

## **EL NIÑO Y SU ABOGADO**

***Dra. Adriana Boscato – Lic. Analía Boscato***

Esta presentación tiene la finalidad de mostrar la nueva relación que se establece entre el niño y su abogado en los distintos procesos judiciales, como por ejemplo: re vinculaciones, adopción, abuso sexual, etc. Produciendo nuevos desafíos en el quehacer profesional tanto de abogados como de psicólogos jurídicos.

### **I- Abogado del Niño.**

El art. 27 de la ley 26.061 estableció las garantías mínimas tanto en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, creando la figura del abogado del niño.

*“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: ...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;...**”*

### **I-OBJETO DIRECTO: El niño. Leyes reglamentarias**

Abogado del niño (art. 27 inc. c) ley 26.061): intervención directa del niño. Ley 14.568 (decreto n° 62/15). Tutores especiales, hace referencia a las situaciones en que los niños, por carecer de juicio propio y adecuado desarrollo- no tienen capacidad procesal. A dichos tutores ya hacían referencias los arts. 61 (aunque habla de “curadores” especiales) y 397, inc.1°, del derogado Cod. Civil.

*El niño es visto como el ser más débil en el proceso, por el cual se lleva a cabo un expediente o causa ya sea civil o penal, en donde siempre será la causa del juicio.*

*“...Cuando la ley manifiesta que el niño puede intervenir en el juicio que lo involucra, lo que quiere significar es que se lo autoriza o habilita a una intervención autónoma respecto de sus progenitores. Esto es así, ya que en todos los pleitos que atañen a los niños, estos son necesariamente parte de ellos. Así cuando se reclaman alimentos para la manutención del niño, es éste (y no sus padres) quien viene a pretender una concreta tutela jurisdiccional<sup>1</sup>. La madre que se presenta en el pleito a reclamar los alimentos a favor del hijo*

---

<sup>1</sup> tutela jurisdiccional: “es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”

*será solo su representante, de manera que será siempre el propio niño- y no su progenitora, quien ostentara el título de parte, en el proceso. Sin embargo, el niño no tendrá una participación autónoma en este supuesto, pues su representación será ejercida por su padre o madre.*

*La intervención autónoma del niño en el proceso, previsto por el art. 27 de la Ley 26.061- presenta la nota de que no aparecerá en escena como representante ninguno de sus progenitores. A pesar de ello, la intervención del hijo menor de edad, no será igual en todos los casos, tendrá particularidades por lo que corresponderá distinguir según su capacidad procesal.*

*Cada vez que la respuesta sea positiva, su actuación será directa en el proceso y, entonces, no se valdrá de ningún representante. A la inversa, su intervención procesal será indirecta, entrando en acción la figura de un representante autónomo.*

*Cuando el art. 27 de la ley 26.061, hace mención que el niño tiene derecho a participar de forma activa en el procedimiento y a contar con asistencia letrada, no quiere hacer referencia a que puede ser parte en el juicio, porque de hecho parte ya es; sino a que tiene posibilidad de intervenir de un modo autónomo en el proceso, sea directamente, para el caso de que contara con capacidad procesal, sea indirectamente para el caso de que no la tuviera.”..<sup>2</sup>*

*La figura del abogado del niño es la que viene a dotar al proceso de la voz del niño. Es donde comienza este sujeto a tener su propia VOZ, a través de su intervención de forma autónoma. De esta manera es el mismo quien toma intervención directa con su expediente, firma sus propios escritos y actúa en su propio juicio, o mejor dicho en “su” proceso ya que su voz será conocida a través de las presentaciones que realice su abogado, de acuerdo a la ley mencionada anteriormente.*

*“...El derecho a ser escuchado existe en nuestro ordenamiento vigente. Se trata del derecho del propio niño, sin distinción de edades, a ser oído en los procesos que lo afectan. Este derecho de audición debe entenderse en sentido amplio, es decir, en la escucha, que compromete al juez a realizar una labor compleja y mucho más activa. Es decir que para un correcto funcionamiento, el juez deberá tener en cuenta las opiniones y deseos que expresa el niño, es otro de los deberes de los magistrados, y el peso de esta directiva estará en directa relación con el grado de madurez y desarrollo que haya alcanzado el niño. Aquí como puede verse aparecen los límites de la audición...”<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> Responsabilidad parental- Editorial Astrea- Mauricio Luis Mizrahi

<sup>3</sup> Responsabilidad Parental- Editorial Astrea- Mauricio Luis Mizrahi- La audición del niño-

*Ahí es tarea del juez, como del cuerpo técnico que lo asiste; determinar si estamos solamente ante un derecho<sup>4</sup> del niño y no frente a un deber<sup>5</sup>, dado que ambos significados, tienen connotaciones distintas.*

*Consideramos de suma importancia que el juez interprete a la luz no solo de su conocimiento técnico y jurídico sino junto a la ayuda de su equipo interdisciplinario.*

## **II-OBJETO INDIRECTO: Padres/representación: patrocinio privado o de la defensa pública-**

### **Responsabilidad Parental**

*Es en este punto en donde puede producirse una confrontación de intereses, cuando el niño puede verse afectado, por ejemplo de manera psicológica, cuando no desea ver a su padre/ madre. O ya sea de forma económica, cuando la cuota alimentaria no resulta suficientemente satisfactoria para el niño, o mejor dicho para el niño y su madre (régimen comunicacional/ divorcio/ cuota alimentaria/etc).*

## **III- Las consideraciones de derecho, son las que realiza el abogado en su defensa técnica como garantía del debido proceso sin importar la edad del niño involucrado.-**

Para ello se debe tener en cuenta uno de los principios fundamentales, que contempla la ley 26.061 y es el derecho a **SER OIDO**. Este principio es primordial ya que es de contenido técnico de la defensa, y son “las Garantías mínimas en los Procesos Judiciales”, el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

*He aquí algunos de los tantos problemas que acarrea esta normativa vigente:*

-Están todos los abogados capacitados y/o debidamente preparados para realizar dicha función? Son estos los apropiados para hacer la escucha con los niños? Sabemos que es tarea compleja para el psicólogo que está preparado para tratar con niños. Muchas veces resulta difícil que el niño pueda expresar sus sentimientos y el profesional entrenado se sirve de técnicas y procedimientos específicos para poder interpretarlo.

---

<sup>4</sup> La palabra derecho proviene del término latino *directum*, que significa “lo que está conforme a la regla”. El derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad.

<sup>5</sup> El deber, es tener una obligación moral con otra u otra cosa material.

El abogado sin conocimiento técnico, no puede abordar al niño. Tengamos en cuenta además que se trata de un niño “supuestamente vulnerable e indefenso”.

-Cuál es lenguaje y las palabras apropiadas para entablar un diálogo con este niño o niña?

Es fundamental establecer un vínculo de confianza. Hablaremos entonces de predisposición. Tiempo. El tiempo siempre será el tiempo del niño, el que requiera para confiar, para expresar.

-Están los letrados preparados para escuchar y lo que es aún más difícil, interpretar lo que este niño pueda llegar a manifestar aún, sin decir? Tienen conocimiento de que las posturas corporales hablan? que los dibujos hablan? Que los juegos...y aún los silencios...hablan? Es posible que ellos evalúen la veracidad de los dichos de los representados? distinguir un fenómeno tan frecuente como grave, como resulta el discurso contaminado? La voluntad implantada?

Será entonces fundamental la capacitación específica sobre psicología infantil, del testimonio, de los vínculos, etc. No es necesario que estos profesionales apliquen test, protocolos, etc. Esa es tarea específica del psicólogo. Pero si el abogado del niño debe saber...fundamentalmente sobre niñez. Y trabajar en forma interdisciplinaria.

Como un niño es niño; es una experiencia vital y exclusiva de cada niño.

El modo de “ser niño”, lo dota de existencia, es una posición, es identidad, es en relación a los otros, a una historia y un contexto.

Cada niño es un sujeto particular, y su abordaje tendrá que contemplar siempre estas particularidades. En el “ser niño” participan múltiples factores además de las características evolutivas de cada etapa de la niñez. Influyen también las propias experiencias, la historia, lo que representa para los adultos y la sociedad”. Y fundamentalmente estará atravesado por las vicisitudes legales que lo hacen foco de un proceso judicial. Que con un concepto absolutamente reduccionista y desconsiderado suele denominarse “sus problemas”. En donde además destina mucho tiempo de su vida y energía estando en tribunales, y restándolo de su propia vida infantil.

Cada niño ameritará un estudio profundo y particularizado de “su caso”. Ningún niño debe ser tratado simplemente por su edad y pertenencia a la etapa de niñez. Es más que eso. Ser niño siempre conlleva una individualidad.

Desde esta concepción es que consideramos indispensable, la formación específica del abogado del niño, independientemente de su vocación y ética.

Ser la voz de un niño, implica no solo defender sus intereses por el simple conocimiento de sus derechos. Primero es preciso pararse y mirar desde ese lugar infantil.

El rol del abogado del niño, o mejor dicho su función, es una responsabilidad de una magnitud inimaginable, porque no hay un deseo de un adulto en el medio, hay un niño posiblemente frágil, el cual se verá rodeado, en una causa iniciada por unos de su progenitores, en donde él debe decidir en parte el camino hacia su propio futuro. Junto a su abogado hará que se escuche su pretensión, sin ser ésta contaminada ni por la madre ni por el padre, sino que su propia voz interna, su convicción, deberá llegar al exterior y hacerse oír.

En estos procesos también se sumara el Asesor de menores quien velara por su bienestar, utilizando las herramientas procesales adecuadas. Este último si bien escuchara al niño, no siempre actuará con relación a la voluntad del mismo, sino lo que será conveniente para él.

#### **IV -El reconocimiento de Defensa Técnica (art.24 inc. B-Ley 26.061)**

Estamos en un punto de partida en donde deberemos afirmar que la ley 26.061 reconoce el derecho de defensa técnica para todo niño, niña y adolescente sin condicionarlo por su edad y madurez, dado que la misma se trata como se dijo anteriormente de una garantía del debido proceso. Así como el por nacer tiene derechos, todos los seres humanos sin distinción de clase sexo y religión tienen los mismos derechos.

Sin embargo, lo que limita el grado de autonomía de la persona menor de edad, es en la valoración de sus pedidos (art. 24 inc. B- ley 26.061) pero no en su defensa.

Podemos decir que a medida que este niño o niña adquiera una edad madurativamente progresiva y tenga capacidad para formar una postura dentro de su propia petición, es función del abogado no solo asumir su defensa, sino también transmitir mediante sus presentaciones las pretensiones de su defendido, ya que solo así podrá llevar la voz del niño al expediente.-

#### **V-La Capacidad Procesal. Capacidad de Derecho y Ejercicio**

El 1º de Agosto del 2015 entra en vigencia en la República Argentina el nuevo Código Civil y Comercial.

En relación a la capacidad, el Capítulo 2 – Sección 1ra. Principios Generales, establece, la definición entre capacidad de derecho, de ejercicio y personas incapaces.-

- Art. 22 -Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados ( capacidad de derecho)

- Art. 23-Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial (capacidad de ejercicio)
- Art. 24 -Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª sobre “Persona Menor de Edad”; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión .

### Capitulo 2-Seccion 2da.-Persona Menor de edad.

Se incorporan los ADOLESCENTES (after puberty), se entiende por tal al menor de edad mayor a 13 años y menor de 18 años (art. 25)

Art. 25- Menor de edad y adolescente- Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece.-

### Ejercicio de los DERECHOS DE LOS MENORES:

Art. 26 -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).

- La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26).
- Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física (art. 26).
- Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (art. 26).
- A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26)

Como bien puede notarse la capacidad de derecho se manifiesta en la posibilidad de poder ser parte en el proceso.

En cambio la capacidad de ejercicio, es la que nos permite tener capacidad procesal en él, lo que permitirá al niño o adolescente a realizar por sí actos válidos en el juicio.

Como bien lo ha expresado el autor *Mauricio Luis Mizrahi ...* "El cambio de paradigmas, tuvo lugar en dos perspectivas. Una, en el pleno reconocimiento a los niños y adolescentes como sujetos de derecho y, en tal sentido, se les confirió la posibilidad de un manejo autónomo de la protección de sus padres, y se les permitió en consecuencia, tener un representante propio ( el tutor especial) en los casos que no contaran con capacidad procesal para actuar por sí. La otra perspectiva, es admitir que les asiste el derecho a ejercitar a ellos mismos sus propios derechos (sin intermediación de terceros), para lo cual se ha echado capacidad o autonomía progresiva."<sup>6</sup>

Sera el juez junto a su cuerpo técnico, el que evaluara el grado de madurez suficiente, quienes lo usaran como el parámetro el cual será tenido en cuenta para autorizar a los menores de edad a intervenir de modo directo e inmediato en la defensa de sus propios intereses.

*"...Se entiende por \*capacidad progresiva del niño, deslindada de categorías fijas de edad, esto es un sistema progresivo de autonomía que no tiene necesariamente sujeción a los años cumplidos por cada niño o adolescente sino a otros parámetros, como ser la madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento, y el grado de desarrollo del niño.*

*En la actualidad un niño que no ha alcanzado los trece años (art.25. Cod. Civil y Comercial), bien podría ser autorizado por el judicante para llevar a cabo personalmente el acto en cuestión y, por ende, considerar a este eficaz. Ello será así a pesar del art. 261, inc. "c" del mismo código, dado que la involuntariedad de un acto llevado a cabo por un joven de menos de trece años es solo una presunción iuris tantum, por lo tanto admite prueba en contrario. A la inversa, y a pesar de que el niño haya alcanzado a la mencionada edad, podrá ser considerado como que no goza de la autonomía suficiente; por ejemplo por las circunstancias particulares que atraviesa y por mediar un pernicioso grado de influencia de un progenitor sobre su persona.*

*La inseguridad jurídica que eventualmente el mencionado esquema puede acarrear podría ser neutralizada en buena medida, si los jueces sujetan su decisión a parámetros objetivos, por ejemplo, admitieron la capacidad de obrar si el adolescente transmite libertad en sus decisiones, capacidad de*

---

<sup>6</sup> Responsabilidad Parental. Editorial Astrea- Mauricio Luis Mizrahi

*discernimiento y madurez psíquica y emocional. Por el contrario corresponderá entender que carece de la suficiente capacidad procesal; si se comprueba que dicho niño o niña adolescente no ha adquirido a un grado aceptable de autonomía o si es objeto de influencias indebidas, por parte a su entorno, o cuando padece alguna situación vivencial traumática, etc. que le impide o le dificulte entender las consecuencias de sus actos, y por lo tanto, no transmita una visión confiable de sus reales necesidades..”<sup>7</sup>*

#### **VI-Interrogantes que surgen frente a esta novedosa figura:**

En la actualidad, la figura del abogado del niño genera distintas manifestaciones: desconcierto, desconfianza, novedad, y muchos interrogantes. Algunos de ellos mencionaremos a continuación.

##### **✓ *Son los niños, niñas y adolescentes considerados partes, desde el punto de vista procesal?***

Si. Son ellos considerados partes, en dicho proceso, pudiendo actuar de forma directa (los que llevarán las peticiones, aportarán las pruebas, las controlarán), será de forma Indirecta, a través de sus progenitores.

##### **✓ *A qué edad puede designar su abogado?***

Norma específica: art. 677 2do. párrafo CCyC.: “Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, **o de manera autónoma con asistencia letrada**”.

Norma genérica: art. 261 inc. c) CCyC.), en cuanto reputa como involuntario por falta de discernimiento, el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones especiales.

#### **Código Civil y Comercial. Abogado del Niño: edad y grado de madurez.**

**Art. 26 2do. párr.:** “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”. (representación).

Aquí es muy importante tener en cuenta que al hablar de grado de madurez como hecho subjetivo y diferenciado de la edad del niño, el requisito contemplará la evaluación de madurez.

Esto abre un nuevo capítulo para las intervenciones de los psicólogos jurídicos, quienes son los encargados de determinar, mediante técnicas psicodiagnósticas el grado de madurez del niño.

##### **✓ *En qué ocasiones se utiliza esta figura?***

---

<sup>7</sup> Responsabilidad Parental. Editorial Astrea- Mauricio Luis Mizrahi



**Art. 109 inc. 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;...”. (tutela especial)

**Art. 596 in fine:** “...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”. (adopción – derecho a conocer orígenes)

**Art. 608 inc. a):** “con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;...”. (adopción – declaración de adoptabilidad).

**Art. 617 inc. a):** “son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;...”. (adopción)

**Art. 661 inc. b):** “el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada;...”. (alimentos)

**Art 677 2do. párr.:** “Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”. (participación procesal)

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

**Art. 679:** “El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada” (demandar a los padres).

### ***Quien autoriza esta representación?***

**Código Civil y Comercial. Abogado del Niño: edad y grado de madurez.**

**Art. 26 2do. párr.:** “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”. (representación)

### ***Saben los niños que tiene derecho a su propio abogado?***

La figura del abogado del niño en la actualidad, puede decirse, que recién hoy está siendo aplicada, por los jueces en lo que respecta a provincia de Bs. As. Dado que el día 21/08/2017 se publicó el Registro Provincial de Abogado del niño, en el departamento judicial de Quilmes, en donde el mismo desinsaculará al profesional.

Si bien la figura, es aún desconocida, tanto para profesionales, docentes e incluso letrados, la escasa práctica hace que los magistrados se muestren

reticentes a su autorización. Por lo tanto el acceso a este conocimiento por el niño está absolutamente restringido, siendo fundamental el trabajo de conocimiento del propio niño de este derecho, a través de la difusión y el ejercicio.

**Bibliografía:**

Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 14.568 (decreto n° 62/15).

Ley 26.061. art.24 inc. B

Ley 26.061. Art. 27. Abogado del niño.

Ley 26.657 – 41 inc. d) CCyC.). Defensor de la persona con padecimiento mental en los procesos de incapacidad (art. 31 inc. e) y art. 36 CCyC.)-

Órganos administrativos de protección integral

Ley 13.298– organismos no gubernamentales – efectores públicos (salud/educación/ desarrollo social) – instituciones de alojamiento.

Responsabilidad Parental – Mauricio Luis Mizrahi- Editorial- Astrea.