entre las mismas partes sobre divorcio vincular, con fecha 26 de octubre de 2010, al disponer que:

“las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en los dictámenes de la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, cuyos fundamentos y conclusiones son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitirse en razón de brevedad. Que asimismo, a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la

⁴¹ Antón y Moreno, op. cit., pág. 39.

⁴² Antón y Moreno, op. cit., pág. 44.

*causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema a fs. 58 del expte. 1131/2006 y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine”.*⁴³

8. CONCLUSIONES

Las legislación argentina se enrola en el mentado paradigma de la “*protección integral*” de la infancia. Consagra la participación activa de los NNyA en los procedimientos judiciales o administrativos que los afecten, y su derecho a la defensa técnica (en sus dos aspectos: *defensa material* -derecho a ser oído o autodefensa- y *defensa técnica* -derecho a una asistencia jurídica especializada de su elección y gratuito-); otorgando garantías mínimas y derechos tendientes a la satisfacción de su “*interés superior*”.

Conforme a ello, la asistencia letrada o el *patrocinio jurídico independiente* de NNyA, ejercido por el *abogado del niño*, constituye una garantía mínima de procedimiento y una herramienta que posibilita el ejercicio del *derecho a ser oído*. Siguiendo este argumento, de nada vale el derecho a ser oído sino se lo puede ejercer. A su vez, a partir del análisis doctrinario hemos comprobado que, la defensa técnica *propriamente dicha* es la ejercida por el *abogado del niño*, quien con su conocimiento técnico, contribuirá a que las manifestaciones de aquél no adquieran para el intérprete cualquier sentido, sino sólo el tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares. Sin embargo, esta figura aún no goza de plena aplicación en los tribunales judiciales, sea porque persisten “*resistencias diversas ante el rol del abogado del niño*”⁴⁴, porque la labor de éstos “*dependen de la predisposición del juez interviniente*”⁴⁵ o porque no tienen “*un protocolo de actuación*”⁴⁶, siendo la base de su trabajo “*el contacto con el niño/a o adolescente, y el bloque de leyes protectivas*”⁴⁷. Este rol, a su vez, no puede confundirse con la intervención promiscua del defensor público de menores e incapaces, toda vez que este último “*es un defensor de los derechos de los niños desde la perspectiva del interés social*”⁴⁸.

En este sentido, en virtud del trabajo de campo realizado, se identifican fortalezas y debilidades en la implementación de la ley 26.061, algunas de ellas referidas al ejercicio y alcance del derecho a ser

⁴³ Antón y Moreno, op. cit., pág. 45.

⁴⁴ Cuestionario respondido por coordinadoras del Programa Abogados por los Pibes, op. cit.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

oído de NNyA, y la figura del abogado del niño. No obstante ello, paulatinamente los diversos operadores jurídicos, abogan por la efectividad de los derechos y; en particular, los abogados del niño fundamentalmente reclaman “su reconocimiento en el espacio de la justicia”⁴⁹.

Asimismo, de la jurisprudencia de la CSJN analizada, se desprende que varían los criterios y las prácticas de los operadores del sistema judicial, con una interpretación más o menos restrictiva tanto de la CIDN como de la ley nacional 26.061.

Por todo ello, se afirma que “resta aún, una política pública rigurosa y sostenida tendiente a proporcionar gratuitamente a los niños, niños y adolescentes un abogado de confianza para que la infancia pase a recibir la mas calificada atención jurídica”⁵⁰, atento a que es “primordial concientizar y legitimar ante el Estado y en especial, la Justicia, no sólo el libre ejercicio del rol de abogado del niño, sino también la adecuada implementación de la ley.”⁵¹

9. BIBLIOGRAFIA

ANTÓN Ricardo Enrique y MORENO Gustavo Daniel, “Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescente en las vías recursivas Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en “Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública”, 2011, pág. 43, Unicef y Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación; disponible en www.mpd.gov.ar.

AZCARATE Julieta y HUBER Brenda, *La dimensión política-institucional en materia de infancia en la Ciudad de Buenos Aires a dos años de la ley 26061*, disponible en:

<http://ombudsmanjuventud.files.wordpress.com/2008/06/dimension-politico-institucional-260611.pdf>

BERGOGLIO, María Inés, *Desigualdades en el acceso a la justicia civil: diferencias de género*, Trabajo publicado en el Anuario IV, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1999, pág. 129-145

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Rodríguez, op. cit., pág.12

⁵¹ Cuestionario respondido por coordinadoras del Programa “Abogados por los Pibes”, op. cit.

CAPPELLETTI, Mauro, “*Acceso a la justicia (como programa de reformas y como método de pensamiento)*”, en Berizonce Roberto Director, Revista del Colegio de Abogados de La Plata N 41 Año XXIII Setiembre- Diciembre de 1981, Ed. Gráfica Pafernor SRL.

FAVOT; María L., “*Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil.*”, APC 2010-1-1, Lexis Nexis

PINTO Gimol, “*Los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica: El rol del/la abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal*”, publicado en Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública, UNICEF, 2011

RODRÍGUEZ, Laura, “*El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26061 de Protección Integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*”, pág. 2, disponible en:

http://www.apadeshi.org.ar/el_derecho_a_ser_oido_y_la_defen.htm

SENTENCIA, M. 394. XLIV. Recurso de Hecho M., G c/ P., C.A., sentencia del veintiséis de junio de 2012, CSJN.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN, disponible en

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/beiro/18/m_394_1_xliv_m.pdf