

Comisión n° 14, Estudiantes. Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

CAPACIDAD PROGRESIVA VS. DERECHOS ADQUIRIDOS: EL RETROCESO EN EL EJERCICIO DE LA DEFENSA TÉCNICA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Autoras: Nadia Carrara y Sofía Grandes

Resumen:

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se han receptado una amplia gama de derechos y garantías que venían reconociéndose con anterioridad por la doctrina y jurisprudencia. Si bien la necesidad de una reforma al régimen imperante era necesaria, la misma ha significado en el ámbito de la defensa técnica, como garantía del debido proceso, un retroceso en la lógica tutelar. De este modo, este derecho reconocido a los niños, niñas y adolescentes, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto a la ley 26.061 y su decreto reglamentario, se ha visto violado y menoscabado por la deficiente regulación instaurada en el Código actual.

1. El régimen anterior a la sanción de la ley 26.061

Durante muchos años los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) se han visto vulnerados en sus derechos y garantías, por ser apartados de aquellas causas que los afectan de modo directo e indirecto. En Argentina la situación encontró sustento legal en el Código Civil, recientemente derogado, en sus artículos 54, 55 y 127, por medio de los cuales se los categorizaba de incapaces y se creaba un sistema de “protección” atinente a los menores.

Este régimen clasificaba a los NNA de acuerdo a un método de franjas etarias. En ellas estaban los que denominaba “menores impúberes”, allí se encontraban quienes no han alcanzado la edad de 14 años y a los cuales se los consideraba incapaces absolutos y aquellos que se situaban entre la edad de 14 y 22 años, “menores adultos”, a los cuales se autorizaba a realizar determinados actos jurídicos que la ley les concedía. Esta última categoría ha sufrido varias reformas a través del tiempo reduciéndose el máximo de edad a 21 años con la Ley 17.711 y posteriormente a 18 años con la ley 26.579.

Este sistema etario fue cambiado por el régimen de capacidad progresiva instaurado por el Código actual en su art. 25 y 26, por medio de ellos se concedió a los NNA la posibilidad de contar con una amplia gama de derechos y una mayor libertad en el ejercicio de los mismos. Si bien estas concesiones son de gran importancia, no debe dejar de tenerse en cuenta que con anterioridad existieron otras normas, cambios doctrinarios y jurisprudenciales, que ya habían reconocido varias de esas facultades a los niños tanto en el ámbito internacional como nacional. Su más fuerte avance se dio con la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, receptada en la Argentina el 27 de septiembre de 1990 y adquiriendo jerarquía constitucional con la incorporación en el art. 75 inc. 22 de la

Constitución Nacional reformada en 1994 y con la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Allí se busca dejar de estigmatizarlos con un término como el que hasta hace poco se utilizaba para hacer referencia a ellos que denota no solo inferioridad, sino también una connotación negativa, el de “menores”, reemplazándolo por el de niños, niñas y adolescentes.

El régimen seguido en el Código derogado era el de incapacidad, donde el menor se encontraba bajo la representación de sus padres o tutor, basándose en un sistema de representación legal para incapaces junto a la del Ministerio de Menores. De allí que la misma era dual y conjunta. Dicho régimen ha negado al niño su derecho a intervenir en las distintas cuestiones que a él atañen como consecuencia de su condición de incapaz.¹

Estas restricciones que el Código imponía se entendía que tenían un espíritu tuitivo, ya que los declaraba incapaces a los fines de protegerlos de los actos que eventualmente pudieran realizar, en virtud de una presunción, según la cual, carecen de aptitudes para gobernar su persona y bienes por sí mismos. Ante la posibilidad de que otra persona pudiera aprovecharse de la inexperiencia o influencia que ejercen sobre los menores, incitándolos a realizar actos que perjudiquen su esfera personal o patrimonial, la ley les otorgaba representantes y establecía prohibiciones específicas para ellos.² Pero esto no hacía más que desamparar a los NNA de un catálogo importante de derechos fundamentales en virtud de su edad y darles una subjetividad inferior a la del adulto, traducidas en declaraciones legales de incapacidad recogiendo una construcción social que naturalizo su falta de capacidad de hacer, decir y decidir.

La Convención sobre los Derechos del Niño significó un cambio radical partiendo de la concepción de niño como “sujeto de protección” y no un “objeto de amparo”. De esta forma se considera que deben contar con una amplia gama de derechos y garantías.

El artículo tercero de la Convención insta el principio más relevante a tener en cuenta al momento de resolver cuestiones que afecten la vida de los NNA, el del “interés superior del niño”, del cual se supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. De esta manera el principio cobra un nuevo sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho), y las autoridades se encuentran limitadas por ellos, lo que conlleva a que la discrecionalidad se encuentre reducida. En tal sentido, “la disposición de este artículo constituye un principio que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar al “interés superior del niño” como socialmente valioso, y en la medida que los niños tienen derechos, estos deben ser respetados³.

La Convención, en su art. 12, insta también el principio de capacidad progresiva al establecer que: “*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...*”. Esta Convención ha revolucionado el sistema seguido hasta el momento

¹ SOLARI, Néstor E., “El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. su incidencia en el proceso judicial”, LA LEY 2005-F, 1126, p. 1128.

² FAVOT, María L., “Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil”, *La Ley Online* (0003/70057987-1, p. 2).

³ CILLERO BRUÑOL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño”, en *Justicia y Derechos del Niño* N° 1, UNICEF, p. 134-135.

en el ámbito normativo, pero a pesar de su valioso aporte, aún quedaba bastante sin resolver en el territorio Argentino sobre aquellos sujetos de derechos que a pesar de su incorporación, no encontraban en la práctica garantizados el ejercicio de sus derechos y garantías.

2. El debate doctrinario y jurisprudencial surgido a partir de la sanción de la ley 26.061

El 28 de septiembre de 2005, con la sanción de la ley 26.061, “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, se recepitó el nuevo paradigma que implicó la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta norma resultaba exigible, porque siendo los NNA sujetos de la ley, quedaban sometidos al análisis crítico del mundo adulto, quienes a pesar de la normativa vigente desde la ratificación por nuestro país de la Convención, no tradujeron en las prácticas sociales el ejercicio de los derechos y garantías de los NNA. La humanidad amparándose en la resistencia a un cambio profundamente enraizado en nuestra sociedad, encontraba en las leyes tutelares no derogadas hasta entonces expresamente, un modo para ocultar la violación de los derechos de los niños alegando la protección de la persona⁴.

Frente a las violaciones constantes a la normativa de la Convención, la nueva ley instauró un régimen de obligatoriedad de garantizar los derechos establecidos a los NNA tanto por la Convención de los Derechos del Niño como de la ley bajo análisis, de lo contrario se declararían la nulidad de lo actuado por afectar el mínimo de derechos reconocidos a cualquier persona por ser sujeto de derecho. La norma reza en su artículo primero que *“tiene por objeto la protección integral de los derechos de los NNA que se encuentran en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos allí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño...”*. El art. 2 le da carácter de irrenunciables, independientes, indivisibles, intransigibles y de orden público.

Si bien esta ley recepta la Convención de los Derechos del Niño, fue mucho más allá, entendiendo que la Convención no debió hacer referencia a los niños *“...que estén en condiciones de formarse un juicio propio”*, sino manifestar que la opinión de este debe ser tenida en cuenta siempre. Como bien sabemos, no solo la palabra oral y escrita es la única forma en que el ser humano puede comunicarse, sino que existen otros tipos de conductas que realizan por los cuales se exteriorizan signos que deberían ser tenidos en cuenta por los juzgadores al momento de resolver cuestiones que afecten la vida de los NNA. El niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerárselo como protagonista de su propia vida y no como un mero espectador que se beneficiaría, en el mejor de los casos, con las decisiones que podrían tomar sus mayores⁵.

⁴ CRESCENTE, Silvia M., “De la vigencia normativa a la vigencia social 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”*, Ed. Editores del Puerto, 2008, pp. 29-32.

⁵ BELLOFF, Mary et al. , “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada”, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012.

La ley 26.061, en su art. 27, reconoce derechos y garantías de carácter procesal en pos de garantizar a la infancia el principio del debido proceso, las cuales gozan de jerarquía constitucional. En su inciso c), dispone el derecho de los NNA a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. A su vez, especifica que, en caso de carecer de recursos económicos, el Estado tiene que designarle un letrado que lo patrocine. En este sentido, se consolida “una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se ha denominado como modelo o paradigma de la protección integral de los derechos”⁶ y la omisión de este recaudo era susceptible de provocar la nulidad de las actuaciones cumplidas por hallarse afectada la garantía de defensa, la cual es un piso mínimo legal, de orden público y por lo tanto, inviolable.

El decreto reglamentario de la ley 26.061, decreto 415/06, determina como se ejercerá el derecho a contar con patrocinio letrado. En él se establece 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...*”

Como corolario, puede verse que estas normas instauraron el derecho de defensa técnica a los NNA, por el cual los mismos tendrían derecho a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez, al que se lo ha denominado “abogado del niño”. Si bien no hubo inconvenientes en aceptar este principio a aquellas personas que contaran con catorce años o más de edad, no sucedió lo mismo con respecto a quienes contaban con una edad inferior a ella, abriéndose un amplio debate doctrinal y jurisprudencial respecto al tema, del cual se pueden observar al menos tres posturas.

Una de las posturas basada en el sistema de franjas etarias, entiende que la ley 26.061 no ha modificado el régimen de capacidad del Código Civil derogado, el cual establecía que los actos realizados por una persona menor de 14 años se reputaban sin discernimiento. La figura del abogado del niño, en cambio, importa la actuación directa del mismo donde su letrado patrocina intereses y derechos conferidos por el propio niño sin sustituir su voluntad, concluyendo que de ninguna manera un menor de 14 años podrá indicarles cuáles son sus intereses en el pleito. Los partidarios de esta tesis entendían que un niño solo podía estar en juicio por sí solo cuando haya cumplido 14 años, por debajo de esa edad su representación corresponde a los padres, tutor y al Ministerio Público de Menores, pudiendo el juez, en los casos autorizados, designar un tutor *ad litem* ante la falta de representación necesaria.⁷

Una opinión intermedia que tiene en cuenta la jerarquía constitucional de las normas en juego. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en consonancia con la ley 26.061, ha intentado materializar varios de los principios en su art. 27, regulando el derecho a ser oído en su más amplia acepción, como sinónimo de participación de los NNA. Esta postura intenta armonizar los principios de autonomía progresiva y el derecho de defensa técnica, que admiten la presentación del niño en el proceso con patrocinio letrado, cuando el niño goza de madurez y desarrollo para ser considerado parte en el proceso, como cualquier adulto.

⁶ ALÉ, Romina, “El derecho del niño a su defensa técnica”, *RDF* 2012-IV-32 (Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2260/2012, PP. 7-8).

⁷ MORENO, Gustavo Daniel, “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 35, LexisNexis / Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, 55, pp. 61 a 62; SAMBRIZI, Eduardo A., “Sobre la calidad de parte de los menores en el juicio de tenencia”, *LA LEY* 2009-B, 731, pp.732-733.

Lo cierto es que el reconocimiento del niño a contar con patrocinio letrado, tal como entiende la última tesis, está enmarcado en el sistema de derechos y garantías que caracteriza la Convención sobre los Derechos del Niño. El instrumento internacional, con jerarquía constitucional, destaca la idea de sujeto de derecho, modificando sustancialmente el régimen de las leyes internas consagradas en el Código derogado.

Además la ley 26.061, en su art. 27, incorpora derechos y garantías de carácter procesal en pos de garantizar a la infancia el principio del debido proceso, de esta manera su inc. c) al disponer que los NNA tienen derecho a contar con asistencia letrada, sin hacer referencias a límites etarios, y continúa diciendo que para garantizar una efectiva protección de tal derecho, que en el caso de carecer de recursos económicos el Estado tiene el deber de asignarle un letrado que lo patrocine, pues de esta forma solo puede consolidarse el modelo de protección integral de los derechos de los NNA. Esta es una garantía mínima instrumental, el piso o límite inferior, o sea inviolable, por lo que su inobservancia afectaría el orden público, el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso legal. Debido a esto se entiende que la sociedad tiene el deber de reconocer la actuación de todo NNA, sin importar su edad, junto con un abogado especializado en niñez que lo patrocine en todas aquellas cuestiones en que se vean afectados, sin efectuar ningún tipo de distinción que vulnere el principio de igualdad y no discriminación y sin realizar distinciones que la ley no establece.

3. La solución brindada por el Código Civil y Comercial

Si bien es cierto que a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro ordenamiento jurídico no sólo se instauraron una amplia gama de derechos y garantías a los NNA, sino que también se produjo un cambio en sus institutos y terminologías por otras que son más favorables a los niños, estos avances se vieron menoscabados con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial.

En su art. 25⁸ se vuelve a utilizar el vocablo “menores de edad”, término que se buscó erradicar, ya que importa una categoría en crisis asociada a la vieja escuela de la minoridad, representa en todo caso, un contenido estigmatizante. En cambio la denominación “niños” expresa una idea más acorde con el cambio de ideología, a partir de la existencia de la Convención, instrumento internacional con jerarquía constitucional⁹.

El Código en su art. 26 instaura el principio de capacidad progresiva, lo que constituye un avance importante, en tanto el Código anterior establecía franjas etarias sin tener en cuenta la condición de los NNA. El artículo referido establece que: *“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus padres puede intervenir con asistencia letrada...”*. De este artículo, puede observarse, que se supedita la asistencia letrada de los NNA a su grado de madurez y a la existencia de intereses contrapuestos con sus padres, lo cual implica un amplio retroceso a lo que se venía

⁸ Art. 25 CCC: *“Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años de edad. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.”*

⁹ SOLARI, Nestor E., “El abogado del niño en el Proyecto”, *DFyP* 2013 (abril), 01/04/2013, 6 (AR/DOC/1027/2013, p. 1).

proyectando a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/06.

El Código vigente confunde la capacidad progresiva con el derecho al patrocinio letrado. Dicho en otros términos, la capacidad progresiva del sujeto refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho de contar con asistencia letrada en el juicio. Este último se instaura en virtud del reconocimiento que surge del art. 27 de la ley 26.061, bajo la denominación de Garantías mínimas del procedimiento, donde no se condiciona tal intervención a la edad del sujeto, por lo que la designación deberá hacerse en todos los casos en que se halle en juego cuestiones que lo afecten. De ahí que se establezca que tal designación debe realizarse desde el inicio del proceso, en el entendimiento de que para la realización de actos procesales se requiere la defensa técnica del niño¹⁰.

A su vez el art. 26 del Código parece confundir la figura del abogado del niño con la del tutor *ad litem*, por lo que debería realizarse una clara distinción entre ambos institutos y otros afines. El tutor *ad litem* se encuentra regulado en el art. 109 del Código Civil y Comercial, figura en la cual no se ha innovado, instituyendo lo mismo que el art. 397 del Código Civil derogado. En ellos se establece que “*Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existen conflictos de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; ...*”. Puede observarse que este artículo junto al 26 entienden que frente al mismo supuesto de “conflicto de intereses entre los padres y los niños”, estos últimos contarán con patrocinio letrado o la figura del tutor *ad litem* de acuerdo a su grado de maduración y desarrollo, lo cual resulta erróneo, en tanto estamos ante la presencia de dos figuras distintas.

El patrocinio letrado constituye una garantía de la defensa en juicio, en todo procedimiento, independientemente del sistema de representación legal por la condición de incapaz. Este no puede recibir directivas del juzgador, en el sentido de que le establezca cuál será el contenido de sus funciones durante el ejercicio del cargo, caso contrario, se desnaturalizaría su función. El tutor especial, en cambio, es el representante que el juez le provee al menor. Este no actúa junto al niño, a quien se lo presume sin la madurez suficiente para actuar por sí mismo, sino que lo sustituye en su voluntad. De este modo, el tutor *ad litem* defiende el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cual es la opinión del niño¹¹. Esto es lo que diferencia la actuación del letrado patrocinante, quien solo asiste técnicamente al niño, representando sus intereses según la mirada del menor.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que las personas menores de edad son representadas en juicio por los padres o tutores y promiscuamente por el Ministerio Público de Menores. Más allá de la existencia y procedencia de los mencionados representantes, los NNA tienen derecho a actuar por sí y designar un abogado de confianza a fin de garantizar plenamente sus derechos, ya que la representación legal de los padres y la promiscua del asesor de menores no son suficientes a tal fin.¹²

¹⁰ SOLARI, Nestor E., ob. citada, p.2.

¹¹ RODRIGUEZ, Laura, “El derecho de defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto”, *DFyP* 2012 (julio), p. 242.

¹² RODRIGUEZ, Laura, “Infancia y derechos: del patronato al abogado del niño. Experiencia de la clínica jurídica de la fundación sur”, 1º Ed., Buenos Aires, Eudeba, 2011, p.34.

Según lo mencionado anteriormente, surge que también debe diferenciarse la figura del abogado del niño con la del Defensor de Menores, este último como integrante del Ministerio Público de Menores. De la lógica emergente de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley 26.061 junto a su decreto reglamentario 415/2006, se instaura una distinción. La misma surge a partir del momento que el decreto reglamenta el art. 27 de la ley estableciendo 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."

En cuanto al papel del Ministerio Público de Menores, éste consiste en la defensa de la infancia, entendida ésta como un interés del Estado, distinta a la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño o adolescente en un caso concreto. El Nuevo Código Civil y Comercial de Nación regula en su art. 103 la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos que puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal¹³. De allí surge que la función del representante promiscuo de los incapaces es defender la legalidad e intereses generales de la sociedad y consecuentemente pronunciándose conforme a ese derecho, y no necesariamente inclinándose por la posición más favorable al interés del niño¹⁴.

No obstante la distinción efectuada es posible la representación dual, por un lado, del abogado del niño y por otro lado la actuación del Defensor de Menores. Si bien este último interviene en todos los procesos judiciales en que estén involucrados niños, la designación de un abogado de confianza no implica el cese de su actuación. Tal situación genera pretensiones diversas. Por una parte, la demanda del defensor de menores y por otra, la personal del niño, expresada a través del abogado de confianza. Pretensión distinguible de la del dictamen del defensor, quien privilegia fundamentalmente los intereses de la sociedad¹⁵. Por los que los NNA deben participar como "parte" del proceso en el que intervienen, independientemente de la representación legal de los padres y la promiscua.

El abogado del niño, como bien se ha dicho, se encarga de representar los intereses y derechos de los NNA, ejerciendo la defensa técnica. Cuando procede la representación de las figuras que venimos analizando, se observa que más allá de lo que desee el menor, se tendrá en

¹³ Artículo 103 Código Civil y Comercial: "Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;

ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales."

¹⁴ PESTALARDO, Alberto S., "Actuación en juicios de menores de edad", SOLARI, Néstor E. y BENAVENTE, María Isabel (directores), *Régimen de los menores de edad*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012, p. 631.

¹⁵ RODRIGUEZ, Laura, "Infancia y derechos: del patronato al abogado del niño. Experiencia de la clínica jurídica de la fundación sur", 1º Ed., Buenos Aires, Eudeba, 2011, p. 105.

cuenta otros intereses a la hora de resolver cualquier contienda en donde se encuentre involucrado un NNA, tales como son los intereses del Estado o los intereses de los padres. La importancia de la regulación del abogado del niño radica en hacer prevalecer los intereses y derechos de los NNA, los cuales en muchos casos no pueden expresar su postura individual. Lo que se busca es que, en todos los casos, los niños tengan una actuación personal y propia, independientemente de cualquier representante legal (como sus padres, su tutor, o el Defensor Público de Menores e Incapaces) o procesal (como podría ser un tutor *ad litem*).

4. Conclusión a modo de cierre

La figura del abogado del niño ha sido tratada de forma deficiente en el Código Civil y Comercial, manteniendo, en su esencia, una lógica tutelar en relación a las personas menores de edad, que no condice ni compatibiliza con los criterios de actualidad que marcan los tratados internacionales con jerarquía constitucional.¹⁶

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone, en su art. 5, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismos, por lo tanto, por más que los NNA necesiten asistencia jurídico técnica, esta garantía no puede desconocerse a través de la utilización de representantes que pretendan actuar como interlocutores de ellos, postergando el ejercicio pleno del derecho a ser parte hasta que alcancen edad necesaria para adquirir la capacidad de hecho plena. Por lo cual, como bien surge de la Convención y de la ley 26.061 y su decreto reglamentario, si bien es cierto que la autonomía progresiva va a marcar su mayor o menor capacidad para actuar, no sucede lo mismo con su participación procesal, lo que puede tener lugar cualquiera sea la edad del niño. Ninguna de estas normativas al establecer sus derechos lo condiciona a que deba contar con edad, madurez, suficiente juicio o grado de desarrollo intelectual. Por lo que podría entenderse que hasta un niño de pocos años de vida, incluso lactante, tiene derecho a participar en el juicio que lo afecta y contar con un abogado que lo asista, para poder entender primordialmente su interés superior.

Frente a la falta de correlación entre la normativa del Código Civil y Comercial y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto a la ley 26.061 y su decreto reglamentario, el Código actual se verá sometido a varios planteos de inconstitucionalidad, como consecuencia de que aquellas normas conceden un piso mínimo de derechos y garantías a los niños, niñas y adolescentes sin ningún tipo de distinción, los cuales hoy resultan vulnerados.

¹⁶ SOLARI, Néstor E., ob. citada, pp. 2-3.