

Participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales

Lorena Novella* -

Resumen.

En este trabajo se propone una aproximación al problema de la participación de las niñas, niños y adolescentes en la defensa de sus derechos en el ámbito de los procesos judiciales a partir del cambio de paradigma que se aplica en nuestro país.

Desde un marco normativo, se tomará como punto de partida el proceso de reformulación en el contexto internacional que se inicia con la concepción del niño como sujeto activo de derecho, recogida en primer término por instrumentos internacionales y posteriormente asimilada al ordenamiento jurídico argentino.

En este sentido, se analizarán las distintas posturas doctrinales que dieron origen al debate instaurado entre el principio de autonomía progresiva reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño y el régimen de capacidad de las personas menores de edad regulado en el Código Civil Argentino.

Se expondrá específicamente el tema de la defensa técnica a través de la función del Abogado del Niño y su vinculación rol del Defensor de Menores.

A partir de la transformación normativa, se intentará reflexionar sobre su aplicación en las prácticas judiciales, en virtud de las contradicciones observadas entre las instituciones subsistentes propias del régimen anterior y las creadas a la luz del nuevo paradigma de protección integral de los derechos del niño.

Abstract.

For the development of this analysis is taken as a starting point the process of rethinking in the international context that starts with the concept of the child as an active subject of law, collection first by international instruments and then assimilated to the Argentine legal.

Are analyzed the positions doctrinal that gave rise to the debate between the principle of autonomy progressive recognized by the Convention on the Rights of Children and the regime of capacity of the people younger than age regulated in the Argentinian Civil Code.

Set out specifically the issue of technical defense through the role of Lawyer of the Child.

* Abogada. Becaria UBACyT 2009 . maria_novell@yahoo.com.ar

Finally, try reflect on its application in the judicial practices, under the contradictions between the institutions remaining own from the previous regime and the created in the light of the new paradigm of comprehensive protection of children's rights.

Participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales

Lorena Novella

1. Introducción

Este trabajo se propone abordar la participación de las niñas, niños y adolescentes en defensa de sus derechos en el ámbito de los procesos judiciales, partiendo de un abordaje normativo en razón de tres ejes temáticos:

I) el derecho a ser oído

II) el principio de autonomía progresiva

III) la función del abogado del niño

Se intenta reflexionar sobre estos conceptos tomando como plataforma el paradigma de protección integral que concibe al niño como sujeto activo de derecho, concepto entendido como el eje de un proceso de construcción y deconstrucción atravesado por cuestiones históricas e ideológicas, que en la actualidad conserva un alto nivel de conflictividad entre el discurso jurídico y la práctica jurídica.

Para abordar la evolución del marco normativo aplicable a la infancia, es preciso dar cuenta del importante aporte realizado por la Convención sobre los Derechos del Niño en la dimensión internacional, que reconoce de modo explícito, la autonomía, la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos en los procesos de los cuales son parte, haciendo uso y ejercicio de sus derechos expresar sus opiniones, sus experiencias y participar en las decisiones que se inscriben bajo esa esfera.

En el ámbito de nuestro país, se analizará el impacto de este paradigma, su incorporación al ordenamiento interno y a partir de allí, la consecuente necesidad de modificación y adaptación del régimen vigente.

En el siguiente estadio, se analizará la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y sus implicancias, entre las cuales se destaca el debate instaurado entre el principio de autonomía progresiva – ya reconocido por la CDN - y régimen de capacidad de las personas menores de edad regulado en el Código Civil.

Se argumentará específicamente el tema de la defensa técnica a través de la función del Abogado del Niño como el nexo que garantiza la real participación de los niños en los procesos judiciales, en concordancia con el resto de las normas que reconocen el derecho de legítima defensa para todos los habitantes sin distinción.

Hacia el final y a modo de conclusión se intentará observar, qué medidas de protección y qué derechos de prestación emergen como necesidades insatisfechas en este proceso de transformación, en virtud de las contradicciones observadas entre las instituciones subsistentes propias del régimen anterior y las

creadas a la luz del nuevo paradigma de protección integral de los derechos del niño, en estrecha relación con las obligaciones positivas y las obligaciones de no hacer a las que está sujeto el accionar del Estado.

2. DESARROLLO

EL DERECHO A SER OÍDO

2.1.1. Reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño

No hay discusión acerca de qué entendemos por Derechos Humanos: en palabras de diversos autores, podemos decir que son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son innatos e inherentes y por tanto, irrevocables, inalienables, irrenunciables (es decir, que no dependen de su reconocimiento dentro de un ordenamiento jurídico). Son independientes de factores particulares como el sexo, etnia o la nacionalidad. Por definición, son universales y obligatorios para los Estados.

Cabe preguntarse entonces ¿porqué los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes¹ receptados por la CDN adquieren tal relevancia?

Podría pensarse que se trata del primer entramado de derechos concebidos específicamente en relación con su estatus y a sus necesidades de cuidado especial y protección, con carácter vinculante para todos los estados firmantes.

Sin embargo, en términos de oportunidad, más que responder a una necesidad de desarrollar una estructura normativa específica de aplicación a la infancia, pareciera que la comunidad internacional advirtió que estaban dadas las condiciones políticas y sociales para asumir con responsabilidad el reconocimiento de estos derechos a los niños y promover su efectivo cumplimiento. Esta intencionalidad se ve manifiesta enfáticamente en el preámbulo de la CDN donde se hace expresa mención de los distintos compromisos previos asumidos por los gobiernos nacionales como producto del accionar de organismos internacionales dedicados a la defensa de los derechos humanos.

En ese sentido resultaría acertado afirmar que la Convención se inscribe en un período de generalizada preocupación por reformular en sustancia lo que hasta entonces se entendía por “atención de la niñez”. Este acuerdo abrió una instancia de deliberación sobre esta cuestión, -especialmente en toda América Latina- e instauró el nuevo paradigma de la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con eje en el reconocimiento su subjetividad.

Con la adhesión a la CDN por parte de nuestro país, se evidenció la necesidad de reconsiderar los términos bajo los cuales se inscribía hasta entonces el *régimen jurídico legal correspondiente a niñas, niños y adolescentes*, básicamente en lo que se refiere al *derecho de ser protegidos y a desarrollarse*

¹ Personas menores de 18 años de edad.

en un marco de responsabilidad, así como el derecho de *participar activamente* en la sociedad como ciudadano.

Respecto a los procedimientos judiciales, hasta la ratificación de la CDN, salvo situaciones extraordinarias las niñas, niños y adolescentes no participaban directamente si no a través de sus representantes legales, quedando subsumidos a la voluntad de quienes ejercían la patria potestad. Esta última determinación en el correr del tiempo cristalizó una serie de desafíos emparentados con la mirada tutelar y asistencialista sobre los derechos de los niños y el ejercicio de la *garantía constitucional del debido proceso* en aquellos procedimientos cuyo objeto de análisis o adopción de decisiones los involucre o los afecte directamente.

En su Artículo 12 la CDN dispone: *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que 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.*

Tal como señala Alessandro Baratta, (1998) artículo introduce un principio innovador: *el niño tiene derecho en primer lugar a formarse un juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión en todos los asuntos que afecten, y en tercer lugar a ser escuchado.*

Este primer planteo nos permite inferir que en el ámbito de los procedimientos judiciales, y en razón del estatus de sujeto de derecho activo, el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y expresar su opinión supone indefectiblemente:

- 1) El derecho a expresarse libremente en los procesos que involucran intereses que lo afectan;*
- 2) El derecho de defenderse y formular planteos por sí mismo o por intermedio de alguien que exprese técnicamente su voluntad.*

Sin embargo, la redacción del artículo 12 de la CDN desliza cierto condicionamiento al derecho de expresión requiriendo una evaluación que determine si *“el niño se encuentra en condiciones de formarse un juicio previo”*.

2.1. 2. Criterios disímiles. Antecedentes jurisprudenciales previos a la Ley 26.601.

Efectivamente, estas reformas en términos normativos no logran completar la transformación hacia el interior del sistema. Sin embargo estas posturas sí comienzan a vislumbrarse en el accionar de algunos jueces que internalizan la trascendencia de este acuerdo internacional y asumen la responsabilidad de obrar en consecuencia, sustituyendo las fórmulas de la anterior representación.

En medio de estas nuevas concepciones cabe destacar un fallo que revela la clara intención de los magistrados de reconocer de un modo contundente e incuestionable la actuación de los niños en los

procesos judiciales como auténtico ejercicio de su condición de sujeto de derechos. Es el caso *C. 20534 "B., S. D. s/ homicidio culposo y lesiones culposas"* - Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal - San Nicolás, Buenos Aires, conformada por los Dres. Pedro Omar Bruno, Fernando A. Giuliani y Oberdan Andrín - 01/06/1999². Curiosamente este fallo se fundó en el art. 18 de la Constitución Nacional, que dispone que ningún habitante pueda ser penado sin juicio previo y que es inviolable la defensa en juicio de la persona, y que *"los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional son para todos los habitantes, ya sean mayores o menores"*.

Pero diferencias de criterio subsistieron en los distintos ámbitos jurisdiccionales, dicotomías que se reflejaron en dos organismos en particular: por un lado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en varias oportunidades, *entendió que no es un imperativo la consulta directa de la voluntad del niño, y que como la Convención hace referencia al "representante u órgano apropiado", el requisito de la audición se cumplimenta con la intervención del Defensor de Menores*. Por otro lado, a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que en reiteradas oportunidades entendió que *corresponde anular de oficio las sentencias si el requisito de oír al niño no se ha cumplido por el tribunal, cualquiera sea la edad de aquél*.

2.1.3. Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Con el objeto de armonizar la dimensión internacional y la local, se inició un proceso de adecuación administrativa que se plasmó en la sanción de la *Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, y su *Decreto Reglamentario N° 415/06*. Esta ley simbolizó la responsabilidad del Estado de generar herramientas operativas en términos jurídicos, a fin de proveer a la eficacia de los derechos y garantías reconocidos por la CDN.

Ello abonó la exigencia de modificar en el ámbito nacional³ el sistema anterior encuadrado por Ley 10.903 (del año 1919) de Patronato de la Infancia, cuyos principios se mantuvieron vigentes durante más de 80 años⁴.

La Ley 26.061 vino a incorporar un sistema de derechos y garantías procesales que aseguren, en el marco de cualquier procedimiento judicial donde los niños sean parte, el acceso y goce a la garantía constitucional del debido proceso. A saber:

² Fuente www.eldial.com.ar

³ Algunas provincias se adelantaron a proceso encarado en el ámbito nacional al sancionar leyes de protección integral que garantizaron la participación directa y personal de los niños en los procesos judiciales que los involucran. Cabe destacar:

- Ley 521 de la provincia de Tierra del Fuego (28/11/2000) y la Ley 9053 de Protección Judicial del Niño y del Adolescente de la provincia de Córdoba (22/11/2002).

⁴ Esta norma no era de corte penal, sino civil/tutelar -de hecho se incorporó al Código Civil-, sin embargo contenía un alto contenido punitivo y de control, y a consecuencia de ello, un accionar basado en la institucionalización y judicialización de la infancia pobre.

- El art. 2° establece que *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”*.
- El art. 3°, inc. b), ordena que se deberá respetar *“El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”*.
- El art. 24, en su inc. a), prescribe el derecho de los niños a *“Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés”*; y el inc. b) determina que también les asistirá el derecho a *“Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”*.
- El art. 27, inc. a), especifica que el niño tiene derecho *“A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite”* b) *A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte.*
- El art. 41, inc. a), atinente a las medidas excepcionales de protección que pueden adoptar los organismos competentes, exige que se aplicarán *“en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes”*.

2. 2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA

Desde su incorporación a nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional, la CDN pone en tela de juicio el régimen jurídico de la capacidad civil y representación de las personas menores de edad⁵. La Convención apuntó precisamente a una resignificación de las relaciones paterno filiales, en especial cuando su artículo 5° recuerda el derecho de los padres de impartir a sus hijos - *en consonancia con la evolución de sus facultades- dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos*. A partir de las nociones de autonomía progresiva las niñas, niños y adolescentes, van adquiriendo capacidad para el ejercicio personal de sus derechos.

Ahora bien, es cierto que el concepto de capacidad progresiva presenta cierta ambigüedad y vaguedad en su interpretación. Pero también es cierto que éstas pueden dar lugar a la discrecionalidad judicial, vulnerándose de este modo la debida participación de los niños en los procesos que los afectan.

La ley consagra el derecho defensa de su derechos y más precisamente el *derecho a ser oído sin el requerimiento de intermediarios* y participar de las decisiones que le son propias, superando ampliamente el criterio esgrimido por la CDN. Ello implica que el niño debe ser escuchado por el juez cada vez que lo requiera, y que esa escucha importe un verdadero ejercicio de su derecho de

⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño considera a los niños y jóvenes como sujetos activos de derecho y con capacidad de ejercicio y autonomía progresiva, conforme los artículos 3, 5, 12, 13, 14, 15, 16 de dicho cuerpo legal.

participación. Es decir, supone que el juez debe promover medidas que garanticen la escucha pero además de estar en contacto directo con el niño a fin de operativizar su condición de sujeto activo de derecho. Frente a la ausencia de estas instancias, y en consideración al orden público que rige en la materia, debería operar la nulidad absoluta de las actuaciones.

Esta novedad fundante, redundante en la necesidad de repensar los viejos mecanismos aplicados en las causas donde los niños son parte: la figura del defensor de menores, los dictámenes periciales, los informes de auxiliares del tribunal.

Si bien no se desconoce que la titularidad de un derecho no implica su inmediata operatividad, resta preguntarse si es suficiente proveer adecuaciones normativas a fin de consolidar un sistema integral habida cuenta las contradicciones que subsisten entre el sistema de capacidades y la visión integral de derechos, ambos vigentes.

Frente a estas supuestas contradicciones e incompatibilidades podemos recoger el aporte de distintos autores que coinciden en la necesidad imperiosa de llevar adelante un proceso que tornen operativos y eficientes estos enunciados normativos con el objetivo de producir una verdadera transformación integral del sistema.

Nelly Minyerski y Marisa Herrera (2008:57) consideran que *tanto la CDN como la ley 26.061, receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio (concepto que, en términos de nuestra ley de fondo no es otra cosa que el discernimiento previsto en el art. 921), que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas". Es decir, para el ejercicio de tales derechos (o ante la violación de ellos), no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada.*

Por el contrario, sostienen que las distintas edades fijadas en el Código Civil y leyes complementarias, se refieren por lo general, de manera directa o indirecta, a cuestiones de tinte patrimonial.

2. 3. LA FIGURA DEL ABOGADO – DEFENSA TÉCNICA

2.3.1. Funciones

Por todo lo antes dicho, la figura del abogado de niño supone la asistencia letrada en todo proceso administrativo o judicial como una garantía mínima de procedimiento. Esta garantía a su vez posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas: derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, debiendo participar activamente en dicho proceso.

Esta figura abre una serie de interrogantes a considerar:

- *¿De que manera las niñas, niños y adolescentes acceden a los servicios de un abogado?*
- *¿En qué grado la independencia y autonomía del niño, niña y adolescente influye en la posibilidad de acceso directo sin la intermediación de algún adulto? (¿qué adultos?).*

- *¿Un joven adolescente (es decir menor adulto según el C. C.) se encuentra con mejores posibilidades de acercarse a un abogado y establecer con él un vínculo de confianza?*

De la norma se desprende que en los casos que a los niños no se les haya designado un abogado de confianza, la petición de los padres para que se escuche a sus hijos debe ser equiparada al pedido directo de éstos. Al respecto, el principio de autonomía progresiva considera que las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos, los cuales pueden ser ejercidos directa y progresivamente, con la dirección y orientación de los padres, conforme a la evolución de las facultades de los niños.

Pero ¿qué sucede cuándo el accionar de los padres no está claramente orientado hacia los intereses subjetivos del niño?

2.3.2. El criterio de CDN y de otros instrumentos internacionales

Si bien en principio de acuerdo con nuestra legislación civil, las personas menores de edad son representadas en juicio por sus padres (art. 57 inc. 2 y art. 274 C.C.) y promiscuamente por el Ministerio Público de Menores (art. 59 C.C.), y que para estar en juicio necesitan de la autorización expresa de ambos padres (art. 264 quater inc. 5 C.C.), cabe también recordar que la CDN -de jerarquía constitucional (Cf. art. 75 inc. 22 CN.)- reconoce en su art. 5 el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la "evolución de sus facultades". A su vez, el art. 18 del mismo cuerpo normativo señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: el interés superior del niño, reconocido en el art. 3.1 de dicho texto.

En principio, la CDN sólo contempla el derecho de defensa técnica para los procesos penales (art. 40.2.b. III). Establece, el artículo 40 que los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales a la asistencia jurídica.

La CDN no contempla la defensa técnica, en otros ámbitos que también tienen potencialidad de restringir derechos de las niñas, niños y adolescentes, como ser procesos administrativos y procesos judiciales civiles, comerciales y laborales.

En el ámbito internacional además cabe destacar el aporte realizado por dos instrumentos: en primer lugar, la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales, y determinó que los "menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos.

En segundo lugar, cabe destacar la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por la Comisión Interamericana en atención a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En su apartado N° 10) dispone que "en los procedimientos judiciales o

administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal.

2.3.3. El sistema de capacidades estipulado en nuestro Código Civil

Este criterio interpretativo no ha sido receptado en forma homogénea ni en doctrina ni en jurisprudencia. Así, el derecho de defensa técnica fue supeditado o bien a la edad del niño o bien la madurez alcanzada.

Surgen dos posturas contrapuestas observadas al momento de la incorporación del nuevo paradigma instaurado por la CDN, y persisten aún luego de sancionada la Ley 26.061, y a pesar el alto grado de extensión que ésta impone. Las tensiones se fundamentan en lo dispuesto por el Código Civil respecto del régimen de capacidades para los menores de edad. Por un lado, subsiste el criterio se que basa en la aplicación de sus artículos 54, 55 y 921, haciendo lugar a la designación de abogado de confianza sólo si el niño ha cumplido 14 años de edad – edad del discernimiento según estas pautas. Además, utiliza como apoyatura el concepto de patria potestad, según el cual los menores de edad requieren el consentimiento de ambos padres para estar en juicio.

Esta posición interpreta que al sancionar la ley 26.061 el legislador no pretendió derogar las normas sobre capacidad del Código Civil, pues en tanto quiso derogar o modificar alguna norma en particular así lo hizo expresamente (artículos 71 y 73 de la ley 26.061 que modifican el artículo 310 del Código Civil).

Por otro lado, surge una nueva posición congruente con el paradigma de protección integral que deja librada la solución del caso al concepto de la capacidad progresiva. Encuentra su soporte en el concepto de “competencia” proveniente del campo de la bioética, considerado adecuado para analizar el ejercicio de los derechos personalísimos.

El Código Civil es referido como un sistema de capacidades rígido que deviene de una noción abstracta basada exclusivamente en la cuestión cronológica para inferir las condiciones de madurez y desarrollo que devienen en la voluntad de las niñas, niños y adolescentes, y que muchos de sus preceptos no se condicen con las nuevas nociones de la CDN. Por tanto, podemos inferir que las normas civiles sobre capacidad, requieren ser revisadas como parte de la adecuación normativa que permita integrar un sistema coherente, receptando el concepto de capacidad progresiva en concordancia con la noción de madurez y desarrollo evolutivo propios de esta nueva matriz.

2.3.4. El criterio de la Ley 26.061⁶

⁶ Antes de la sanción de la ley 26061 en 1997 las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil resolvieron que el derecho de los niños “a tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentren involucrados sus personas o sus bienes”.

Esta ley provee de una mayor expresión a la defensa técnica reconocida por la CDN, ya que especifica las garantías reconocidas, extendiendo el derecho de defensa técnica a todo proceso administrativo o judicial que involucre al niño.

El art. 27 *“Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos”*, 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;*

De la reglamentación del art. 27 del decreto 415/06 surge que *“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 Pupilar”*.

Tal como menciona Laura Rodríguez⁷ *“...la directiva legal que garantiza al niño su derecho a participar activamente en el procedimiento (artículo 27 inciso d) Implica que podrá intervenir en la causa sin limitaciones discriminatorias, por lo que deberá revestir la calidad de parte, y como tal, con derecho a plantear en el escrito constitutivo una formula distinta a la de sus padres y a la del asesor de menores”... “Es evidente que en esta contradicción subyace el espíritu de la doctrina de la situación irregular y la idea del niño como objeto de control por parte de sus padres y del asesor de menores, en vez de dar cuenta a las innovaciones introducidas por la noción del niño como sujeto de derechos, con autonomía progresiva para su ejercicio”*.

En consonancia con el paradigma de protección integral, se entiende que la función del abogado del niño debe ejercerse a través del siguiente lineamiento:

- la asistencia propia de un abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño.
- debe responder a un interés parcial, existiendo un deber de lealtad hacia su defendido.
- debe alejarse de toda forma de paternalismo, siguiendo las instrucciones del niño, en cuanto a la definición de su interés particular.
- debe actuar con especial observancia a deber de confidencialidad lealtad. El niño tiene derecho a entrevistarse privadamente con su abogado y cualquier injerencia de los padres.
- debe informar al niño de todo cuanto suceda en el proceso e instruirlo de las distintos mecanismo y elementos disponibles para una mejor decisión.
- debe ofrecer prueba y controlar la presentada por las otras partes del proceso, como así llevar a cabo todas las demás actuaciones procesales tendientes a sostener la postura.

⁷ "El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", publicado en <http://www.surargentina.org.ar/derechoido.htm> de la Fundación Sur

El defensor promiscuo fue concebido jurídicamente en un momento donde las personas menores de edad eran consideradas como objetos de tutela.

En atención a la necesidad de revisar estas figuras y hasta tanto no se reformule normativamente, se infiere que la figura del asesor:

- que su función queda comprendida en el deber de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición más favorable a los interés del niño, y aun cuando su dictamen contrarié las pretensiones sustentadas por su representante individual.
- evitar acciones que se desprendan de la concepción del niño como objeto de control discrecional propio del sistema tutelar, con el agregado de cuidar que se respete su desarrollo autónomo, en el marco de la capacidad progresiva.
- su tarea supone proteger y promover el cumplimiento de los derechos de los niños en particular el derecho de defensa material y técnica, fiscalizar el debido proceso legal y arbitrar los medios necesarios para asegurar la actuación del abogado del niño, niña o adolescente.

2.3.5. El Estado como garante y la sociedad civil como promotora y denunciante

De acuerdo con esta nueva estructura, distintos organismos estatales quedan sujetos a la obligación compartida de proveer al niño los medios que aseguren una idónea defensa material y técnica. En este sentido el art. 1º de la ley 26.061 establece que los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente ley corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce.

En el ámbito nacional, según disposiciones del decreto 415/06, se convoca a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la ley 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el artículo 27 inciso c. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

Asimismo, las organizaciones de la sociedad civil están legitimadas para interponer acciones colectivas a fin de obligar al Poder Ejecutivo que arbitre los medios necesarios para proveer a las niñas, niños y adolescentes abogados gratuitos especializados.

2.3.6. Estado de situación poco alentador

En junio del corriente año, nuestro país presentó la tercera y última parte del “Tercer informe periódico de la Convención sobre los Derechos del Niño en virtud de su artículo 44”, respondiendo básicamente a los requerimientos del Comité con relación a las actividades educativas, recreativas y

culturales, a las medidas de protección respecto del trabajo infantil, la explotación sexual y la necesidad de un proceso de revisión de las prácticas referidas al “sistema penal de menores infractores”, a fin de adecuarlo lo más posible a la Convención. El informe argentino da cuenta de las actividades desarrolladas en esas áreas y además hace referencia a distintas actividades en modalidad de taller respecto del derecho genérico de participación, pero nada se menciona respecto del estado de situación de las políticas públicas que tiendan a una óptima participación de los niños en los procesos judiciales de los cuales son parte.

Casi simultáneamente se dio a conocer en el mes de julio próximo pasado la Observación General N° 12 realizada por el Comité de Seguimiento de los Derechos del Niño: El derecho del niño a ser oído”, que hace un pormenorizado desarrollo sobre qué entiende por cada uno de las situaciones por las que trasunta este derecho: Para señalar algunos de ellos, la observación se extiende por nociones que explican qué se entiende por: la capacidad de formarse su propia opinión, de conformidad con la edad y madurez del niño, el derecho a ser escuchados en cualquier procedimiento administrativo, judicial civil o penal, ya sea directamente, o a través de un representante de o de un órgano apropiado. Asimismo provee explícitas indicaciones sobre los Pasos para la aplicación del derecho del niño a ser oído (preparación, audiencia y evaluación de la capacidad del niño), el peso dado a los puntos de vista del niño.

Finalmente y en términos generales abunda en las obligaciones generales de los Estados Partes, como las específicas con respecto a los procedimientos judiciales y administrativo, en particular respecto de los procedimientos de divorcio y separación, separación de los padres, tutela, adopción, justicia penal, etc.

Tanto lo informado por nuestro país, como los requerimientos explícitos del Comité de seguimiento, dan cuenta de un ínfimo desarrollo en observación a las obligaciones elementales que le competen al Estado Nacional, con relación a este derecho.

3. Conclusiones:

Los cambios en los enunciados normativos no fueron suficientes para producir una verdadera transformación. A cuatro años de sancionada la Ley 26061, se vuelve ineludible revisar los conceptos sobre incapacidad establecidos en la legislación interna, originados en la doctrina de la situación irregular y contradictorios con la noción del niño como sujeto de derecho. En otras palabras, *se trata de deconstruir para reconstruir en base a los estudios actuales sobre psicología evolutiva como así también en atención a los avances y desarrollo del concepto de ciudadanía, lo cual significa el reconocimiento de una participación social más activa por parte de los niños y adolescentes en la vida actual* (Minyersky 2008; Grosman, 1993; Beloff 2004; Cillero, 1998). Tal como señala

Silvia Crecente (2008:323), este paradigma deberá traducirse en una verdadera construcción social, que como tal, será un proceso inacabado pero profundamente orientado por una de las finalidades del derecho como instrumento emancipador de las personas.

En este contexto, la participación activa del abogado de confianza del niño, niña o adolescente en los procedimientos judiciales, es el salto cualitativo inexcusable que debe dar el Estado a fin de cristalizar los compromisos formulados en las normas.

El medio para su concreción es una política pública rigurosa y sostenida que proporcione gratuitamente a las niñas, niños y adolescentes un abogado de confianza y con él, una correcta asistencia técnica jurídica que preserve en su máxima expresión, el derecho de participar en todos los procedimientos judiciales donde se diriman sus intereses.

El correcto accionar del abogado del niño es el vínculo tangible entre la obligación del Estado de garantizar el proceso de legítima defensa y el ejercicio de derecho de ser oído. Es el nexo indispensable para que el Estado asegure niveles de correspondencia procedentes entre la condición jurídica y la condición material de los niños sometidos a procedimientos judiciales de cualquier índole, en virtud del principio de autonomía progresiva.

A modo de síntesis y tomo las palabras de la Dras. Nelly Minyersky y Marisa Herrera: *“Aquella concepción del niño como verdadero sujeto de derecho se materializa a través del derecho a ser oído y a formarse su propia opinión... constituye el eje rector en materia de derechos de niños y adolescentes... va mucho más allá de una simple ampliación procesal”*(2008:50).

4. Bibliografía

- Barata, Alessandro (1998): *Infancia y Democracia, en Infancia y Democracias en América Latina Temis* - Depalma, Buenos Aires.
- Beloff, Mary (2004): *Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires.
- Cillero, Miguel (1998): Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios, en *Derecho a tener derecho*, UNICEF/ IIN, Montevideo, p. 34 y ss.
- Crecente Silvia M (2008): III. De la vigencia normativa a la vigencia social de la Ley 26.601, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.) Editores del Puerto, Buenos Aires.
- García Mèndez, Emilio (2008) : Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*", De Palma.
- Grosman, Cecilia P (1993): "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", en *Revista La Ley*, 1993-B p.1095.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (1998) "El derecho constitucional del menor a ser oído", en revista *Derecho Privado y comunitario* N° 16, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 157.
- Minyerski, Nelly y Herrera, Marisa (2008): V Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la ley 26.061, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.) Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Mizrahi, Mauricio (2008): IV La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez (compilador), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Morello de Ramírez, María Silvia: El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal. *Derecho de Familia* RIDJ N° 35 p. 47.
- Moreno, Gustavo Daniel: La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño. *Derecho de Familia* RIDJ N° 35 p. 55.
- Reartes, Julia (1994): Infancia y Derechos: algunas cuestiones a debatir; en *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1994-IV-904.
- Sabsay, Daniel Alberto (2008): II La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/2005 en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Análisis de la Ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.) Editores del Puerto, Buenos Aires.