



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

**Título: ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS, NIÑAS ADOLESCENTES. EL
ABOGADO DEL NIÑO**

Autores: Mirta Mangione Muro – Silvia Belmonte- Noelia Diéguez *

**Institución: Centro de Investigaciones en Derecho de Infancia y Adolescencia- Facultad de
Derecho UNR**

Comisión N° 6 Reforma y Justicia

Mail: mirtamangione @yahoo.com.ar

Ponencia

Los derechos no
son un don sino que hay que luchar por ellos

Charles Epp: La
revolución de los derechos

Principios generales

El padre del acceso a la justicia fue el escritor y abogado Frank Kafka, quien en su parábola “Ante la ley” se anticipó a la formulación del problema: “Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta ante este guardián y solicita que le permita entrar en la



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

ley. Pero el guardián contesta que por ahora no puede dejarlo entrar. El hombre reflexiona, y pregunta si más tarde lo dejará entrar. Tal vez, dice el centinela, pero no por ahora...”

Sabemos que el campesino espera y cuando pasa el tiempo, ya a punto de morir, pregunta al guardián por qué nadie más que él se presentó ante las puertas de la ley. El guardián le explica que esa puerta estaba dedicada sólo a él, entonces cierra la puerta.

La parábola de Kafka intenta explicar que el acceso a la justicia es un problema de “caminos y puertas”. El camino a la justicia es una puerta bloqueada. Quien pasa es alguien sin fuerza. En la imagen de lo rural (Kafka siempre apela a imágenes rurales), un campesino representa al débil. Los guardianes son los obstáculos, los dueños de las puertas y la justicia. Los guardianes son las burocracias que gestionan la legalidad. Pero qué pasaría si los guardianes modificaran su actitud, si los guardianes dejaran pasar.

Hace más de treinta años que Mauro Cappelletti y Bryan Garth escribieron una obra legendaria: *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos*. Para estos autores, si bien el concepto de acceso a la justicia estaba implícito en numerosas constituciones modernas, la ciencia del Derecho impedía a la Sociología cuestionar los problemas de la validez. Los niveles de democracia de un país se miden por la capacidad del orden jurídico de llegar a los excluidos por medio del ejercicio real y concreto de sus derechos. Por medio de la legitimidad. De allí que sea necesario que el Estado dote de mecanismos de efectivización para el ejercicio pleno y goce de derechos, en especial para aquellos que normalmente quedan afuera (por obstáculos objetivos y subjetivos) de su satisfacción.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

El derecho progresa en la medida que se humaniza. La humanización presupone, no sólo la desacralización y desformalización de los procedimientos, la proscripción del exceso ritual y del formulismo, en general, para hacer los trámites judiciales más accesibles y comprensibles para todos; sino además, la consagración de ciertas instituciones procesales equilibradoras¹. Se trata de instituciones, principios y reglas procesales que se consagran en los ordenamientos modernos para configurar una justicia de contenido social y público, éticamente sustentable, que coloca en manos de los jueces la responsabilidad y el compromiso de evitar en los casos concretos, el oprobio de que se incurra en injusticia con el pretexto de administrar justicia, lo cual es la peor de las injusticias. En sus desarrollos más modernos se ha erigido como una verdadera y propia justicia “de acompañamiento”, una jurisdicción “protectora” de particular incidencia en la tutela procesal diferenciada de los derechos “sensibles”, económicos, sociales y culturales, incluyendo los derechos colectivos²

La idea de acceso a la justicia en la Argentina está vinculada, en estos últimos 40 años, a una dinámica histórica que se va cincelandando desde abajo. Las primeras problematizaciones del acceso están vinculadas con la lucha de los familiares de las víctimas del terrorismo de Estado y organizaciones de derechos humanos, quienes durante la última dictadura cívico-militar y luego ya en la democracia padecieron todo tipo de obstáculos en los procesos de verdad y justicia.

En una segunda fase, el acceso a la justicia está vinculado al activismo de personas y organizaciones sociales y políticas durante la década del 90, frente al abandono y achicamiento del Estado, que obtura el acceso de vastos sectores a derechos básicos. En esta etapa el activismo judicial frente a casos de violencia institucional, criminalización de



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

la protesta, o casos de litigio estratégico por la exigibilidad de derechos económicos y sociales, obtiene esporádica reacción del sistema de justicia.

En una tercera fase, el acceso está vinculado con un proceso de ampliación de derechos que se inicia a partir del 2003 y que tiene que ver con políticas públicas universales o focalizadas que reconstituyen el tejido social y vuelven a poner la estabilidad en el centro de la escena. Aunque también en esta fase, los mecanismos de acceso a la justicia tienen que ver con el activismo intra y extrajudicial de organizaciones que logran incidir y obtener respuestas y reconocimiento estatal. A diferencia de los 90, la Justicia pasa a ser permeable a los reclamos basados en la vulnerabilidad y la exigibilidad de derechos. Toda una jurisprudencia, desde la Corte y los órganos inferiores, da muestra de este lento proceso de reconocimiento de derechos (sea en litigio individual como estructural).

En la última fase – que surge como consecuencia de la anterior-, el acceso a la justicia está vinculado con la creación de dispositivos estatales que tratan de canalizar la demanda de los vulnerables desde sus lugares. Los ejemplos van desde los Centros de Integración Comunitaria del Ministerio de Desarrollo Social, y los Centros de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia de la Nación, hasta algunas experiencias de la Corte Suprema, como la Oficina de Violencia Doméstica o el Programa de Acceso de la Defensoría General de la Nación.

Todas estas fases llevan a pensar la categoría de acceso a la justicia como algo dinámico, relacionado a movimientos que, desde abajo, perfilan el reconocimiento de la propia justicia.

La justicia del siglo XXI debe ser cercana, flexible, y estar dirigida a dialogar con los excluidos. Los Atajos (son oficinas descentralizadas del Ministerio Público Fiscal



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

dentro de los barrios de mayor vulnerabilidad) buscarán fortalecer los lazos entre los magistrados y la comunidad, dando mayor institucionalidad y presencia a la Justicia en los barrios, en la creencia de que un servicio de Justicia en espacios de alta vulnerabilidad aportará al desarrollo de la democracia, fomentando la cultura de derechos entre los más humildes.

El gobierno de la provincia de Santa Fe promueve el desarrollo de políticas inclusivas, generando herramientas para que todos los ciudadanos, en especial aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, puedan acceder a la justicia. La asistencia judicial consiste en informar y orientar a los ciudadanos sobre los derechos que los asisten y las vías institucionales para hacerlos valer; promover la resolución de conflictos por medios no adversariales; brindar asistencia integral a las víctimas de delitos y asistencia profesional para actuar en los litigios de sus causas.

La Dirección Provincial de Acceso a la Justicia y Asistencia Judicial se encarga de promover políticas y generar herramientas para facilitar el acceso a la Justicia. La principal agencia para alcanzar estos fines propuestos son los Centros de Asistencia Judicial (CAJ)

Son cinco los Centros de Asistencia Judicial (CAJ) que están funcionando en la provincia con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, ofreciendo contención, respuesta y acompañamiento a víctimas de delitos, así como el servicio de mediación penal. Los CAJ están situados en las ciudades de Santa Fe (nodo Santa Fe), Rosario (nodo Rosario), Tostado (nodo Rafaela), Reconquista (nodo Reconquista) y Vera (nodo Reconquista).



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

En cada CAJ el usuario puede presentarse solicitando respuestas para diferentes problemas en tanto víctima o testigo de un delito. De esa manera comienza a recorrer un camino con el apoyo y asesoramiento técnico de profesionales (abogados, trabajadores sociales y psicólogos). En otras palabras, el sistema fomenta una respuesta precoz e integral, cubriendo a las personas damnificadas por delitos y eventualmente a sus familiares y referentes próximos, siempre de cara a garantizar los derechos de las víctimas a la información, la justicia, y la reparación. Por otro lado, la Oficina de Mediación Penal presenta como valor agregado el aprovechamiento de los recursos humanos especializados en diversas áreas que conforman la Oficina de Atención a Víctimas y que interactúan con las restantes Oficinas.

En el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, los CAJ cuentan con legitimación para representar a los damnificados por delitos como querellantes, facultad que engrandece la oferta institucional.

El abogado del niño/a y adolescente

1 ¿QUÉ SIGNIFICA COMUNICARSE?

A fin de poder analizar el derecho de niñas, niños y adolescentes en el proceso judicial, lo primero que debemos investigar es sobre la comunicación. El vocablo comunicar surge del latín *comunicare*, compartir, tener comunicación (con alguien) ³

Vicente Blanco García traduce el término *comunico, as, are (communis) significa* hacer participar, repartir, hacer común (la ganancia o la pérdida), consultar, relacionarse con, participar, significados todos que importan que la comunicación presupone pluralidad. No existe la comunicación con uno mismo. Ya que, por definición, comunicar es “1. Hacer



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

a otro partícipe de lo que uno tiene. 2. Descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo. 3. Conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito. 4. Transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor...”⁴

En otros términos, el comunicarse requiere lo que en la filosofía se denomina la “otredad”, es decir, la condición de ser otro, la comunicación necesariamente requiere una pluralidad de individuos que se relacionan.

Más aún, “la comunicación no es un privilegio humano. Existe también, indudablemente, entre los animales” y así se ejemplifica con una clase de marsopa que, al ser herida por el hombre, avisa a sus congéneres del peligro que los acecha y, desde otra faceta, el caso de la abeja que al danzar indica a los miembros de su colmena dónde hay flores, a que distancia se encuentran y cuál es la calidad de su polen ⁵

Pero existe una diferencia entre el lenguaje animal y el lenguaje humano. El primero es innato y únicamente ligado a la situación posible, ya que no pueden transmitirse sus descubrimientos, como sí lo hacen los humanos. Por otra parte los humanos debemos aprender nuestro lenguaje, lo que se logra mediante la adquisición progresiva condicionada por su maduración y por el hecho de estar integrados dentro de un grupo humano, requisitos necesarios para el aprendizaje de la palabra.

La palabra es un verdadero condicionante de la vida social, ¿pero cómo funciona? La comunicación implica la transmisión, intencional o no, de informaciones destinadas a instruir o influir en un individuo o grupo de receptores, produciendo una acción sobre el sujeto receptor y un efecto retroactivo sobre la persona emisora, que es influida a la vez ⁶.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

Esta información se trasmite en un sistema de signos que cabe descifrar al receptor y, así, se ha encontrado que en este intercambio “entre mentes o personas, mediante el que las sensaciones o procesos imaginarios o conceptuales son transmitidos recíprocamente” se van a ver involucrados con “la comunicación ordinaria por medio de los sentidos, expresados por el lenguaje, la palabra escrita, el gesto, la expresión facial y la actitud corporal” y “ el contacto supuestamente directo entre las mentes por telepatía mental y otros medios ocultos”⁷ . Estas dos últimas formas de comunicación, debemos aclarar que se trata de fenómenos, que han sido y son sumamente discutidos y que, rechazados en algún momento, no han dejado de ser objeto de investigación como fenómenos paranormales y expresión de percepciones extrasensoriales.

2 BREVES NOTAS DEL SISTEMA DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS Y NIÑAS.

La Convención sobre los Derechos del Niño, trae en el artículo 5 la noción de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. Este potente principio puede sintetizarse en una máxima de carácter general: el aumento del desarrollo autónomo de los niños, niñas y adolescentes determina el decrecimiento del ámbito reservado a la actuación de sus representantes legales, hasta llegar a constituir una herramienta excepcional y ciertamente marginal que finalmente se diluye por completo al alcanzar el hijo/a la vida adulta.

Muñiz sostiene “...que resulta imposible trazar una pauta rígida y apriorística por la cual se señala qué potestades pueden ejercitar por sí las personas en la menor edad basada en un criterio exclusivamente etario, pues si lo hiciéramos caeríamos nuevamente en esta



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

suerte de laberinto borgeano que el plexo normativo aplicable pone ante nosotros. Por el contrario, corresponde pensar una pauta lo suficientemente flexible- mas no por ello indeterminada e imprecisa-para poder aprehender ese sendero lleno de aprendizaje y de adquisición paulatina de habilidades y aptitudes, conciliándolo con la imprescindible intervención de sus progenitores en los primeros años de su vida”⁸

Concluyendo se debe dar una respuesta que armonice las crecientes necesidades y demandas de todo niño, niña y adolescente de acuerdo con su distinta capacidad de entendimiento y comprensión, pudiendo expresar su opinión y decidir respecto de aquellas, siempre que evidencie un grado de madurez suficiente para tales menesteres. Corresponderá evaluar cada caso en concreto y fijar pautas específicas para dar a cada una de ellas. Sólo así nuestro derecho infraconstitucional logrará ajustar su contenido a las pautas instauradas por los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que nuestro país se encuentra vinculado y, lo que es más importante aún, es que a partir de esa inteligencia es que se respetará la personalidad de los niños como seres diferenciados de sus progenitores, con requerimientos y pensamientos propios que deben ser atendidos ⁹

3 EL DERECHO DEL NIÑO A EXPRESARSE

Uno de los principios que inspiran el sistema de protección integral es el denominado “principio de autonomía progresiva”, que indica que las niñas, niños a medida que vayan adquiriendo mayor grado de desarrollo y evolución, irán ejerciendo automáticamente sus derechos. Pero antes de continuar vamos a determinar que se entiende por niño “ todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, conforme el artículo 2 de la ley 23849, lo que comprende el tramo inicial de la



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

adolescencia, que por definición es la época que sigue a la infancia y que se extiende desde los primeros signos de la pubertad hasta que el individuo ha adquirido toda su madurez psicofísica¹⁰, es decir hasta el completo desarrollo del organismo, período que ha sido abarcado, por las leyes 26061 y 12.967 ambas de Protección Integral como así también por el Código Civil y Comercial.

Volviendo al principio de autonomía progresiva éste impacta en el rol que los adultos despliegan en relación con las niñas/os. El artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, determina que la función de los representantes legales será la de impartirles dirección y orientación para que acorde con su evolución vayan ejerciendo ellos sus derechos personalmente. Asimismo, imparte reglas de participación e integración de niños y niñas a los mecanismos de tutela de derechos, entre los cuales se encuentra la contienda judicial. El artículo 12 de la CDN prevé específicamente el derecho de ser oído y de participar en todo aquel procedimiento judicial y extrajudicial que lo afecte. En términos similares se expresa la ley 26061 y la provincial 12967. Dentro de las garantías judiciales expresadas estas leyes prevén la asistencia técnica especializada y el derecho a que las opiniones de niños/as deban ser debidamente considerados a la hora de decidir asuntos que le conciernan.

Tiene, por tanto el niño/a, un amplio derecho de expresión que puede hacer público por cualquier medio cierto (a través de un panfleto, un opúsculo, un libro, un periódico, por la prensa oral, radial o televisiva) en asuntos que los afectan (educación escolar, recreación, ámbito familiar, social, comunitario, deportivo, cultural, religioso, científico). En tal sentido, esta facultad debe necesariamente conectarse con las dos siguientes: el enunciado en el artículo 13 (libertad de expresión) y la del art. 14 (libertad de pensamiento)



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

La Observación General N° 12, formulada por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su quincuagésimo primer período de sesiones en Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, fechada el 27 de julio de 2009, denominado “El derecho del niño a ser escuchado”, en su apartado III,B, 5 nro. 88, expresó: “Esta concepción amplia de la participación del niño se hace patente en el documento final aprobado por la Asamblea General en su vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones y titulado “Un mundo apropiado para los niños”. Los Estados Partes prometieron “elaborar y aplicar programas para fomentar la genuina participación de los niños, incluidos los adolescentes, en los procesos de adopción de decisiones, incluso en las familias, en las escuelas y en los planos nacional y local” (párr. 32, apart. 1°). En la Observación general 5 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité declaró: “Es importante que los gobiernos establezcan una relación directa con los niños, y no simplemente una relación por conducto de ONG o de instituciones de derechos humanos”.

Anteriormente, en el nro. 86 se había referido a que “la mayor parte de los demás artículos de la Convención exigen y promueven la intervención de los niños en los asuntos que los afectan. Para abarcar estas múltiples intervenciones, se utiliza constantemente el concepto de participación” y, a continuación, en el nro.87 abunda en señalar que “la práctica de la aplicación del artículo se refiere a una amplia gama de asuntos, como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño como individuo sino también para grupos de niños y para los niños en general. Por consiguiente, el Comité siempre ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no solo para los niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en general, que resultan afectados directa o



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad”.

A continuación, en el apartado C enumera los diferentes ámbitos y situaciones en que debe ser observado el derecho a ser escuchado, y allí se mencionan:

1. la familia,
2. en las modalidades alternativas de acogimiento,
3. en la atención a la salud,
4. en la educación y la escuela,
5. en las actividades lúdicas, recreativas, deportivas y culturales,
6. en el lugar de trabajo,
7. en las situaciones de violencia,
8. en la formulación de estrategias de prevención,
9. en los procedimientos de inmigración y asilo,
10. en las situaciones de emergencia,
11. en ámbitos nacionales e internacionales.

En las “Condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado” (apart. D nro. 132), el Comité explicita que “insta a las partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones”.

En cuanto a la interpretación del artículo 12 de la Convención, el Comité explicita en el apart. Nro. 20 “los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad” y en el nro. 21: “El artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión”... “Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente”; la nro. 22: “El niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado”; en el nro. 27: “Una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados Parte deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones”; en el nro. 29 y 30: “El artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica: se ha demostrado en estudios que la información; la experiencia; el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión: por ese motivo, las opiniones del niño tiene que evaluarse mediante un examen caso por caso”. “Madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un acto determinado”; en el nro. 32: refiriéndose a la disposición del artículo 12, párr. 2º que es “aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño sin limitaciones... la mediación o el arbitraje”; en el artículo 34: “No se puede escuchar



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de la información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuada para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”.

Es importante la relación entre los artículos 12, 13 y 17 de la CDN, que aparece en el numeral n° 80-83, donde aclara que el derecho a la libertad de expresión no se debe confundir con el art. 12, ya que aquélla se relaciona con el derecho a tener y expresar opiniones y a recabar y recibir información por cualquier medio, afirmando el derechos de los niños a que el Estado parte no limite las opiniones que tienen o expresan, en tanto que el artículo 12 “se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afectan su vida”, y que “recuerda también a los Estados Partes que los medios de comunicación constituyen un recurso importante tanto para fomentar la conciencia del derecho de los niños a expresar sus opiniones como para brindarles la oportunidad de expresar esas opiniones públicamente”.

El derecho del niño, niña a ser escuchados forma parte del orden público internacional argentino, en virtud del artículo 1 y 2594 del CCC y el 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Su fuente es la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 3.1, 9.3, 12.1) incorporada al texto de la Constitución de la Nación Argentina por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22 pár. 2°, y normas nacionales (arts. 1°, 3°, 5° 24° 27° 29° y concs., ley 26061) y locales concurrentes (12.967 de Santa Fe). También la



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

observación general n° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, que reconoce tal obligatoriedad a partir de la consideración del menor como persona moral y sujeto de derechos.

El juez tiene la obligación de conocer y escuchar al menor, como garantía mínima en todo procedimiento. Pettigiani¹⁰ sostiene: “El niño no reviste el carácter de parte procesal en tales procedimientos, pero si estos se muestran susceptibles de generar –actual o po

tencialmente- efectos directos sobre su persona, derechos, garantías, intereses y vida futura, resultando protagonista central de esos asuntos, conocerlo y escuchar su opinión importa devolverle su subjetividad moral preservando su interés con exclusión de todo otro interés individual que se le oponga. Por el contrario, no hacerlo significa cosificarlo, violar sus derechos fundamentales, resolver sus diversas situaciones prescindiendo de su mismísima entidad como ser humano involucrado en tales procesos

4 EL NIÑO/NIÑA Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO JUDICIAL

La consideración del niño, niña y adolescentes como sujeto de derecho y sujeto social y el derecho al reconocimiento de los derechos a expresar libremente sus opiniones y a que éstas sean debidamente tenidas en cuenta en función de su edad y grado de madurez, como asimismo a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, tuvieron un impacto enorme en los ámbitos relativos a niñez y adolescencia. El cambio de paradigma –de niños sujetos de tutela a sujetos de derechos y sujetos sociales- tornó imprescindible redefinir, el lugar que ocupaban en el proceso.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

Fue necesario replantear las reglas de juego en los procedimientos en que se encontrasen involucrados sus derechos e intereses, lo que implicó incluir nuevas figuras y volver a pensar el modo en que los operadores de justicia existentes se relacionaban con los niños y llevaban a cabo su tarea.

En esa dirección, las leyes 26061 y 12.967 (Sta. Fe) profundizaron aspectos del derecho a ser oído y avanzaron en la participación activa de los niños en el proceso. Sumaron a los derechos contemplados en la Constitución Nacional, la CDN, los tratados internacionales ratificados por la Argentina y las leyes dictadas en consecuencia, otras garantías de procedimiento para todo proceso judicial o administrativo que los afecte. Enumeran el derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo soliciten, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte, a participar de manera activa en el procedimiento, a recurrir ante el superior y a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya (cfr. Art 27 ley 26061 y 25 de la ley 12967).

Lo expresado nos lleva a preguntarnos cómo funciona el abogado del niño/a, es decir, preguntarnos si un niño puede estar en juicio por sí con asistencia de un abogado. El abogado del niño tiene por fin proporcionarle asistencia profesional y no sustituir su voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar.

Es facultad de la persona menor de edad decidir si desea contar o no con patrocinio letrado, pero para que pueda hacerlo con libertad debe poder comprender en qué consiste esta figura, cuál es su función en el proceso y las implicancias de una u otra opción.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

Designar un abogado es un derecho y no un deber para el niño, quien puede encontrar innecesario o no desear realizar actuaciones procesales. Inversamente, sí es una obligación para el juez dar trámite a las presentaciones que, con patrocinio letrado, hagan aquellos niños que se encuentren en condiciones de designar un abogado, y para el Estado, proveerle patrocinio gratuito si aquél no cuenta con los recursos económicos para solventar los honorarios de un profesional particular.

Este reaseguro procesal está al servicio del interés del niño –no a la inversa-, y esto es lo que mejor se compadece con el reconocimiento de su condición de sujeto de derecho.

5 CUESTIONES RELATIVAS A LA DESIGNACION DE UN ABOGADO POR PARTE DE NIÑOS/AS/ADOLESCENTES.

La posibilidad de que el niño, niña o adolescentes puedan contar con un abogado particular abrió un debate doctrinario presentando diversas corrientes de las que surgen por lo menos tres posturas. La primera de ellas entiende la figura del abogado del niño como garantía del debido proceso y, por ende, exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño involucrado.

En este sentido, Mizrahi ¹¹ al hablar de la intervención del niño en el proceso manifiesta: “...en relación a la intervención activa en el procedimiento no se exige bajo ningún concepto el requisito de la madurez, el desarrollo del niño o el “juicio propio”, como lo dice el art. 12 de la Convención, y que cierta interpretación lo vislumbra como un requisito indispensable para concretar su audición. Así las cosas, un niño con pocos días de vida tiene derecho a participar en el proceso, tras la actuación de un abogado que lo



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

represente”, continúa “...en lo atinente al desempeño procesal no juega lo de la intervención directa o indirecta ya que dicha participación será tal cual lo determinen las normas adjetivas para cualquier justiciable...La garantía que tiene de participar en el proceso debe verificarse cualquiera fuese su edad...La intervención del abogado del niño implicará, como bien se ha dicho, que su posición se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene “un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional”. El sentido de su admisión reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído “si no puede ejercer de modo útil y eficaz”.

En segundo término, se advierte una corriente que podemos llamar intermedia, cuyo eje principal está dado porque el abogado del niño lo patrocina y no lo representa, es decir, actúa como patrocinante de acuerdo con los intereses y derechos del propio niño sin sustituir su voluntad, su intervención no es obligatoria y, en consonancia con el principio de autonomía y de capacidad progresiva, sin establecer una edad determinada en forma arbitraria. Esta corriente destaca especialmente la no obligatoriedad del niño a tener un abogado, es decir, enfatiza el derecho a contar con un abogado. Aspecto éste que, pese a no estar ausente en la primera corriente, sin embargo no es destacado por aquella con tanta claridad. Diferente es la obligación del Estado de procurar los recursos necesarios en caso de que el niño, niña o adolescente requieran asistencia letrada.

A fin de consolidar el ejercicio de este derecho, los jueces en todos los procesos en que participen niños, niñas o adolescentes deberían informarles a ellos y su familia su derecho a contar con un abogado que los asista y, de esta manera, constituirse en parte en dicho proceso.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

Esta postura considera imprescindible destacar la importancia del principio de capacidad progresiva, puesto que el niño debe poder recibir y entender la información que se le está transmitiendo cuando le es posible hacerlo. En este sentido, es necesario recalcar que el abogado del niño debe articular el decir del niño, encuadrándolo en el plexo jurídico, y que el decir de un niño puede muchas veces apelar a recursos pre verbal que requerirá la colaboración interdisciplinaria de profesionales capacitados que formen parte de instituciones que pertenecen a la órbita del niño.

Se contradice con esta postura el nombramiento de oficio de un abogado que represente al niño sin haber sido informado el propio niño, como también sus referentes afectivos más cercanos y prestado su consentimiento de recibir dicha asistencia. Este actuar de los jueces desnaturaliza el rol del abogado del niño y convierte el derecho en una carga.

La tercera tesis, sostiene que la intervención del abogado del niño dependerá, tanto en procesos judiciales como administrativos, de que haya cumplido catorce años (hasta entonces no tiene capacidad para contratar ni otorgar mandato). Por lo tanto, el abogado deberá ser funcionario público.

La designación de un abogado por menores de 14 años originó controversias que llegaron a la Corte Suprema de Justicia¹² En un pronunciamiento reciente¹³, la Suprema Corte adoptó el criterio de discernimiento cronológico del Código Civil de Vélez Sarfield y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido 14 años pueden designar por sí un abogado para que los patrocine y, por debajo de esa edad, la designación deberá ser hecha por el juez. Pareciera entonces que no existiría óbice para la actuación del abogado del niño por debajo



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

de la edad de discernimiento para los actos lícitos (arts. 127 y 921 CC) y la cuestión quedaría reducida a determinar quién efectúa la designación 14.

El Ministerio Público de la Defensa adopta el criterio de discernimiento real por sobre el discernimiento cronológico, en la resolución DGN 1234/2006, se recomendó a los defensores de menores arbitrar los medios tendientes a la provisión de un letrado, consignando "...el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas –sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo- no responde al principio de "capacidad progresiva" o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño/adolescente".

La Cámara Nacional Civil Sala G en un fallo de fecha 13/12/2012 16 expresó: "La figura del "abogado del niño" y la asistencia que brinda en los términos del art. 27, inc. c) de la ley 26061 no puede ser considerada en forma aislada de las garantías mínimas de procedimiento que el propio precepto tiende a asegurar; esto es, a ser oído cada vez que así lo solicite, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión, a su activa participación en el proceso y a utilizar la vía recursiva cuando una decisión lo afecte.

En suma, lo que la norma contempla es la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir la voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar (ser oído, etc.)



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

No se trata de incorporar una representación más a las que ya tiene con motivo de su minoridad: padres, tutores, promiscua del Ministerio Público o propia del tutor ad litem que puede designar el juez en supuestos específicos.

A poco que se repare en que la participación personal prevista en el citado artículo 27 inciso c), está vedada por el Código Civil a los denominados menores impúberes (artículo 127) habida cuenta su incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos, no es dificultoso que en el caso de la edad de los niños en conflicto, 9 y 5 años de edad no habilita tal tipo de participación”.

El criterio cronológico impuesto por el CC como supuesto límite tajante a la participación dotada de las mínimas garantías (art. 27 ley 26061 y 25 de la ley 12.967) desconocía que aquélla debía ejercerse con amplitud, por ello el Código Nacional establece en el art. 26 la posibilidad de que “...el menor 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 con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada...” Debemos desterrar prácticas impropias que dejan a la vista resistencias arraigadas en las profundidades de un modelo tutelar en retirada, y técnicamente dejar de pensar que en el caso de los menores la representación procesal agota de manera absoluta y cierra herméticamente las posibilidades jurídicas serias, aptas o idóneas para acarrear consecuencias jurídicas en la intervención procesal del sujeto niño en el siglo XXI. La idea de que la edad determina el derecho a elegir un abogado, consideramos que es sesgada pues vacía de contenido la vigencia de la garantía del abogado del niño, convocado por su función a materializar la elemental defensa técnica de los derechos humanos del niño, independientemente de su edad. La “asistencia letrada” favorece la inserción del niño, niña en forma eficaz y plena.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

La doctrina que entiende que la designación de un abogado por parte del juez en el caso de los menores impúberes, dependería circunstancialmente de las particularidades del caso, en lo relacionado con las dificultades o complejidades que presente. Entendemos que esta postura en lugar de disipar dudas, las profundiza. Los artículos 27 inc. C) de la ley nacional y el 25 inc. e) ley 12967, no condicionan la garantía de en manera alguna al requisito de que el juez la considere procedente. Por el contrario, lo manda imperativamente y en forma contundente sin admitir dilaciones de ningún tipo a garantizarla “*desde el inicio*” en todo proceso que lo “*incluya*”. Por otro lado, atenta contra la igualdad jurídica, ya que no todos los menores impúberes con derechos en conflicto tendrán acceso a esta garantía, sino solamente algunos, dependiendo de la mayor o menor complejidad a luz de los ojos del juez. Debemos partir de lo que dice la ley: el artículo 27 de la ley 26061 y 25 de la ley 12.967 se refiere a las niñas, niños y adolescentes en general, sin efectuar distinción alguna que autorice a excluir a algún grupo de sus previsiones. Paralelamente, el artículo 28 ley nacional y 7 de la provincial establecen en forma contundente el principio de igualdad y no discriminación, por lo cual las disposiciones de la ley deben aplicarse por igual a todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna.

Recordamos a Kielmanovich que indica al referirse a la ley nacional 26.061 “...autoriza a menores impúberes y púberes a participar activamente en los procedimientos que los afecten, por sí o por intermedio de mandatarios judiciales, sin distinguir entre unos y otros, máxime que ello no supone soslayar la representación de los padres, tutores o curadores, ni la promiscua del defensor público de menores (arts. 59CCiv y 54, ley 24.946) y que las leyes procesales de ordinario imponen el patrocinio letrado obligatorio, con lo que esa participación no debería ir en desmedro de la buena tramitación de la causa”. Para que no queden dudas, el tratar el principio del interés superior del niño dice: “ la aplicación de



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

los referidos derechos y garantías no se limita a aquellos procesos en que las niñas, niños y adolescentes sean partes procesales, sino que aprehende a todos los que los afecten; y la ley tampoco distingue en cuanto a la naturaleza de los procedimientos en los que esos derechos y garantías deben inexcusablemente observarse, con lo que comprende naturalmente tanto a los administrativos como a los judiciales, y dentro de éstos, a los civiles (*latu sensu*) y a los penales”.¹⁷

Continuando con el autor citado, recordamos que sostiene que “el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia en el procedimiento judicial que lo incluya (artículo 27 inciso c) ley 26061 es consecuencia, diríamos que casi fatal, de su derecho a participar activamente en los procedimientos (art 27 inc. d), ley 26061”¹⁸. Indica el procesalista “que ley mencionada autoriza a menores impúberes y púberes a participar activamente en los procedimientos que los afecten, por sí o por intermedio de mandatarios judiciales, sin distinguir entre unos y otros, máxime que ello no supone soslayar la representación de los padres, tutores o curadores, ni promiscua del defensor público de menores (arts. 59CC y 54 ley 24.946) y que las leyes procesales de ordinario imponen el patrocinio letrado obligatorio (art. 56 CPCCN), con lo que esa participación no debería ir en desmedro de la buena tramitación de la causa”. Para que no queden dudas, al tratar el principio del interés superior del niño, el mencionado autor: “la aplicación de los referidos derechos y garantías no se limita a aquellos procesos en que las niñas, niños y adolescentes sean partes procesales, sino que aprehende a todos los que los afecten; y la ley tampoco distingue en cuanto a la naturaleza de los procedimientos en los que esos derechos y garantías deben inexcusablemente observarse, con lo que comprende naturalmente tanto a los administrativos como a los judiciales, y dentro de éstos a los civiles (*lato sensu*) y los penales”¹⁹.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

6 LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL ABOGADO DEL NIÑO/A

En el fallo del 26/6/2012, en el caso “M., G v. P., C.A.”, la Corte rechazó la admisibilidad de la figura del abogado del niño y sostuvo “...Las disposiciones del Código civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos...como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante”²⁰

En el pronunciamiento del 27/11/2012, en la causa “P., G. M. y P., C. L. s / protección de personas”, la Corte tuvo oportunidad de conocer en un recurso extraordinario interpuesto por dos niños-al que adhirió la defensora de menores e incapaces de cámara-. En dicho recurso cuestionaron la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que confirmó la resolución de primera instancia que había rechazado la presentación hecha por los menores –de ocho y nueve años- con el patrocinio de un abogado.

Para fundar el recurso, señalaron que se vulneró su derecho de defensa en juicio y su capacidad progresiva reconocida en normas con jerarquía constitucional al aplica normativa civil de inferior jerarquía; que nada se hizo para conocer su grado de discernimiento real, que es el que se compadece con lo dispuesto por el art.5, CDN, ya que tanto el magistrado de primera instancia como la cámara se atuvieron al criterio de discernimiento cronológico del Código Civil, pese a resultar de jerarquía inferior a la Convención. Agregaron también que, ignorando lo solicitado por la defensora de menores, los jueces no arbitraron medio alguno para demostrar que carecían de capacidad suficiente para comprender los alcances de su presentación²¹ La Corte advirtió que la CDN reconoció



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

que el niño es un sujeto de derecho pleno, pero que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de valores, principios y normas que posibilitan la convivencia pacífica en sociedad. Señaló que la ley 26.061 no debe interpretarse en forma aislada sino junto con el resto del plexo normativo aplicable, y que ésta no derogó las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de las personas menores de edad, tanto impúberes como adultos, que no conculcan los estándares internacionales en la materia. Destacó que los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho y, por ende, no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como la designación o remoción de un letrado patrocinante, lo que sería un acto nulo de nulidad absoluta. En función de tales consideraciones confirmó la sentencia cuestionada.

Sin embargo, aludió seguidamente al art. 12, CDN, que le reconoce el derecho a ser escuchado de un modo directo o por medio de un representante u órgano adecuado. Teniendo en cuenta que los niños se hallaban institucionalizados y que en la presentación puesta en crisis petitionaban su externación y diversas ayudas sociales que posibilitaran poder reanudar la convivencia con su madre, se refirió a la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño, que insta a que se adopten medidas para garantizar que los niños que se hallen bajo modalidades de acogimiento puedan expresar sus opiniones y que éstas sean debidamente tenidas en cuenta en lo relativo a su situación de residencia. Manifestó también que en dicho documento se destaca que debe prestarse atención a la provisión de un apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios y resalta que el representante del niño debe tener experiencias en trabajo con niños, ser consciente que representa exclusivamente los intereses de estos y ser capaz de transmitir con fidelidad las opiniones del niño al responsable de adoptar las decisiones, Por las razones expuestas hizo



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

saber al juez de primera instancia que debía designar a los niños un letrado especializado en la materia para que los patrocine, a fin de que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos.

De lo expresado por la Corte se puede concluir que, la Corte adoptó el criterio del discernimiento cronológico del Código Civil de Velez y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido catorce años pueden designar un abogado por sí un abogado que los patrocine y, por debajo de esa edad, la designación deberá ser hecha por el juez. Es decir, pareciera que no existiría impedimento para la actuación del abogado del niño por debajo de la edad de discernimiento para los actos lícitos (cfr. Arts. 127 y 921 CCiv.) y la cuestión quedaría reducida a determinar quién efectúa la designación. Esta conclusión plantea un inconveniente adicional. “El hecho que sea el juez o, como sucede en algunos casos, el órgano administrativo de aplicación de la ley 26.061, quien designe el abogado del niño puede llegar a dar lugar a una situación problemática si se da el caso que el niño desee cuestionar una resolución judicial o una decisión administrativa emanada de dicho órgano administrativo 22.

7-LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. JURISPRUDENCIA RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Vamos a realizar un recorrido sobre la jurisprudencia de la Corte, debido a que, según nuestra Corte Suprema ha sostenido que tiene carácter vinculante 23

La Opinión consultiva 17 en el párrafo 96 sostiene: “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en lo que hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. *En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías* (el destacado nos pertenece). Evidentemente, hay una 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 tres años no es igual a la de una adolescente de dieciséis 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”²⁴

En el párr. 242 de la causa “Furlan” dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Además, la Corte reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de niñas y niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor”²⁵. Se refiere a la “representación coadyuvante”, y “coadyuvar” es contribuir, asistir ayudar a la consecución de algo²⁶



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

En caso “Atala Riffo y niñas v. Chile”²⁷, citando la observación general 12 del Comité de los Derechos del Niño, el art. 12, CDN, no solo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino que el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de tomar decisiones debe tomar en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Y sobre el grado de desarrollo en una medida para mejor proveer dictada en esas actuaciones, quedó en claro que no queda atado a una determinada edad cronológica. En efecto, el 29/11/2011, en “Atala Riffo e hijas v. Chile”, dispuso como medida de mejor proveer que las tres niñas de doce, trece y diecisiete años declaren ante esta Corte y observó que para poder ejercer dicho derecho se necesita estar debidamente informado, por lo cual ordena que las niñas sean informadas, precisamente, de que titularizan este derecho a ser oídas incluye como un todo inescindible el hacerles saber “las consecuencias que el ejercicio de ese derecho implica (consideración 11); por ende, dispone la designación de personal de la Secretaría para llevar adelante esa manda “en el lugar, fecha y modalidad que se determine en su momento”. Textualmente afirmó que “la Corte considera que el derecho de las niñas a ser oídas puede ser ejercido directamente por ellas, sin necesidad de un representante legal, a menos que ellas así lo manifiesten”, agregando que “hay una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que posee cada niño o adolescente”; en ese caso, las hijas cuentan con doce, trece y diecisiete años, o sea, tienen diferente desarrollo madurativo, por lo cual podrían “existir diferencias en sus opiniones y



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una”(consideración 12).

En definitiva, la persona que debe aplicar el derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.

8 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

En el Código Civil y Comercial se observan esfuerzos significativos por adecuar disposiciones propias del derecho privado a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Desde las primeras disposiciones, en su título preliminar, se consignó que una de las fuentes de interpretación de la ley son las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos (cfr. art. 2) Esto se verifica en la aplicación del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Al regular los principios generales que rigen la responsabilidad parental, contempla “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos (cfr. Art. 639.b.).

Sin embargo en el artículo 24 b enumera entre las personas incapaces de ejercicio a aquellas que no cuentan “...con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección la 2º de este Capítulo”. A su turno, en el art. 26 parte de la representación legal de las personas menores de edad, pero deja a salvo que “... la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. La fórmula se repite, por ejemplo, en el



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

articulado relativo al juicio de guarda con fines de adopción, al juicio de adopción, a la responsabilidad parental, a la representación, disposición de los bienes del hijo menor de edad, y a la participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad (cfr. arts. 613, 617 a y b, 639 c, 679 y 707). La doctrina se preocupa, por el uso de la palabra “edad” ya que puede conducir a interpretaciones restrictivas de derechos, contradictorias con la capacidad progresiva –máxime, al reputarse involuntario el acto lícito realizado por una persona menor de trece años (cfr. Art. 261)- no obstante los principios que inspiraron el proyecto y las disposiciones especiales que contiene.²⁷

En cuanto a las garantías de procedimiento para niñas, niños y adolescentes, el aludido artículo 26 refiere al derecho a ser oídos en todos los procesos judiciales que les conciernen y a participar en las decisiones sobre su persona.

El Código se refiere a la figura del letrado patrocinante, tanto en situaciones de conflicto de intereses entre el menor de edad y sus representantes legales en que aquélla pueda intervenir con asistencia letrada (cfr. Art. 26), como para el patrocinante del adolescente (cfr. Art. 677), y cuando la trascendencia de las cuestiones en debate hacen relevante que el niño/a participe por sí con un letrado que lo asista. Tal es el caso del juicio de adopción y el de alimentos a favor del hijo (cfr. Arts. 617 a y 661 b).

El tiempo y la justicia

“En relación con los procedimientos judiciales en los que participan niños o en los cuales se discute algún derecho relativo a ellos, el corpus iuris, a través de sus distintos instrumentos, ha establecido que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. Estas garantías, en el caso concreto, incluyen la garantía del plazo razonable. Asimismo, se ha expresado: “La lentitud excesiva de la justicia representa un daño importante para el Estado de Derecho”. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que, para determinar la razonabilidad del plazo, es necesario tomar en consideración tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. En asuntos recientes se ha agregado un cuarto elemento: los efectos que la demora en el proceso pueda tener sobre la situación de la víctima ³²

El factor tiempo en la instrumentación de estas políticas públicas, cuando se trata de NNA, debe subrayarse, puesto que los tiempos institucionales no son los tiempos del niño. La eficacia de las intervenciones con NNA y sus familias no admite dilaciones: el niño es hoy.

La Dirección de Niñez cuenta con un universo de programas sociales y dispositivos para brindar a los NNA, la red que requiere para restituir sus derechos vulnerados en forma ágil y efectiva. El abogado del niño deberá perderse en el campo social para reencontrarse como profesional con la interdisciplina, con la conversación interdisciplinaria. “Trabajar con una lógica interdisciplinaria supone descubrir modos abarcativos de conocer la comunicación y el entendimiento entre los diferentes campos del conocimiento jurídico y psicológico. Ésta es la única vía de acceso al comportamiento humano”³³



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

Conclusiones

El acceso a la justicia como política de Estado merece que, tarde o temprano, una ley nacional coloque la temática a mayor escala institucional.

Las disposiciones de la CDN y de las leyes 26061 (nacional) y 12.967 (provincial) fortalecieron la autonomía personal de las personas menores de edad, en su calidad de sujetos de plenos de derechos.

La capacidad de ejercicio no debe estar ligada a parámetros de edad sino a la ponderación de su posibilidad de discernimiento, sobre la base del desarrollo y madurez de cada niño/a en particular.

Se debe incorporar al niño o niña a los procesos judiciales y administrativos cuando en ellos se refieran a sus derechos desde el inicio, en cumplimiento de la garantía expresada en el artículo 27 inc. C) ley 26061 y el 25 inc. e) ley 12967

Si no se cumple con esta garantía se está violando el orden público, el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso. Además impide que las opiniones de los niños/as sean “tenidas en cuenta” como marca la ley.

Es una garantía instrumental para posibilitar el acceso a la justicia del niño y la niña, como también la consecuente tutela de sus derechos.

El acceso a la justicia requiere de recursos adecuados en calidad y cantidad, para garantizar de manera real la tutela judicial efectiva. La manda constitucional que surge del



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

art. 75 inc. 22 y 23, Constitución Nacional de 1994, impone estándares “convencionalizados” en materia de derechos.

“La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”³⁴

Finalmente, volviendo a la parábola de Kafka, esperemos que algún día las puertas de la justicia no tengan guardianes. Y, aún cuando los tengan, que ella misma genere su propio atajo

Este trabajo forma parte de la investigación que estamos realizando sobre “La participación del niño/a/adolescente en la mediación familiar”. El equipo lo integran: Natalia Juárez, Analía Imperiale, Orlando Cesoni, María de los Angeles Nicosia, María del Carmen Gaudio

Bibliografía

- 1-CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryan El acceso a la justicia, Revista Colegio de Abogados, La Plata, 1983, trad. Amaral.
- 2-MORELLO, Augusto: La Corte Suprema en acción, Abeledo – Perrot/LEP, Buenos Aires 1989-BERIZONCE, ROBERTO OMAR: Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal – Culzoni ed. Santa Fe 2009
- 3- Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, 3ed. M Aguilar, Madrid, 1948 p. 60
- 4- SILLAMY, Norbert, voz “comunicación” Diccionario de la psicología, 5° ed., Plaza y Janes, Barcelona 1976, p. 69
- 5- SILLAMY, N.: ob. cit. ps. 67 y 70
- 6- SILLAMY, N.: ob. cit. ps. 67 y 70



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

7- WOOD, Ledger: voz “comunicación” en Runes, Dagoberto D. (Dir.)- Sacristán, Manuel (Dir.) Versión castellana), Diccionario de filosofía, 3° ed., Grijalbo, Barcelona, 1985, p.64

8- MUÑIZ, Javier: Participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción. Un camino largo y lleno de contradicciones, que se allana desde la doctrina de los derechos humanos, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 58 pág. 165

9- MUÑIZ, J. ibídem

10- PETTIGIANI, Eduardo: ¿Por qué escuchar al niño o adolescente y como escucharlo? en Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 62 pág. 13

11- MIZRAHI, Mauricio L., “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en contexto de la ley 26.061” en GARCÍA MENDEZ, Emilio (comp.), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, pág. 78-79

12- Cfr. Corte Suprema 26/10/2010 letra G nro.1961 t.42; 26/6/2012 “M., G v. P, C. A. s/ recurso de hecho de

13 Fallo del 27/11/2012, “P., G. M. y P., C. L. s/ protección de personas”, letra P, nro. 195, tomo 47, tipo REX

14 ITALIANI, María Inés: El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa en Revista de Derecho de Familia nro. 62 pág. 157 y ss.

16 Revista Derecho de Familia 2013-IV pag.52

17 KIELMANOVICH, Jorge: Derecho Procesal de Familia, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008 pág., 59

18 KIELMANOVICH J, ob. cit.

19 KIELMANOVICH, J. ob. cit. pág. 59

20 Corte Suprema 2012 M., G. v O., C.A.

21 Cfr. Corte Suprema 27/11/2012, “P., M. S. y P., C. L. s/ protección de personas” consid. 4°)

22 ITALIANI, M. I: ob. Cit. pág. 156 y sgts.

23 Corte Su. 23/12/2004, Espósito, Miguel A, LL 2005-C-1 con nota de Guillermo Yacobucci, DJLL, p.508; LL2005-B-161; LL205-B-803 con nota de Germán Campaña; LL 2005-E-569, con nota de Alfredo A. Elosú Larumb.

24 Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC 17/2002 del 28/8/2002.



XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016

- 25 Corte IDH, caso Furlan y familiares v. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. Del 31/8/2012
- 26 JAUREGUI, Rodolfo: El abogado del niño: una garantía procesal mínima para todos los menores de edad en Revista de Derecho de Familia 2013-IV
- 27 Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas v Chile”, fondo, reparaciones y costas, sent. del 24/2/2012,
- 28 ITALIANI, M. I.: ob. cit
- 29- BUSTELLO, Eduardo: El recreo de la Infancia. Argumentos para otro comienzo, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p.131
- 30- Conforme acordada Corte Suprema 5/2009, 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, cap. 1, secc. 2, punto 3
- 31-CHAVES LUNA, Laura S: Efectividad de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes: Exigibilidad de la política pública. Una labor cotidiana del abogado del niño que articula con órganos de aplicación y de ejecución en la conformación de equipos de trabajo interdisciplinario (ETI), RDF N° 59 p. 191
- 32- OC 17/2002, párr. 95,96 y 98 citado en Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/2012, CULACIATI, Miguel – RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana RDF 2012-II
- 33- LOPEZ FAURA, Norma: Derecho y psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia, en KEMELMEJER DE CARLUCCI, Aída (dir.)- HERRERA, Marisa (coord.), La familia en el nuevo derechos, t. I Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009)
- 34-Comité de los Derechos del Niño, observación general 14, párr. 5



**XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE
SOCIOLOGÍA JURÍDICA**

Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016