
El régimen de representación de niñas, niños y adolescentes (NNyA) y el control de convencionalidad.

Autores: **Juan Pablo Cafiero¹ (*)** y **Maria del Huerto Terceiro (**)**

SUMARIO: I. Introducción. - II. Diagnóstico de Situación. - III. Consideraciones Finales

RESUMEN

La tesis de trabajo para estas Jornadas Sanisidrenses (***) es la afirmación de que las personas menores de 18 años tienen necesidades morales, ya sean afectivas o patrimoniales, de seguridad y libertad, de progreso y de participación, por lo que como correlato de dichas necesidades nacen los derechos, muchos de ellos conocidos como los derechos de las infancias. Entre ellos el de acceder y participar plenamente en todo proceso en los que su vida pueda quedar afectada. Sean de orden administrativo como judicial. A tal fin, en un Estado de Derecho social y convencional, deben brindarse todas las garantías que hacen a su calidad de sujeto de derecho. En tanto su dignidad y libertad como personas no puede dividirse según el rango etario u otra discriminación y dada la indisponibilidad de las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos en favor de NNyA. Tanto, la participación con patrocinio especializado del Abogado del NNyA, así como el derecho a ser oído, son la base para determinar el Interés Superior. Principios irrenunciables, imperativos, de orden público, y obligatorios para asegurar la vigencia de los derechos humanos de las infancias.

¹ (*) Abogado (UBA). Director de la Defensoría del Niño (CASI). Instituto Interdisciplinario del Niño y la Familia (CASI). 2015/2020. Conjuez Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Mediator Prejudicial.

(**) Abogada (UBA), Maestranda en Políticas Públicas Infanto-Juveniles (UBA). Secretaria del Instituto Interdisciplinario de Niñez y Familia (CASI). Coordinadora del Curso de Abogado del Niño (CASI) Coordinadora del Observatorio del Niño (CASI).

(***) VII Jornadas sanisidrenses de derecho "El derecho convencional, sus relaciones e influencias en las relaciones jurídicas".

PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad. Infancias. Abogado del niño. Especialidad. Participación de niños, niñas y adolescentes (NNyA).

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en la afirmación: las personas menores de 18 años tienen necesidades morales, ya sean afectivas o patrimoniales, de seguridad y libertad, de progreso y de participación. En concordancia con dichas necesidades surgen los derechos denominados “derechos de las infancias”. En la etapa de diagnóstico, se hace hincapié en: acceder y participar plenamente en todo proceso, en los que la vida de los NNyA pueda quedar afectada. Brindándose todas las garantías que hacen a su calidad de sujeto de derecho. En tanto, su dignidad y libertad como personas no puede dividirse según el rango etario u otra discriminación. Y, dada la indisponibilidad de las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos en favor de NNyA.

La consideración final de este trabajo se enmarca en la participación con patrocinio especializado del Abogado del NNyA, así como el derecho a ser oído, son la base para determinar el Interés Superior.

II. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN

La tesis de trabajo para estas Jornadas Sanisidrenses es la afirmación de que las personas menores de 18 años tienen necesidades morales, ya sean afectivas o patrimoniales, de seguridad y libertad, de progreso y de participación, por lo que como correlato de dichas necesidades nacen los derechos, muchos de ellos conocidos como los derechos de las infancias. Entre ellos el de acceder y participar plenamente en todo proceso, en los que su vida pueda quedar afectada. Sean de orden administrativo como judicial. A tal fin, en un Estado de Derecho social y convencional, deben brindarse todas las garantías que hacen a su calidad de sujeto de derecho. En tanto su dignidad y libertad como personas no puede dividirse según el rango etario u otra discriminación y dada la indisponibilidad de las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos en favor de NNyA. Tanto, la participación con patrocinio especializado del Abogado del NNyA, así como el derecho a ser oído, son la base para determinar el Interés Superior. Principios irrenunciables, imperativos, de orden público, y obligatorios para asegurar la vigencia de los derechos humanos de las infancias.

La capacidad progresiva determina criterios a través de los que la ley autoriza determinados actos. Pero al asimilarlos a los actos realizados por los adultos, se le desconoce el plus de protección especial de la infancia. Así, persisten criterios judiciales y normas que se alejan de dicha instrucción constitucional y convencional.

El modelo garantista, que hacemos propio, nos permite alejarnos del iuspositivismo dogmático que aún aplica normas y criterios de forma automática.

Esta mirada, termina avalando prácticas contrarias a la misma legalidad que se pretende defender. En cambio, el iuspositivismo crítico es una invitación a la judicatura a emitir juicios sobre la validez de criterios, procedimientos y normas que concilien la convencionalidad con la práctica judicial. Esta última implica la sujeción de todo poder al derecho, de esta forma los derechos de las infancias son impuestos como una obligación encomendada al poder político, tanto en su motivación, como en la garantía de su efectividad. Recordemos que los tratados de derechos humanos son, además, un límite al poder legislativo. Pero, hemos de admitir, que las falencias del poder político en dar respuestas eficaces a las necesidades de las infancias, incrementa la demanda de estas en el Poder Judicial. Ello expande el rol de la Justicia, y sobre exige a la judicatura a dar respuestas en temas que le son impuestos por la agenda social que no ha logrado obtener políticas públicas que satisfagan las demandas de la infancia.

En tal línea de acción debemos superar la identificación de los derechos del ciudadano por el derecho

de las personas. Ese tránsito soslaya las diferentes etapas evolutivas de los NNyA, y nos convoca a hacer valer esos derechos desde el momento mismo del nacimiento de la vida. El abogado especializado, que es la figura del Abogado de NNyA, puede cumplir con el deber de patrocinio, aún sin recibir una instrucción de su asistido, ya que el marco iusconvencional y constitucional lo orientará para el ejercicio de la protección, asesoramiento, e identificación del Interés Superior del Niño. La escucha, que se define como un acto procesal de gran envergadura para la decisión administrativa o judicial, tiene que adoptar todos los criterios para que los NNyA puedan alcanzar la plena participación dentro del proceso. Asimismo, la dinámica evolutiva de la autonomía podrá ir dotando un campo reflexivo y de conciencia que acompañe la maduración de cada persona. En ese sentido se inscribe como mejores prácticas la Resolución 819/22 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

El juez debe actuar con toda la información disponible. Así el juicio, como definieron los clásicos, se construye con la imparcial búsqueda de la verdad. Ese proceso está en su base informativa. No debe ser un proceso ofensivo contra el NNyA o contra su familia, ya que la enemistad para explicar una decisión no puede fundarse en un prejuicio sobre el contexto familiar o personal. Esa simplificación contribuye a la arbitrariedad² y a la puja, entre quienes deben actuar en la restauración de derechos. Sin duda que es atribuible a la magistratura un margen legítimo de arbitrariedad. Lo contrario sería una arrogancia cognitiva. Buscar la verdad implicará asumir el valor de la duda y la conciencia constante, de la posibilidad de error de hecho y de derecho. Para limitar ese poder habrá que tener disponibilidad para atender las razones opuestas de todas las partes.

En ese espacio la escucha a NNyA con la presencia de su letrado especializado puede redundar en una mejor performance del desempeño judicial o de la administración en la respuesta a la necesidad y derecho respectivo.

Si, el Interés Superior del Niño, es un principio de orden público, ergo no disponible, y tiene la fuerza de desplazar otros derechos, en tanto su ponderación convierte en flexibles y adaptables las demás normas que influyen en un caso. Esa ponderación, por la sola presencia de NNyA, en el caso, cambia la pirámide jurídica y la interpretación legal.

En la órbita del derecho no disponible, porque en él radican la vigencia efectiva de los principios y garantías constitucionales y convencionales, surge la escucha y el patrocinio letrado especializado. Entre esos pilares se va diseñando el debido proceso legal y el Estado garantiza la tutela judicial efectiva diferenciada con más el plus para las infancias, lo cual le da la función garantista sobre una franja social por naturaleza vulnerable.

Sin embargo, sin niñez como sujeto, no hay niños o niñas que puedan alcanzar el estatus de ingreso a la ciudadanía. La niñez es descartada cuando no participa del bios, es decir de la decisión, y ocupa el lugar del zoe, poniendo su cuerpo.

El ámbito jurídico para el ejercicio de la representación de personas menores de 18 años está previsto en el artículo 26 CCyCN donde se acuña el criterio: "... a mayor autonomía de la persona disminuye la actuación de su representante (...)"². La propia norma ratifica el derecho a ser oído y a contar con asistencia letrada. Sin embargo, en la norma se produce un error. La asistencia letrada, al igual que en el mundo de los adultos, es obligatoria, y su ausencia acarrea la nulidad. No se trata de verificar el desarrollo de sus recursos intelectuales, ello es una discriminación, es obligatoria la escucha con asistencia legal en todos los escenarios. El abogado del niño, valiéndose de la interdisciplina, debe estar capacitado para abordar esa complejidad. Asimismo, la norma insiste, en su último párrafo, en el error de asimilar al adolescente con el adulto. En esta redacción no se tuvo en consideración el plus de protección. El Código adoptó un criterio dinámico tal como es el sistema de la capacidad, con el de autonomía progresiva del artículo 5 y 12 CDN (ver OC 17/2002 CIDH), combina edad con el grado de madurez, de tal forma que iguales edades no son capacidades iguales.

Sin perjuicio de ese señalamiento, el paraguas de la convencionalidad suple las deficiencias señala-

² Ferrajoli: *Nueve máximas de la deontología judicial*. Congreso de Magistratura Democrática 1/01/2013.

das. Y la práctica judicial va sosteniendo progresivamente la presencia del abogado especializado para la asistencia de NNYA. Sin dudas que aún en actuación solapada con el Ministerio Público³, pero haciendo un camino constitutivo de una meta-garantía para un sector vulnerable de la sociedad. La perspectiva de las infancias es una forma de abordar el mundo jurídico. Tanto en las relaciones familiares como en todo acto o negocio jurídico. Es el legado de la convencionalidad, de existencia previa a la reforma constitucional de 1994, pero reforzada y expresa luego de la incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en particular la Convención sobre los Derechos del Niño.

Siguiendo esta línea de pensamiento, con la finalidad de compartir lineamientos interpretativos a través del análisis de sentencias de judiciales. Teniendo como marco los principios fundamentales de la CIDN, a saber: el derecho del Niño a ser oído, el Interés Superior del Niño y el derecho a la Participación Infantil.

En este contexto, el bloque de constitucionalidad federal ha sido definido por Bidart Campos como “(...) un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental (...)”. Y, tiene (...) “como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales (...)”, (Bidart Campos, 1995)⁴.

Cuando un Estado ratifica un tratado de derechos humanos, asume obligaciones en los términos del instrumento internacional, hacia los individuos bajo su jurisdicción. Considerando los tratados internacionales de derechos humanos, el Estado Nación tiene la obligación de adecuar la legislación interna, a dichos tratados.

Ello, en concordancia con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que señala: “... una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”⁵.

Según Bidart Campos,

“... la doctrina de la supremacía constitucional exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión que las normas y los actos contrarios a la constitución no valen: son inconstitucionales o anticonstitucionales. De este modo, no estableceremos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales (...)”, (Bidart Campos; 1996)⁶.

Desde la óptica del sistema jurídico, en la esfera de actuación de NNYA, la capacidad progresiva no puede ser completada por un sistema rígido de autoridad paternal de subordinación absoluta de la persona menor de edad, a los criterios establecidos por sus responsables.

La subordinación absoluta a la autoridad paternal, no se compadece con las pautas establecidas en el bloque de constitucionalidad, que impone el respeto de la vida, la salud y la dignidad de todos los ciudadanos, que asegura la garantía de una adecuada provisión de información. En el caso de los NNYA establece como pauta de valoración, la de personalísimos del hijo, con los deberes y derechos que les caben a los progenitores para su formación y cuidado.

Con este marco teórico, el análisis tiene como punto de partida la identificación de pautas para la designación del Abogado del Niño en los Juzgados de Familia, a partir del análisis de sentencias de las distintas Salas de las Cámara de Apelaciones. Y, enunciaremos algunas de las principales críticas desde nuestro enfoque conceptual.

⁴ Bidart Campos, Germán, (1995), *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires pp. 265-267.

⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

⁶ Bidart Campos, German, *Manual de la Constitución Reformada*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996, T.I. Cap.5.

Se analizan las sentencias judiciales, en el periodo posterior a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), del año 2015. A través de una orientación descriptiva, en el sentido de postular una interpretación por sobre otra de lege lata, la cual se ocupa de detectar problemas interpretativos, y proponer soluciones.

Ser niño o adolescente, determina un estatus jurídico, a partir de estas características se establece el contenido, alcance y hasta, el momento a partir del cual pueden ejercer los derechos por sí. El CCCN determinó como regla⁷: que son permitidos el ejercicio de los derechos por NNYA de acuerdo con su edad y grado de madurez. Así, se recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial, el derecho de NNYA a participar en las decisiones que se adopten y afecten su persona.

El legislador estableció que el ejercicio de derechos por NNYA, excluye la función representativa cuando niños y adolescentes satisfacen la exigencia de edad y madurez suficiente.

En los últimos años la condición jurídica de la niñez se ha centrado en derechos de libertad, característicos de personas adultas. Esta equiparación, es decir, la capacidad jurídica para adoptar decisiones, que el ordenamiento reserva a las personas adultas. Sin embargo, un adolescente de 16 años se presume competente, con relación al cuidado de su propio cuerpo, artículo 26 CCCN, último apartado.

El modelo previsto en el CCCN estableció un régimen mixto. Se presume que el adolescente posee competencia y puede ejercer el derecho en cuestión antes de haber alcanzado la mayoría de edad establecida por el mismo ordenamiento.

Por la manera en cómo encontramos la designación del Abogado del Niño en las sentencias analizadas, señalamos los siguientes puntos críticos:

Se analiza la procedencia de la participación del NNYA con abogado especializado, estos son:

- En el presente caso, "... se sostiene que, si el NNYA posee la madurez y la competencia necesaria para presentarse ante el Juzgado de familia a fin de ser escuchada, ofrecer prueba. Y, en definitiva, participar de la decisión que se tome respecto de su persona. La Sala expresa -ante la denegatoria- que ésta implica una violación al derecho de acceder a la defensa en juicio y al Interés Superior del Niño, en su faz procesal"⁸ (...). Desde nuestra perspectiva, es adecuada esta resolución, en tanto adopta un criterio fundado en un principio constitucional-convencional, propiciando la participación del NNYA.

- En otro caso analizado, la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación de La Plata, "... decidió que la designación de un Abogado del Niño es procedente cuando la persona menor de edad en oposición de intereses del niño con sus representantes legales, artículo 26 inc.2 párr. CCCN y posee un grado de madurez suficiente para dar instrucciones a su abogado, a diferencia del derecho a ser oído que puede ser ejercido a cualquier edad. Esta capacidad procesal se presume a partir de los 13 años, pero antes de esa edad puede demostrarse mediante incidente. Y, si no tiene madurez suficiente, se le nombrará un tutor ad litem⁹...". Según nuestra perspectiva coincidimos parcialmente. Porque, se atiende parcialmente al principio de supremacía, al designarse un abogado. El cual, carece de especialidad, requerida por el ordenamiento, artículo 27 Ley 26.061. Considerando, que la formación interdisciplinaria que poseen los Abogados del Niño es una adecuada respuesta para articular en conflicto familiar sustanciado.

Se analiza la participación del NNYA con ausencia de designación Abogado del Niño, en los siguientes casos:

- ... "En el caso analizado, el órgano competente manifiesta que NNYA debe contar con el grado

⁷ Artículo 26 Código Civil y Comercial, 1er. Párrafo.

⁸ La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes c/ S., S. Medida de abrigo, La Plata 11 de noviembre 2015.

⁹ La Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación de La Plata, en autos caratulados "P., M. A. C/ L., M. A. S/Alimentos" (causa: 128440), 10 días del mes de agosto de 2021.

de madurez suficiente para darle instrucciones a su abogado ¹⁰...”. Nosotros señalamos, que en la mayoría de los casos esto no ocurre, por lo tanto, en este contexto es poco probable, aceptar la señalada afirmación: que el niño o el adolescente pueda darle instrucciones a su abogado.

• “... Cuando el adolescente posee 15 años, y el mismo manifiesta que no quiere un abogado que lo asista, es decir, conoce que puede contar con un patrocinio, pero no le interesa ¹¹ ...” Consideramos que sostener esta postura, afecta el derecho a la defensa en juicio, siendo contrario a la garantía de la tutela judicial continua y efectiva. Conforme el art.15 Constitución Provincia de Buenos Aires.

• “... Se distingue la figura de la participación del Niño, del derecho a ser oído, que puede ser ejercido a cualquier edad- esta última. Esta capacidad procesal se presume a partir de los 13 años. En todos los casos deberá contarse con el consentimiento del adolescente prestado en el expediente judicial a tal fin ¹²...”.

Desde nuestra perspectiva, tanto la participación, como el derecho a ser oído del Niño, son cuestiones indisponibles.

• “...Existen casos, que prima fase, amerita la designación del mencionado profesional. Serán los supuestos en que el Niño exprese su deseo de contar con abogado propio aplicación analógica del artículo 27 inc. a) de la ley 26.061. Sin embargo, aclara que no será procedente ante la manipulación de la que es objeto por uno de sus progenitores, en situaciones que verifican un alto nivel de conflicto parental, cuando lo perseguido por los padres en el proceso es susceptible de provocar severos riesgos en la vida del niño¹³...”.

Consideramos que el Abogado del Niño debe respetar el interés genuino, es decir, ante el deseo de tener abogado propio. Si este abogado representa el interés de uno de los progenitores, no corresponde su designación, en este proceso, implicaría contrariar el espíritu de la norma, que sustenta el instituto.

• “... Cuando la pretensión de designar un letrado para patrocinar a un Niño menor de 14 años, que es a su vez abogado patrocinante de una de las partes en un juicio por *violencia familiar*. Debe rechazarse -en el caso, se designó *tutor especial*, en los términos del art.109, inc. A del CCCN-, en tanto se desprende de la causa que aquel no posee la madurez psíquica y emocional y, el entendimiento requerido a los fines de ser autorizado a intervenir de un modo directo e inmediato en la defensa de sus propios intereses¹⁴...”.

Desde nuestra perspectiva, adherimos a la resolución, en tanto el abogado que patrocine debe actuar conforme al Código de Ética, y, por lo tanto, no podría intervenir en el proceso patrocinando a ambas partes. Sin embargo, la designación de *tutor ad litem*, entendemos que no cumple con el requerimiento de las garantías mínimas del proceso judicial, por ejemplo, la especialidad, artículo 27 Ley 26061. Por lo tanto, disentimos con la designación de tutor especial en este caso.

• “...La Sra. Defensora de Cámara puso de relieve que nos encontramos dentro del marco de un proceso de violencia familiar, —en el cual se ha dispuesto el cuidado personal unilateral de H. y

¹⁰ P. M., N. M. s/ abrigo Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores Fecha: 26-12-2019. Cita: IJ-CMXV-292.

¹¹ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B(CNCiv)(SalaB) Fecha: 20/04/2018 Partes: P., S. R. c. B., P. H. s/ denuncia por violencia familiar Publicado en: RDF 2018-VI, 21. Cita: TR LALEY AR/JUR/45214/2018.

¹² I., M. L. por su Hijo Menor P., I. G. F. c/P., M. J. s/Privación Patria Potestad País. Argentina

Tribunal: Cámara de Familia de la Primera Circunscripción. Fecha:26-06-2018 Cita: IJ-DXXXVII-603.

¹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea (CCivCom Necochea) Fecha: 22/03/2016 Partes: G., A. M. c. L., M. Z. s/ desalojo falta de pago Publicado en: La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/13855/2016.

¹⁴Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B (CNCiv) Fecha: 20/04/2018.

Partes: P.S.R. c B.P.H. s/ denuncia por violencia familiar. Publicado en: RDF 2018-VI, 21 Cita: Tr LA LEY AR / JUR / 45214 /2018.

S. a favor de su madre— donde ya se encuentran interviniendo diversos efectores en resguardo de los intereses y derechos de los niños involucrados, no resultando pertinente ni beneficiosa en el actual estado de la causa, la designación de un abogado para el niño. No obstante, ello entiende que, en miras del interés superior de su asistido, lo más favorable será la designación de un tutor. Por tales circunstancias opina que deberá confirmarse la resolución apelada y rechazarse los agravios¹⁵ ...”.

Nosotros afirmamos, que nuevamente nos encontramos ante una designación de tutor especial, el cual no cumple con los requerimientos mínimos procesales de especialidad. Sin embargo, existe evidencia suficiente que se designan tutores especiales a las personas menores de 13 años. Se constata que es habitual la designación de tutores especiales para niños de menos de 15 años, desde nuestra postura es inconstitucional.

• “... De manera que, en cada caso, corresponde establecer si en función de la capacidad progresiva del niño se puede designar un abogado que represente en el proceso su interés particular. Por otro lado, los derechos de jerarquía constitucional que tienen los niños, niñas y adolescentes de ser oídos y de actuar procesalmente importa que pueden ser escuchados en una causa judicial, en audiencia y sin límite de edad según su grado de madurez conforme la CDN, la ley 26061 y el artículo 639 inciso c) CCyCN, sin que ello implique que se admita su intervención con representación propia en el proceso y con independencia de sus padres. En el marco de la audiencia que se llevó a cabo en esta Sala se tomó contacto con S. y se pudo advertir que el niño no se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio en atención a su edad y a su falta madurez (artículo 12 en concordancia con el artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño; 75 inciso 22 y 18 de la Constitución Nacional; 18, 44 y 45 de la Constitución Provincial, 27 inciso c) de la ley 26061, de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. En efecto de tal entrevista resulta que al evaluar la conveniencia de designarse un abogado del niño entiendo que S. no cuenta con edad ni madurez suficiente para contar con asistencia letrada, no alcanzando a comprender, por su corta edad, la función de tal asistencia ni puede formarse un juicio propio. Por ello coincido con el Juez de grado en el sentido que los derechos se encuentran debidamente defendidos por la Asesoría de Incapaces, lo que me lleva a concluir que la designación debe desestimarse (artículo 608 inciso 1 del CCCN)¹⁶ ...”. En el presente caso el Niño de 4 años, no puede comprender el alcance de las medidas que se adoptan, sin embargo, el Asesor de incapaces no patrocina a los derechos del niño del mismo modo que el Abogado del Niño.

• “... Con relación a la designación de abogado del niño; para garantizar el debido proceso, que requieren los impugnantes, aun cuando consideran que no hay intereses contrapuestos entre ellos y su hijo, de conformidad con lo previsto por el artículo 27 de la ley 26061, no existen motivos que justifiquen su designación, máxime la edad del menor (1 año y 7 meses) y su grado de madurez y que atento a ello, la Asesora de Incapaces asumió la defensa de P. en forma directa y adecuada amparando sus derechos¹⁷...”.

En el este caso, la Sala desestimó la designación de un abogado para representar los intereses de un niño de -1 año y 7 meses-. Vemos como se reitera la pauta establecida de no designar abogado cuando no posee con grado de madurez suficiente. En este sentido, se confunde la madurez del niño y con la representación letrada.¹⁸

¹⁵ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B(CNCiv)(SalaB) Fecha: 20/04/2018 Partes: P., S. R. c. B., P. H. s/ denuncia por violencia familiar Publicado en: RDF 2018-VI, 21. Cita: TR LALEY AR/JUR/45214/2018.

¹⁶ Cámara de apelaciones de San Isidro, Sala 1: “C. S., N. M. C/ U., D. S/ Comunicación con los hijos” Fecha: 7-8-2018.

¹⁷ Cámara de apelaciones de San Isidro, Sala 1: “C. S., N. M. C/ U., D. S/ Comunicación con los hijos”

¹⁸ Agradecemos a la Dra. Capuano Tomey los insumos proporcionados para el presente estudio.

III. CONSIDERACIONES FINALES.

Los NNYA tienen pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, su interés moral y material debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso. Con referencia a las sentencias analizadas, consideramos condiciones esenciales para la designación de Abogados del Niño, ellas son:

Es menester la designación de abogado preferentemente especializado en niñez, y con formación interdisciplinaria. Resulta necesario que el derecho del niño a ser oído sea equiparado al derecho del Niño a participar en los procedimientos que lo afecten, en tanto comprende los principios que subyacen en todo tratado de derechos humanos, siendo que está íntimamente conectada con las garantías constitucionales (artículo 15 CP, 18 CN). Para erigirse en un instrumento de compensación adecuada para nivelar asimetrías y alcanzar una igualdad real, y no declarativa, facilitando el acceso a la justicia. Siempre que resulte apropiada la designación de Abogado del Niño: es procedente arribar a una decisión ceñida a la convencionalidad, justa y equitativa para NNYA que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Consideramos que cuando los valores y fines perseguidos no son explícitos en la norma legal, es difícil su determinación posterior. Cuando se encuentran tensiones entre los distintos principios y valores consagrados en el mismo conjunto normativo, la actividad judicial y de los operadores jurídicos deben llevar adelante un minucioso análisis que conduzca a la determinación del “interés superior”, el cual no será uno que desplace a otros sino al “conjunto” de derechos y circunstancias que mejor defiendan al niño en un marco de un plan de vida digna, sin perjuicio de que en el ejercicio de su libertad y autonomía del niño hará variar permanentemente el conjunto de derechos y prioridades vitales. El conjunto de normas no sólo está integrado por las que emanan de los órganos legislativos, sino también *por las interpretaciones jurisprudenciales que interpretan el alcance de esta.*

Es importante destacar el cambio adoptado por la Cámara de apelaciones de San Isidro, Sala 1, la cual adopto una postura, que admite la participación de NNYA en los procesos.

El presente análisis crítico se realizó sobre el corpus de sentencias lo cual implicó dotar de sentido los distintos criterios aludidos, y nuestra tarea consistió en precisar las producciones jurisprudenciales. Como síntesis de la presentación puntualizamos:

Resulta evidente la necesidad de unificación de criterios jurisprudenciales.

Considerando la naturaleza del acto procesal, sus características, su habitual modalidad, sus implicancias y su finalidad, resulta apropiado la designación de Abogado del Niño que pueda participar en la audiencia con la persona menor de edad ante el Tribunal.

La audiencia habitualmente fijada para que el niño comparezca en forma personal, atento su carácter personalísimo, ante la presencia del magistrado, quien -por aplicación del principio de inmediatez, art. 706, CCyC- debe asimismo participar del acto, se trata de un acto procesal cuya denegación de participación del ADN afecta directamente el Interés Superior del Niño, constituyendo una expresa violación de la defensa en juicio.

Se debe procurar una real y total independencia de quien ejerce el patrocinio del NNYA, respecto de todo otro interés ajeno a la defensa, para ser congruente con el principio de autonomía progresiva que sostiene la figura.

Es necesario afirmar que el análisis realizado, trata de ponderar el referido principio protectorio para arribar a una decisión ceñida a los procedimientos legales o judiciales y, que sea justa y equitativa, respetuosa de los intereses y derechos de aquellos más vulnerables de la relación. Sostenemos que estos rasgos deben contemplarse, por su raigambre constitucional-convencional.

BIBLIOGRAFÍA

Bidart Campos, German: Manual de la Constitución Reformada. Editorial Ediar, Buenos Aires, T.I., 1996.

Bidart Campos, Germán: *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

Llugdar Hugo Andrés, “De la Protección Integral de los Derechos de los Niños en la Provincia de Buenos Aires”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, directora Silvia Eugenia Fernández”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015. Tomo II, pág. 1493), resultando necesario armonizar los principios de autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica establecida en el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994 arts. 100, 101, 102 y 103.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-39999/235975/norma.htm>

Observación General 12 (2009), Comité de los Derechos del Niño.

Reglas de Brasilia.

Ley N° 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
http://www.jus.gob.ar/media/3108870/ley_26061_proteccion_de_ni_os.pdf

Artículo 19 Constitución Nacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 19, Ley N° 23054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Sancionada: marzo 1° de 1984. Promulgada: marzo 19 de 1984.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Observación General 20. Reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (Artículo 7), (44° período de sesiones, 1992.2016) párr. 18 a 23. Comité DN.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf>

Ley 13298, Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por Ley 13634.
https://www.mpba.gov.ar/files/documents/ley_13298-05.pdf

Ley 13634 es complementaria de la presente. Convención Sobre Los Derechos Del Niño, 20 De noviembre de 1989.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>