

Universidad Abierta Interamericana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE ABOGACÍA

SEDE LOMAS DE ZAMORA

EL ROL DEL ABOGADO DEL NIÑO COMO GARANTE PARA LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA INFANCIA

ALUMNO: Lara, Demian Eduardo

PROFESOR TUTOR: Dr. Millan Fernando

TÍTULO A OBTENER: Abogado

FECHA DE PRESENTACIÓN: octubre de 2020

CORREO ELECTRÓNICO: demianlara642@hotmail.com

TELÉFONO CELULAR: (02224)15536184

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos del Niño erigió un cambio en la protección y asistencia de los derechos de la infancia ya que se enfatiza que los niños, tienen los mismos derechos y garantías que los adultos.

De allí la trascendencia de su artículo 5º *"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".*

Se culmina la presencia del paradigma de la situación irregular donde los menores eran considerados como incapaces para ejercer sus derechos.

Con la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se aplica el concepto de autonomía progresiva para que una niña, niño o adolescente pueda tener un mayor o menor grado de capacidad comprendiendo de manera eficaz el alcance de sus actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, conforme su evolución física y psíquica según su grado de madurez alcanzado.

Asimismo se da el puntapié inicial al paradigma de la protección integral. Esta doctrina trajo importantes cambios al reconocimiento y ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Surge la figura innovadora del Abogado del Niño encargada de acompañar al niño en el ejercicio pleno de sus derechos y de garantizar que será escuchado en todo proceso judicial.

De acuerdo a lo expuesto *ut supra* surge el interrogante que motiva esta investigación ¿La figura jurídica del abogado del Niño es la que logra que los derechos y Garantías de los niños, niñas y adolescentes no sean ignorados?

Palabras clave: Derechos del niño - Paradigma – Situación irregular - Protección integral – Convención sobre los Derechos del Niño – Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes – Principio de interés superior – Derecho a opinar y ser oído – Ejercicios de los derechos por la persona menor de edad – Autonomía progresiva - Abogado del Niño.

PRESENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE TRABAJO:

¿La figura jurídica del abogado del Niño es la que logra que los derechos y Garantías de los niños, niñas y adolescentes no sean ignorados?

¿Debería ser el Abogado del Niño un representante del Ministerio Público?

.

ÍNDICE

RESUMEN…….1

HIPÓTESIS……2

AGRADECIMIENTOS……..5

RESERVA DE TEMA Y TUTOR…….6

Capítulo I……7

Introducción……7

Capítulo II……...9

Problema jurídicamente relevante……...9

Tipo de investigación……..9

Dimensión Temporo-Espacial……...10

Justificación del problema…….10

Capítulo III…….12

Marco Teórico General……..12

Objetivos del trabajo……..13

Objetivo General……13

Objetivos específicos…….13

Capítulo IV……15

Marco Teórico Especifico…….15

Conceptos preliminares…….15

Paradigma de la situación irregular……...16

Paradigma de la protección integral……..17

Convención sobre los Derechos del Niño…….18

Principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño……..20

La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino……21

Análisis de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes……..22

Sanción del Código Civil y Comercial de la Nación……26

Principio de autonomía progresiva…….……..27

Capítulo V……33

La efectivización de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes…...33

Designación del Abogado del Niño…….35

Capítulo VI……...37

Conclusión……37

Bibliografía……...39

AGRADECIMIENTOS

A mi padre y mis abuelos por creer siempre en mí, aunque no se encuentran físicamente conmigo me acompañaron a lo largo de la carrera.

A mi madre que me enseño la cultura del trabajo y ser honesto.

A mis amigos y compañeros de estudios.

A la Universidad Abierta Interamericana por inculcarme los valores Vaneduc.

A los docentes por su calidad humana en especial al Dr. Fernando Millán por acompañarme y guiarme en el tratamiento del tema en cuestión.

Al amor y compañera de vida Jorgelina y a nuestra hija Giovanna por llenar nuestras vidas de luz.

RESERVA DE TEMA Y TUTOR

Emiliano.Meza@UAI.edu.ar
Mar 22/10/2019 19:12

Para:

- Usted

Confirmamos reserva para presentar a partir del llamado de febrero 2020.

Saludos.

Emiliano Sebastián Meza
Secretario
Facultad de Derecho y Cs. Políticas
Universidad Abierta Interamericana | Rectorado
Chacabuco 90 6º Piso | Tel. 4342-7788-Int.278

De: DEMIAN LARA [mailto:DEMIANLARA642@hotmail.com]
Enviado el: martes, 08 de octubre de 2019 09:45 a.m.
Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
CC: Meza, Emiliano <Emiliano.Meza@UAI.edu.ar>
Asunto: Reserva de tema de trabajo final

Estimada Dra. Miceli:

Por la presente me presento como Demian Eduardo Lara, titular del DNI 34.449.321, y le solicito hacer lugar a la reserva del tema para el Trabajo Final.

TEMA: "*El rol del Abogado del niño como garante para efectivización de los derechos y garantías de la infancia*"

TUTOR: Dr. Fernando Millán

Muchas gracias

Saludos cordiales

Demian Lara
CEL: 02224 15536184

CAPÍTULO I

Introducción

La denominación del presente trabajo es “El rol de la figura del Abogado del Niño como garante para la efectivización de los derechos y garantías de la infancia”.

En el mismo se abordará la figura del Abogado del Niño, Niña y Adolescente. Se analizó el origen y evolución histórica en nuestro ordenamiento jurídico hasta la actualidad, es decir, la conversión del paradigma de la situación irregular al paradigma de la protección integral.

Sus antecedentes que sustentan su existencia desde el primer texto internacional en la historia de los derechos humanos que específicamente trata sobre los derechos de la niñez fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

La Declaración de los Derechos del Niño (1959) que en ella se consagra la urgente necesidad de brindarle al niño una protección especial.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969) ratificada por la Ley Nacional Nº 23.054 (1984).

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”) (1985) donde contiene orientaciones básicas con fines de prevención del delito y las reglas para procesar a los menores de edad que cometan delitos.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) donde se reconoce a los niños todos los derechos que se consagran en los pactos internacionales de derechos humanos sin ningún tipo de discriminación. Adoptada por la asamblea de las Naciones Unidas ratificada por la Ley Nacional Nº 23.849 (1990).

Ley de la Provincia de Mendoza Nº 6354 Protección Integral del Niño y del Adolescente (1995).

Ley de la Provincia de Chubut Nº 4347 Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (1997).

Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nº 114 Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires (1999).

Ley Nacional Nº 26.061 Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2005).

Ley de la Provincia de Buenos Aires Nº 13.298 Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños (2005).

Decreto Reglamentario 300/2005 de la Provincia de Buenos Aires.

Decreto Reglamentario 415/2006 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Decreto Reglamentario 151/2007 de la Provincia de Buenos Aires.

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008).

Ley Nº 14.568 (Creación de la figura del Abogado del Niño en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires - 2014)

Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de 2015.

La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestro ordenamiento jurídico, luego la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que la perfecciona y la reglamenta de forma interna da origen a la figura del Abogado del Niño para lograr la efectiva consagración del interés superior del niño

En el desarrollo de esta investigación se definirá el rol del Abogado del Niño pero para comprender esta novedosa figura y la importancia de su existencia hay que analizar las diferentes legislaciones que protegieron la infancia.

CAPÍTULO II

Problema jurídicamente relevante

El problema jurídico a investigar surge a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino y el surgimiento de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Esto trajo que dos institutos de justicia se adapten por un lado el Ministerio Público y por otro la figura del Abogado del Niño.

Por otro lado se reglamente su competencia y funciones en el ámbito interno en concordancia con la legislación internacional.

Al respecto, los interrogantes giran en torno a su efectividad en su afán por velar por los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Tipo de investigación

El método que se utilizará dado la temática es el cualitativo, el tipo de investigación a realizar es el descriptivo, por cuento se pretende determinar el rol del Abogado del Niño como garante para la efectivización de los derechos y garantías de la infancia.

Dicho método consiste en seleccionar una problemática, recoger información sobre ella y, luego realizar una descripción sobre el tema.

La estrategia metodológica empleada será la cualitativa, dado que se procederá a recabar datos e información sobre la temática de estudio sobre diferentes perspectivas y puntos de vista sin efectuar ningún tipo de medición numérica o análisis estadístico en particular.

Fuentes primarias: son las fuentes directas de información originales, de primera mano, en este caso particular se trata de todos los fallos, sentencias y legislación relativos a la temática elegida. Se procederá a trabajar principalmente con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, con el derogado Código Civil de la Nación, y con el Código Civil y Comercial de la Nación, también se utilizarán fallos y sentencias de diferentes juzgados, cámaras y tribunales.

Fuentes secundarias: En este trabajo se utilizarán libros que contengan elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio fijando posición sobre el mismo, como así también diversos comentarios a fallos y artículos de revistas especializadas en derecho.

Fuentes terciarias: Se consultarán específicamente manuales o diccionarios jurídicos que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto que las mismas nos permitirán interpretar adecuadamente las condiciones previstas por la ley para el ejercicio del instituto, como así también sus particularidades en la práctica de sus funciones.

Dimensión Temporo-Espacial

El período temporal que se ha fijado para esta investigación tendrá su inicio en el año 1924 con el primer texto internacional en la historia de los Derechos Humanos que específicamente trata sobre los Derechos de la Niñez que fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, centrándose en el bienestar del niño bajo la responsabilidad de las personas adultas, reconociendo su derecho al desarrollo, asistencia, educación, socorro y a la protección. Fue adoptada por la Sociedad de Naciones predecesora de la Organización de Naciones Unidas.

Extendiéndose hasta la actualidad, es decir, año 2020 con la entrada en vigencia desde el 1º de agosto de 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado el 7 de octubre de 2014 bajo el número de Ley 26.994.

Justificación de la elección del problema

La elección del tema que a continuación pasaré a desarrollar tiene su basamento en mi curiosidad de conocer la figura del Abogado del Niño, su implementación y funcionalidad en la práctica.

Esto así, dado que tal instituto innovador llego a mi conocimiento al cursar la materia Derecho de Familia sin tener sobre él, antes amplia información. Donde aprendí la transición de nuestro ordenamiento jurídico, desde inicialmente partir del paradigma de la situación irregular, donde su principal característica es proteger al niño desde una

óptica como incapaz destinada a la protección de un mayor o del Estado; al novedoso paradigma de la protección integral, donde los niños son considerados sujetos plenos de derecho, estableciéndose el principio del interés superior del niño.

Lo cual me llega en mi afán de mejorar, capacitarme, colaborar para pronto poder desempeñarme con probidad como servidor de la justicia teniendo como deber primordial respetar y hacer respetar las leyes.

Sumo a ello que he observado en mí entorno laboral reiteradas situaciones en los cuales los niños ven vulnerados sus derechos por parte de los adultos y un Estado muchas veces ausente en su intento de velar por ellos.

Todo esto me llevo a interesarme con el deseo también de poder contribuir de alguna manera con los menores de referencia.

CAPÍTULO III

Marco Teórico General

El trabajo de investigación se basa principalmente en el estudio de normas jurídicas escritas emanadas de los órganos competentes.

Se desarrollara una serie de conceptos necesarios para poder comprender el desarrollo de la tesis. Definiré el término paradigma, que es fundamental para comprender el contexto histórico a nivel internacional y nacional de la legislación sobre la infancia y adolescencia. Para poder interpretar los distintos paradigmas por lo que transitaron los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina.

Eso nos lleva a cuestionarnos ¿Cómo se protegían los derechos de los menores antes de la Convención sobre los Derechos del Niño? ¿De qué manera influye en nuestro ordenamiento jurídico el cambio de paradigma? ¿Qué sucede con la derogación del Código Civil y la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación? ¿Es eficaz la figura del Abogado del Niño?

Por lo tanto, se entiende por paradigma al grupo de proposiciones que, aceptado por la comunidad científica en un momento especifico, determina qué es lo que va a considerarse como ciencia en el período de su predominio, es decir, proporcionan modelos de problemas y soluciones. Por lo tanto puede ser entendido como un sistema de creencias, valores y técnicas. La noción del término fue destinado para ser aplicado en las ciencias naturales, en esta oportunidad hare una interpretación libre del mismo.

El filósofo, historiador y físico Estadounidense Thomas Samuel Kuhn (1922/1996) fue quien teorizó sobre el vocablo paradigma en su obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1962) expresando que la historia de las ciencias no es una acumulación de conocimientos a través del tiempo, es decir, no progresan siguiendo un proceso uniforme por la aplicación de un hipotético método científico sino que debe ser comprendida como un continuo cambio de paradigmas.

En síntesis, El autor plantea un ciclo:

A) Establecimiento del paradigma.

B) Ciencia normal (investigaciones realizadas por alguna comunidad científica de base para su práctica posterior).

C) El paradigma entra en crisis al no resolver todos los problemas planteados, se comienza a cuestionar los métodos y surgen nuevos paradigmas que compiten entre sí para determinar el más adecuado.

D) Revolución científica (es el momento del reemplazo de un paradigma o parte de él, por un nuevo paradigma incompatible con el primero)

E) Se establece un nuevo paradigma que será considerado como ciencia normal. (el ciclo vuelve a comenzar).

Una vez que el paradigma es refutado, jamás se vuelve a él. No hay establecido una vigencia mínima o máxima.

Cabe aclarar que la utilización del término paradigma, para su autor, no era compatible con las Ciencias Sociales ya que las consideraba carentes de consenso. Sin embargo hay consenso en la utilización del término en las Ciencias sociales pero en un sentido intuitivo para indicar las diferentes entidades complejas en teorías. Es una forma de organización de conceptos destinados a la investigación.

En Derecho hablar de paradigma implica establecer e interpretar un conjunto de normas que trazan el sentido de las leyes en un determinado contexto histórico y social.

En esta tesis es fundamental diferenciar el paradigma de la situación irregular con el paradigma de la protección integral, ya que a través de ellos, se podrá analizar que se entiende por derecho del niño, sus capacidades y sus garantías.

Se abordara la investigación a través del método hipotético-deductivo, toda vez que se analizará la normativa establecida por los distintos ordenamientos jurídicos, la doctrina creada y la jurisprudencia aplicada, lo que ayudará a elaborar los objetivos y las hipótesis de la investigación, para luego explicarlos, refutarlos o comprobarlos.

Objetivos del trabajo

A. Objetivo General

Es analizar si la figura del Abogado del Niño es capaz de garantizar la efectivización de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

B. Objetivos Específicos

Determinar el concepto de paradigma de situación irregular y el paradigma de protección integral.

Establecer el concepto de niño en nuestro ordenamiento jurídico.

Indicar la importancia de la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Determinan el impacto en nuestra legislación del cambio de paradigma de la situación irregular al paso del paradigma de protección integral.

Consecuencia jurídica de la reforma de la Constitución Nacional en 1994.

Analizar la sanción de la Ley 26.061.

Definir los cambios en nuestro ordenamiento jurídico tras la sanción del Código Civil y Comercial.

Analizar la autonomía progresiva.

Determinar la designación del Abogado del Niño.

CAPÍTULO IV

Marco Teórico Específico

Conceptos preliminares: ¿Qué se entiende por niño, niña y adolescente? ¿Qué se entiende por abogado?

Considero necesario para poder iniciar la investigación del presente trabajo establecer conceptos fundamentales que serán abordados a lo largo de este estudio, por este motivo citaré distintas fuentes doctrinarias para comprender e interpretar la terminología utilizada y los que se relacionan con éstos, que son relevantes en el marco de la investigación.

Por lo explicado ut supra, es imprescindible definir el concepto de "niño, niña y adolescente", y siguiendo la Convención sobre los Derechos del Niño se entiende por niño o niña a "*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".*[1]

Ratificada la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Nacional Nº 23.849, declarando que se entiende por niño "*todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad".*[2]

Basándonos en este artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que se considera niño a todo menor de 18 años según la ley aplicable, en Argentina el 1 de agosto del año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual establece en su libro primero, parte general, título I - Persona humana, capitulo 2, sección 2ª en el artículo 25 que *"menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años".*[3] Definiendo implícitamente el concepto de niño como aquellas personas humanas nacidas con vida hasta los doce años de edad.

Este nuevo Código derogó el Código Civil redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield en el año 1869[4], el cual diferenciaba a los niños en incapaces absolutos y

[1] O.N.U.: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*. (20 de noviembre de 1989) Artículo 1º.

[2] Congreso de la Nación Argentina. (16 de octubre de 1990). Artículo 2º. Ley Nº 23.849. Boletín Oficial del 22/10/1990 número 26.993 p. 1.

[3] Congreso de la Nación Argentina. (1 de octubre de 2014). Artículo 25 {título I} Ley Nº 26.994. Boletín Oficial del 8/10/2014 número 32985 p.1.

[4] Congreso de la Nación Argentina. (25 de septiembre de 1869) Ley Nº 340. R.N. 1863/69 p. 513.

relativos, dependiendo de su edad y teniendo en cuenta una condición personal como lo es la pubertad. Así, en el artículo 54 determinaba que tenían *incapacidad absoluta las personas por nacer; los menores impúberes* (es decir, los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos)[5]; *los dementes; y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito*. Y en el artículo 55 establecía que *los menores adultos* (es decir, los que tenían la edad de catorce años hasta los dieciocho años cumplidos) *sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.*

Por otra parte, otro termino que es fundamental definir es el de "abogado". Según el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales: "*Él que con título legítimo ejerce la abogacía. También es el profesor en jurisprudencia que con título legal se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes.*

La palabra abogado procede del latín advocatus, de AD, a y VOCATUS significa llamado, porque los romanos acostumbraban a llamar en los asuntos difíciles, para que los auxiliasen, a las personas que tenían un conocimiento profundo del Derecho. También quiere decir patrono, defensor, letrado, hombre de ciencia; jurisconsulto, hombre de consejo, esto es, de consulta; jurista, hombre versado en la erudición del derecho y en la crítica de los códigos, según los principios de la filosofía, de la moral y, también, de la religión."[6]

Paradigma de la situación irregular:

Esta doctrina se encuentra representada por un conjunto de normas que consideran a los menores como incompetentes e incapaces para ejercer sus derechos. Clasificándolos de forma negativa; la opinión del niño es irrelevante, ya que no saben, no tienen o no son capaces; conceptuándolos como objetos de protección. En ningún momento se consulta la voluntad o necesidad del menor.

Planteaba una división de la infancia por un lado los menores inadaptados, ya sean infractores, pobres, abandonados e incompatibles con las instituciones de la época. Y por otro lado, los menores socialmente adaptados.[7]

[5] Congreso de la Nación Argentina. (2 de diciembre de 2009). Artículo 127 {título IX} Ley Nº 26.579. Boletín Oficial del 22/12/2009 número 31806 p. 1.

[6] Ossorio, M. (1978). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.* 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L., pp.7-8.

[7] Universidad de Buenos Aires, Devenir de un cambio: del Patronato de Menores a la Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Anuario de Investigaciones, 2008; vol. XV: 324.

Esta corriente de pensamiento fue adherido por Argentina a partir de la sanción de la Ley 10.903 de Patronato de Menores el 21 de octubre de 1919 que establecía que todos los menores en situación de vulnerabilidad, ya sea por peligro moral o abandono material o moral,[8] eran tomados por la ley. Se le suspendía los derechos de los padres al ejercicio de la patria potestad para ser delegada a la figura del juez con el fin de que sean resocializados.[9]

Hasta que con la reforma constitucional del año 1994 conforme el art. 75 inc. 22 se incorporó dentro de las convenciones y tratados internacionales adquiriendo jerarquía constitucional la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino, integrando el llamado bloque de constitucionalidad federal, lo que implicó un cambio sustancial en materia de políticas de estado sobre la protección de la infancia y adolescencia, en virtud del respeto y reconocimiento de sus derechos y garantías. Modificando significativamente el régimen legal de los menores en nuestro país, donde el 28 de septiembre de 2005 el Congreso de la Nación Argentina sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, donde se promulga el 21 de octubre 2005 y se publica en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005, derogando la Ley 10.903 Patronato de Menores.

Paradigma de la protección integral:

La doctrina de la protección integral se desarrolló paulatinamente a través de la implementación de acuerdos y tratados internacionales. Es trascendental esta doctrina ya que se considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, capaces de comunicarse y de pensar por sí mismos. Resguarda a los niños desde un

[8] Poder Ejecutivo Nacional Argentino. (21 de octubre de 1919). Artículo 21. A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud. Ley Nº 10.903 Boletín Oficial del 27/10/1919 número 7711 p.781.

[9] Poder Ejecutivo Nacional Argentino. (21 de octubre de 1919). Artículo 7. Derógase el artículo 457 del Código Civil y sanciónase en su reemplazo el siguiente: Art. 457. Los jueces podrán remover a los tutores por incapacidad o inhabilidad de éstos, por no haber formado inventario de los bienes del menor en el término y forma establecidos en la ley, y porque no cuidasen debidamente de la salud, seguridad y moralidad del menor que tuviesen a su cargo, o de su educación profesional o de sus bienes. Ley Nº 10.903 Boletín Oficial del 27/10/1919 número 7711 p.781.

concepto de integralidad de la persona, es decir, abarca todos los ámbitos de su vida y su persona. Son titulares de todos los derechos contemplados en los instrumentos internacionales y, a la vez tienen derechos específicos previstos, precisamente por su calidad de personas en etapa de crecimiento.

A diferencia de la situación irregular que considera al niño desde su incapacidad, la protección integral considera al niño desde su capacidad.

Convención sobre los Derechos del Niño:

En concordancia por lo manifestado por el Dr. Carlos Antonio Romano en su obra *Abogado del niño – Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar* sostiene que *"la Convención sobre los Derechos del Niño es la "Carta Magna" en temas de infancia que irá iluminando con filosofía y principios el nuevo paradigma".*[10]

La importancia de la Convención de los Derechos del Niño, que fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 el 20 de noviembre de 1989, es que a lo largo de sus cincuenta y cuatro artículos con el aval de los Estados Partes consideran que la familia es un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, que deben recibir la asistencia y protección necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Convencidos de que el niño, para el pleno desarrollo de su personalidad y construcción ciudadana, debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Recibiendo información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa. Teniendo presente como se indica en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*[11]

La irrelevancia de este tratado internacional radica en reconocer que los niños sin ningún tipo de discriminación. Es decir, reafirmando el valor y la dignidad de la persona humana en la Declaración Universal de Derechos Humanos "*sin distinción alguna ya sea*

[10] Romano, C. A. (2016). *Abogado del Niño – Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar*. 1ª ed. Buenos Aires: Lajouane; p. 117.

[11] O.N.U.: Asamblea General, *Declaración de los Derechos del Niño*. (20 de noviembre de 1959) Preámbulo párr. 3.

por raza, color, sexo, idioma, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."[12]

Fue la primera ley internacional sobre los derechos del niño de carácter obligatorio para los Estados firmantes, donde tuvieron que informar al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que adoptarón para aplicar lo establecido y dar efectividad a todos los derechos reconocidos en dicha Convención.

Se divide en tres partes, comienza en su parte I a través del artículo 1º la definición de lo que debe entenderse por niño *"(...) se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad (...)"* utilizando un criterio biológico para definirlo con la salvedad de que la legislación local establezca una edad menor para adquirir la mayoría de edad.

También se enumeran una seria de derechos, garantías y principios de los que gozan todos los niños por su calidad de tal. Como por ejemplo el principio del interés superior del niño, el derecho a la vida, el derecho a ser oído, la participación en el proceso, el derecho a la libertad en todos sus ámbitos, el derecho a la preservación de la identidad, el derecho al nombre y nacionalidad, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho de permanecer junto a su familia, entre tantos otros.

Finalizando con el principio de la aplicación de la ley más benigna sobre los derechos del niño[13]. Es decir, que deja de lado la supremacía de la Convención ante la posibilidad de que exista una ley nacional u otro instrumento internacional vigente en dicho Estado que otorgue mayores beneficios al niño, ya que se los considera de manera integral y no limitados por una única normativa sobre la materia.

En la parte II se refiere al compromiso de los Estados Partes por la difusión, tanto a los adultos como los niños, la aplicación efectiva de la Convención y la estimulación de la cooperación internacional. Con la finalidad de controlar y examinar el progreso de los derechos del niño se crea el Comité de los Derechos del Niño, donde se estipulan sus funciones, sus facultades, su composición, elección y período de sus miembros. Con la colaboración de los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.), Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

[12] O.N.U.: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (10 de diciembre de 1948) Artículo 2º.

[13] O.N.U.: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*. (20 de noviembre de 1989) Artículo 41º.

Y por último, en la parte III de la Convención manifiesta que permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado sujeta a ratificación.

Principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño:

La convención sobre los Derechos del Niño se rige por cuatro principios que son las guías supremas que tutelan cada uno de los artículos de la Convención y son los cimientos para que todos y cada uno de los derechos se efectivicen.[14] Ellos son: principio de no discriminación; principio de adhesión al interés superior del niño; principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el principio del derecho a la participación y ser escuchado.

Principio de no discriminación: Todas las niñas y niños tienen los mismos derechos en cualquier caso y en todo momento, sin excepciones. No importa el color de su piel, su cultura, su posición económica, los impedimentos físicos, su idioma, su religión, su procedencia o las ideas de sus padres. El Estado tiene la obligación de proteger al niño de toda forma de discriminación o castigo.[15]

Principio de adhesión al interés superior del niño: Cualquier decisión, ley o política que pueda afectar la infancia tiene que considerar que es lo mejor para los niños y niñas. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.[16]

Principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: Estos son derecho a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Incluyen derechos a recibir una alimentación adecuada, vivienda digna, agua potable, atención primaria a la salud, educación, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos. La protección contra todo tipo de abandono, explotación, malos tratos y crueldad, e incluso el derecho a una

[14] Child Rights International Network (20/08/2008) disponible en https://archive.crin.org/es/biblioteca/publicaciones/principios-rectores-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-una.html consultado el 25/01/2020

[15] O.N.U.: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*. (20 de noviembre de 1989) Artículo 2º.

[16] O.N.U.: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño.* (20 de noviembre de 1989) Artículo 3º

protección especial en tiempos de guerra y contra los abusos del sistema de justicia criminal.[17]

Principio del derecho a la participación y ser escuchado: Los niños y niñas tienen derecho a la libertad de expresión y a manifestar su opinión sobre cuestiones que afecten su entorno social, económico, religioso, cultural y político. El derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que sea afectado, considerando sus opiniones. Las posibilidades de participación deben ir aumentando con la edad para que los niños y jóvenes vayan alcanzando madurez.[18]

La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico argentino:

En el año 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Argentina fue uno de los primeros países en ratificarla para incorporarla a su ordenamiento jurídico mediante la Ley Nº 23.849 sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

Cabe mencionar, que en ese entonces, respecto a la jerarquía de las normas, Argentina pertenecía a la teoría dualista, es decir, se establecía la supremacía del orden federal sobre el provincial y se jerarquizaban las normas federales de la siguiente manera, en primer lugar la Constitución Nacional, luego los tratados internacionales y por último las leyes y decretos nacionales. Por lo que la Convención sobre los Derechos del Niño se encontraba supeditada a lo establecido por la Constitución Nacional.

En el año 1994, se realiza la última reforma de la Constitución Nacional. En el artículo 75 inciso 22 se enumeran los tratados que adquieren jerarquía constitucional, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño. Establece el artículo que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Estos tratados deben entenderse complementarios de los derechos, deberes y garantías establecidos en la primera parte de nuestra Carta Magna. No forman parte de ella, pero sí del bloque de constitucionalidad federal.

[17] O.N.U.: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño.* (20 de noviembre de 1989) Artículo 6º.

[18] O.N.U.: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño.* (20 de noviembre de 1989) Artículo 12º.

Análisis de la Ley nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes:

La Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005, dividida en seis títulos con un total de setenta y ocho artículos reflejan los principios descriptos ut supra del paradigma de la protección integral y de la Convención sobre los Derechos del Niño. A través de ella se inicia en Argentina un sistema eficaz de protección de la infancia, ajustando la legislación nacional a los tratados internacionales.

En palabras de Beloff[19] "*la esperanza compartida por muchos de que se produzca la traducción largamente reclamada en el plano jurídico doméstico de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyéndose en un instrumento eficaz".*

El Estado es el sujeto indispensable para proteger y garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes a través de sus órganos gubernamentales. La ley manifiesta que los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.[20]

El espíritu de la ley es el fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; establece la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes; descentralización de los organismos de aplicación a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia; la coordinación entre los organismos de gobierno en sus distintos niveles; promoción de redes intersectoriales locales; la creación de instituciones y organismos para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo los derechos y garantías que representan trascendental importancia el paradigma de la protección integral, erigiendo una nueva visión de los derechos que les corresponden a las niñas, niños y adolescentes son: el principio de interés superior; el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; derecho a la intimidad y las garantías mínimas de procedimiento, ya sea judicial o administrativo, que lo incluya.

[19] BELOFF, M. A. (2006) *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho.* Sobre la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nº 26.061. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Nº 33 Ed. LexisNexis – Abeledo – Perrot.

[20] Congreso de la Nación Argentina. (28 de septiembre de 2005) Artículo 2º {título I} *Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.* (Ley Nº 26.061). Boletín Oficial del 26/10/2005

El principio de interés superior:

La Ley 26.061 lo define de la siguiente manera en su artículo 3º

"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros."[21]

El interés superior del niño es uno de los pilares fundamentales del paradigma de la protección integral, abarca todos los derechos reconocidos por la ley y es la piedra fundamental para la elaboración y puesta en marcha de regímenes jurídicos sobre reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El derecho a opinar y a ser oído:

La Ley 26.061 lo define de la siguiente manera en su artículo 19º

[21] Congreso de la Nación Argentina. (28 de septiembre de 2005) Artículo 3º {título I} *Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.* (Ley Nº 26.061). Boletín Oficial del 26/10/2005

"Derecho a la libertad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad.

Este derecho comprende:

A) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos;

B) Expresar su opinión como usuarios en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela,

C) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente".

Artículo 24: "*Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:*

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".

<u>El derecho a la intimidad:</u>

Artículo 10: "*Derecho a la vida privada e intimidad familiar. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.*

Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

Según el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales define a derecho a la intimidad de la siguiente manera: "*Refiérase la expresión al derecho que todas las personas tienen de que sea respetada su vida íntima, a efectos de que nadie pueda*

entrometerse en la existencia ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres y perturbando de cualquier otro modo su intimidad. Según modernas corrientes doctrinales y jurisprudenciales, quien infringiese esa norma, aun no mediando dolo ni culpa, incurriría en responsabilidad civil y estaría obligado a resarcir el daño causado".[22]

En palabras del Dr. Alejandro Laje en su obra *Derecho a la intimidad (2014)* establece el contenido y el alcance del derecho a la intimidad. Primero exponiendo desde un punto de vista etimológico, donde la palabra "intimidad" proviene de la voz "intimo", derivada del latín *inti* (interior) y del vocablo de origen europeo *mus* –que expone de carácter superlativo-, que refiere a "lo más interior o interno".

Segundo manifestando el concepto de "privacidad" como aquel ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.

Luego haciendo una crítica a los diccionarios jurídicos ya que si bien son claros, el tratamiento normativo que han tenido la intimidad y la privacidad ha sido errático, porque la vida en sociedad presenta diferentes circunstancias en la que los límites de la zona de intimidad pueden o deben ser flanqueados.

Uno de esos límites es la tensión existente entre intimidad y espectáculo, especificando ese último vocablo su derivación del latín *spectaculum* que significa una función o diversión pública realizada en cualquier lugar en que congrega la gente para presenciarla. También refiere al conjunto de actividades profesionales relacionadas con esta diversión y a aquello que se ofrece a la vista o a la contemplación del asombro, dolor u otros afectos más o menos vivos o nobles y, finalmente a aquella acción que causa escandalo o gran extrañeza.

Sosteniendo en su obra que la intimidad y la privacidad constituyen el mismo derecho subjetivo personalísimo especifico y que cuando son presentadas como espectáculo, sin el consentimiento del interesado, se integra un delito civil con todos sus requisitos y consecuencias.[23]

Garantías mínimas de procedimiento:

Establecido en el artículo 27: *"Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que*

[22] Ossorio, M. (1978). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.* 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L., pp.229-230.
[23] Laje, A. (2014). *Derecho a la intimidad.* 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea; pp. 1-2.

los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

Las garantías mínimas de procedimiento son las herramientas procesales con las que cuentan los niños, niñas y adolescentes dentro de un procedimiento judicial o administrativo, no pueden ser ignoradas. De su correcta aplicación se contribuirá a una mejor defensa de sus intereses.

En el articulado especialmente en el inciso *c* queda forjado la novedosa figura del Abogado del Niño.

Sanción del Código Civil y Comercial de la Nación:

Con la entrada en vigencia a partir del 1º de agosto del año 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la Ley Nº 26.994, significo la culminación de un proceso de actualización del ordenamiento jurídico argentino.

Surge el concepto de constitucionalización del Derecho Privado mencionado en la introducción del Dr. Ricardo Lorenzetti (2014) al Código Civil y Comercial en su acápite IV. Allí, el jurista que actualmente es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina asegura que *"La mayoría de los códigos existentes se basan en una*

división tajante entre el derecho público y el privado. En este proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Por primera vez hay una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y jurisprudencia en este tema".[24]

Asimismo expresa que el Código Civil y Comercial de la Nación busca la igualdad real abandonando la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital a través del paradigma protectorio donde se desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables, y el paradigma no discriminatorio que incluye reglas generales de interpretación erradicando distinciones que resultan discriminatorias incluyendo categorizaciones, palabras y textos.

Principio de autonomía progresiva:

El concepto de autonomía progresiva o capacidad progresiva significa que el niño tiene la facultad de ejercer por si mismos sus derechos y tomar decisiones sobre su persona conforme su evolución física y su progreso psíquico, es decir, su grado de madurez alcanzado.

La autonomía progresiva no es otra cosa que *"la capacidad del niño como camino hacia la adultez en el que se le asegura, en forma gradual, el ejercicio por sí mismo de la mayor cantidad de derechos conforme la evolución de sus facultades".*[25]

Tiene su base en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se manifiesta el reconocimiento como titulares de derechos a los niños, niñas y adolescentes. Modificando la óptica respecto a la que se tenía sobre los infantes dejando de considerarlos como objetos de protección estatal a ser considerados sujetos de derechos al igual de los que ya han alcanzado la mayoría de edad.

Estableciendo en su artículo 5º que: *"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los*

[24] Código Civil y Comercial de la Nación. (2014) Introducción. Recuperado de htpp://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/386-introduccion-codigo-civil-y-comercial consultado el 11/03/2020

[25] LAMM, E. (2015). *El derecho de niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, desarrollo de la personalidad y dignidad.* Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, T I, p. 274.

tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Asimismo, el artículo mencionado anteriormente se vincula con el principio de autonomía progresiva en su artículo 12º inc.1: *"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".*

La Ley Nº 26.601 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes recepta el principio de autonomía progresiva ya que a través de políticas públicas que garantizan y protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes establece el modo de ejercerlos. En vez de gozar de sus derechos dependiendo de su edad cronológica, se tendrá en cuenta su discernimiento y su grado de madurez intelectual y psicológica.

En este sentido, Romano (2016) asevera que a partir de la Ley nº 26.601 se hizo efectiva la Convención sobre los Derechos de los Niños de una manera integral en nuestro territorio argentino, incorporando la noción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. De tal manera, el mismo autor afirma que:

"En relación a esa expresión de "autonomía progresiva", y que implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes, de roles o funciones, conforme a su desarrollo y madurez, era absolutamente contrario al sistema rígido y cerrado del anterior Código Civil. Más consolidado con el criterio de patronazgo, debemos decir que recién con las modificaciones aventadas por las leyes de la infancia a partir de la ley 26.061, se llega en las distintas provincias a un derrotero significativo".[26]

Los artículos de la Ley Nacional Nº 26.061 que especificaron este principio son:

"ARTÍCULO 3°. INTERES SUPERIOR. Inc. d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales".

[26] Romano, C. A. (2016). *Abogado del Niño – Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar*. 1ª ed. Buenos Aires: Lajouane; p. 129.

"ARTÍCULO 19. DERECHO A LA LIBERTAD. Inc. a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos".

"ARTÍCULO 24. DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Inc. b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo".

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación el concepto de autonomía progresiva fue acogido en los siguientes artículos:

"ARTÍCULO 26: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

"ARTÍCULO 113: Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe:

a) oír previamente al niño, niña o adolescente;

b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez;

c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior".

"ARTÍCULO 404: Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales.

La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de los consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 inciso d)".

"ARTÍCULO 595: Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

a) el interés superior del niño;

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años".

"ARTÍCULO 639: Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

a) el interés superior del niño;

b) 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;

c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

"ARTÍCULO 706: Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe, y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

c) *La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas".*

"ARTÍCULO 707: Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".

CAPÍTULO V

La efectivización de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes

El presente capítulo pretende realizar un análisis sobre la efectivización de los derechos y garantías de las niñas, niño y adolescentes a través del rol de la figura del Abogado del Niño.

En nuestro ordenamiento jurídico surge a través de la sanción de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su articulado Nº 27 inc. c (ya citado). Cumpliendo por los diferentes Tratados Internacionales, modificando el paradigma de la doctrina de situación irregular por el cual estaban regidos los menores donde su participación en el proceso era nula. Dependiendo en primer lugar de sus representantes legales, quienes eran los encargados de manifestar sus pretensiones. Luego y de manera conjunta con ellos, actuaba el ministerio pupilar (Ministerio Publico)[27] encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y debido proceso, pero el menor de edad no podía ejercer su voluntad. Para pasar a la doctrina de protección integral que les brindo a los niños, niñas y adolescentes principios, derechos y garantías para ejercer sus derechos.

Es un abogado especialista en la materia como una innovación, ya que antes los niños al ser considerados objetos protectorios y no sujetos de derechos, la representación en el proceso, ya sea judicial o administrativo, estaban a cargo del Ministerio Publico Tutelar o su representación paterna. Siendo indiferentes con los intereses de los niños y sustituyendo su voluntad por intermedio del profesional letrado.

El objetivo del Abogado del Niño es garantizar el acceso a la justicia de los niños y que tengan un debido proceso así como una tutela judicial efectiva, a través de los organismos públicos ya sean administrativos o de competencia judicial, para que sean escuchados y sus decisiones y opiniones sean tomadas en cuenta en todo proceso que implica su propio futuro. Dando efectividad al derecho de defensa[28]

La figura del Abogado del Niño es creada para representar legalmente a los niños, niñas y adolescentes, poniéndolos al conocimiento de su derecho a la asistencia jurídica

[27] Art. 103, Código Civil y Comercial de la Nación.
[28] Art. 18, Constitución Nacional (1994).

y defensa técnica ante cualquier procedimiento que puedan actuar como parte. Haciendo prevalecer sus derechos y garantías, reproduciendo la voluntad de su patrocinado y no actuar interpretando sus deseos como lo hacen las demás figuras del proceso. Procurando el bienestar integral del menor de edad.

En palabras de Romano (2016) *"el abogado del Niño es figura constitucional operativa internacional e "instrumento" de justicia y paz, a más de herramienta para dar justicia al niño desalentado, al oprimido, al excluido. En la actividad de su naturaleza y desde su gestión cabe la posibilidad de operar un sistema hoy dormido y confuso. Puede ser el instrumento ausente capaz de echar a andar la maquinaria compleja del sistema integral de promoción y protección de niñas, niños y adolescentes".*[29]

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determino en la OC-17/2002 que:

"*Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de 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".*[30]

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), realizada del 7 al 22 de noviembre de 1969. Establece en su artículo 8º *Garantías Judiciales:*

Inciso 2 *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientas no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas".*

Apartado e) "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según legislación interna si el inculpado

[29] Romano, C. A. (2016) *Abogado del Niño – Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar. 1ª ed. Buenos Aires: Lajoune; p. 26.*

[30] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002 párr. 96 recuperado de: http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/opinion-consultiva-17-2002.pdf consultado el 01/10/2020

no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por ley".[31]

En síntesis, el articulado 8º del instrumento internacional de jerarquía constitucional[32] no diferencia entre menores y mayores de edad, otorgando la mencionada garantía procesal a "toda persona", lo cual se entiende que implica a los menores de edad no discriminando si son niñas, niños o adolescentes.

Con el precedente del art. 5 (ya citado) de la Convención sobre los Derechos del Niño sabemos que el niño, niña o adolescente debe ser direccionado y orientado a través de sus padres, tutores u otras personas legalmente encargadas de ellos, para el ejercicio de sus derechos reconocidos.

Aunque como manifiesta Chaves Luna (2018) *"No quisiera soslayar que a medida que intentamos que el rol del abogado del niño se instale en las prácticas judiciales y administrativas nos ganamos enemigos y amigos de todos lados. El ejercicio del derecho del niño a ser oído (art. 12.1 CDN), la tutela judicial efectiva, el debido proceso para un NNyA todavía carecen en el imaginario colectivo de la fuerza legitimante de cualquier garantía que se asemeje a las de un adulto".*[33]

Designación del Abogado del Niño

La designación del Abogado del Niño es un acto personalísimo que tienen los niños, niñas y adolescentes presumiendo su autonomía progresiva donde el juez competente será el encargado de verificar si tal designación es necesaria a los fines del ejercicio de la defensa de los menores discerniendo si lo llevo a cabo el propio menor sin ser influenciado por terceros.

Chavez Luna (2015) expresa al comentar el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala II partes K.A. y otro c/ K.S:

"La Cámara entiende que solo podrá ser Abogado del Niño el que esté en un listado, perteneciente a las organizaciones o colegios con los que la CDN convenía, lo

[31] Art. 8 inc. 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm consultado el 05/10/2020.

[32] Art. 75 inc. 22, Constitución Nacional (1994)

[33] CHAVES LUNA, L. S. (2018). *Práctica profesional del abogado del niño. 1ª ed. Buenos Aires: Tribunales; p. 21.*

cual evidencia total desconocimiento de la operatoria de esta reglamentación y además vulnera el derecho del niño a elegir a su abogado de confianza. Es atinada la doctrina en cuanto supone que no se puede brindar a los niños, niñas y adolescentes abogados al antojo de sus padres pero este concepto aniquila la facultad del niño, niña y adolescente de elegirlo".[34]

En el año 2007 el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal inicio el servicio gratuito de "Abogados Amigos de los Niños" destinada únicamente a la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Donde intervienen el Abogado del Niño a través de la presentación espontanea de la consulta de un menor en forma personal o ya sea acompañado por un progenitor o referente. Asimismo la intervención podrá ser solicitada a través de organismos administrativos o judiciales.[35]

Asimismo la adecuación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires de lo dispuesto de la Ley Nacional Nº 26.601 se efectiviza a través de la Ley 14.568[36] en el año 2014, Compuesta de 8 artículos, donde se crea el Registro del Abogado del Niño y se establece sus requisitos y procedimientos. El Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora[37] fueron los pioneros en tener un registro de profesionales en la Provincia.

El abogado del Niño no realiza las mismas tareas que sus colegas, deber especializado en niñez y adolescencia ya que tiene que interpretar la pretensión de los menores, respetando el principio del interés superior del niño. Es la herramienta jurídica que la Convención sobre los derechos de los Niños les brindo para hacer valer sus derechos.

Tal como lo afirma Romano (2016) *"Decimos una vez más, la niñez requiere tutela y acompañamiento, tutelar no es más importante que escuchar y asistir, concluyentemente el Abogado del Niño puede ser el gran elemento dinamizador que le*

[34] Chaves Luna, L. S. (2015) *El abogado del niño.* 1ª ed. Buenos Aires: Tribunales; p.73.
[35] C.P.A.C.F. recuperado de: https://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=6433&sec=12 consultado el 07/10/2020.
[36] Ley 14.568 recuperado de: https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Ley_14568.pdf consultado el 07/10/2020.
[37] C.A.L.Z. recuperado de: https://www.calz.org.ar/old/index.php?seccion=abogado_nino consultado el 07/10/2020.

falta al sistema, y a su vez quien cubra la expectativa más preciada desde la actuación estatal administrativa y judicial, "acompañar"".[38]

[38] Romano. C. A. (2016) *Abogado del Niño – Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar. 1ª ed. Buenos Aires: Lajoune; p. 18.*

CAPÍTULO VI

Conclusión

Llegado el capítulo final de la investigación es importante volver sobre los interrogantes que le dieron origen a la misma y si se ha logrado encontrar respuesta alguna.

a) ¿La figura jurídica del Abogado del Niño es la que logra que los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes no sean ignorados?

b) ¿Debería ser el Abogado del Niño un representante del Ministerio Público?

En relación a la pregunta *a)* luego de analizar su origen, el contexto histórico social del ordenamiento jurídico argentino donde se aprecia la etapa del paradigma de situación irregular que se caracterizó por considerar a los menores de edad como objetos que requerían protección no teniendo la facultad de expresar sus pretensiones ni de ser oídos. En donde sus representantes legales o en su defecto el Estado decidían su futuro.

Se advierte que comienza a cambiar el paradigma de situación irregular con la sanción de la Convención sobre los Derechos de los Niños en el año 1989 incorporando el paradigma de protección integral donde se considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, con capacidad progresiva para participar en los asuntos que los involucran, resguardados por el principio de no discriminación; principio de interés superior del niño; principio del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y el principio del derecho a la participación y ser escuchado.

En el año 1994, se realiza la última reforma de la Constitución Nacional. En el artículo 75 inciso 22 se enumeran los tratados que adquieren jerarquía constitucional, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con motivo de consagrar la protección integral del menor de edad y lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, se sanciona el 28 de septiembre de 2005 y promulga de hecho el 21 de octubre de 2005 la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. A través de ella se inicia en Argentina un sistema eficaz de protección de la infancia, ajustando la legislación nacional a los tratados internacionales.

La culminación del proceso del cambio de paradigma por otro en el ordenamiento jurídico argentino ocurre con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la Ley Nª 26.994 a partir del 1º de agosto del año 2015. Teniendo como principal característica la constitucionalización del derecho privado y autonomía progresiva.

Se concluye que la figura jurídica del Abogado del Niño si logra que los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes no sean ignorados, ya que su función principal es llevar la voz de su patrocinado (el menor de edad) ante el juez competente, haciendo valer sus derechos y garantías procesales. Es quien lo asiste técnicamente y tiene la tarea de defender los intereses particulares en un conflicto que se encuentre inmerso el menor.

El rol del Abogado del Niño es garantizar que se dé cumplimiento a lo establecido por la legislación internacional, nacional y local al tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un proceso judicial o administrativo, efectivizando el interés superior del niño independientemente de su edad y entorno socioeconómico.

Se puede afirmar que la manera en que se protege los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes en la actualidad de forma eficaz es a través de la figura del Abogado del Niño.

Finalmente respecto a la hipótesis *b* luego de haber concluido la investigación puedo aseverar que el Abogado del Niño no debería ser un representante del Ministerio Público ya que su rol es asistir técnicamente al menor defendiendo los intereses particulares en un conflicto de índole administrativa o judicial y no solamente representarlo como lo hace el Ministerio Publico promoviendo la actuación de la justicia en defensa de la legalidad.

BIBLIOGRAFÍA:

Doctrina General:

CHAVES LUNA, LAURA SELENE (2015)- *El Abogado del Niño* (1ª edición)- Buenos Aires: Tribunales.

CHAVES LUNA, LAURA SELENE (2018)- *Práctica profesional del Abogado del Niño* (1ª edición), Buenos Aires: Tribunales.

KUHN, THOMAS (1971)- *La estructura de las revoluciones científicas* (8º reimpresión)- México: Fondo de Cultura Económica.

LAJE, ALEJANDRO (2014)- *Derecho a la intimidad* (1ª edición), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

LAMM, ELEONORA (2015)- *El derecho de niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo.* (1ª edición), Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

OSSORIO, MANUEL (1978)- *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (1ª edición)- Buenos Aires: Heliasta s.r.l.

ROMANO, CARLOS ANTONIO (2016)- *Abogado del Niño – Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar* (1ª edición)- Buenos Aires: Lojuane.

Artículos de investigación:

DE LA IGLESIA MATILDE, VELAZQUEZ MARIA EUGENIA, PIEKARZ WALTER (2008)- *Devenir de un cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescente.* – anuario de investigaciones, (vol. XV, pp.323-327) Universidad de Buenos Aires.

BELOFF, M. A. (2006) *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho.* Sobre la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nº 26.061. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Nº 33 Ed. LexisNexis – Abeledo – Perrot.

Instrumento jurídico internacional:

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

La Declaración de los Derechos del Niño (1959).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1979)

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing") (1985).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008).

Derecho Argentino:

Ley Nacional Nº 340 - Código Civil.

Ley 10.903 de Patronato de Menores.

Ley Nacional Nº 23.849.

Ley Nacional Nº 26.579.

Constitución de la Nación Argentina, 1994.

Ley de la Provincia de Mendoza Nº 6354 Protección Integral del Niño y del Adolescente (1995).

Ley de la Provincia de Chubut Nº 4347 Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (1997).

Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nº 114 Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires (1999).

Ley de la Provincia de Buenos Aires Nº 13.298 Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños (2005).

Ley Nacional Nº 26.061 Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005)

Decreto Reglamentario 300/2005 de la Provincia de Buenos Aires.

Decreto Reglamentario 415/2006 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Decreto Reglamentario 151/2007 de la Provincia de Buenos Aires.

Ley Nº 14.568 (Creación de la figura del Abogado del Niño en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires - 2014)

Ley Nacional Nº 26.994 - Código Civil y Comercial de la Nación. (2014)

Jurisprudencia:

Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala II partes K.A. y otro c/ K.S:

Páginas Web consultadas:

www.archive.crin.org

www.defensoria.org.ar

www.cpacf.org.ar

www.servicios.infoleg.gob.ar

www.mpba.gov.ar

NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS.

13 de octubre de 2020, C.A.B.A.

Director de la carrera de Abogacía.
Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas.

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico por este medio que el alumno Demian Eduardo Lara, ha confeccionado bajo mi supervisión el trabajo final que lleva el título:

"EL ROL DEL ABOGADO DEL NIÑO COMO GARANTE PARA LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA INFANCIA".

Creo que por la calidad disciplinar de su contenido merece ser defendido ante el tribunal que se designe.

Sin otro particular, saludo a Ud. Atte.

FERNANDO MILLAN
ABOGADO
T° 94 F° 478 - C.P.A.C.F.