

El abogado del niño en el marco de la protección integral vs. el tutor ad litem, resabio del patronato

Por María Donato^() y Sara Cánepa^(**)*

Palabras clave: Abogado del niño. Madurez. Marco normativo. Tutor. Patronato. Acceso a la justicia.

Sumario: 1.- Introito. 2.- El plexo normativo. 3.- La madurez suficiente o capacidad progresiva. 4.- El tutor ad litem. 5.- El abogado del niño. 6.- Funcionamiento institucional de la figura del abogado del niño en la provincia de Buenos Aires. 7.- La tutela judicial efectiva “reforzada”. 8. A modo de conclusión.

1.- Introito

En este trabajo describimos el marco normativo constitucional y convencional en el que se encuadra la figura del *abogado del niño* conformando la doctrina de la Protección integral¹ y una de las figuras propias del modelo tutelar de la doctrina

(*) María **DONATO**. Abogada. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Especialista en Derecho de Familia. UNLP. Presidenta de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA Colegio de la Abogacía de La Plata. Abogada de Niñas, niños y adolescentes. Directora de Posgrados UCALP. Docente e investigadora universitaria. Directora y Docente Responsable de la Diplomatura Universitaria en Niñez y Adolescencia. UNNOBA. Directora del Curso de Formación y Capacitación de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes de Cijuso 2024. Trayectoria completa disponible en <https://linktr.ee/mariadonato> Instagram: @dramariadonato

(**) Sara **CÁNEPA**. Abogada. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP; con especialidad y práctica profesional en derechos humanos, niñez, adolescencia y familia. Abogada de niñas, niños y adolescentes Colegio de la Abogacía de La Plata. Asesora de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA Colegio de la Abogacía de La Plata. Docente universitaria. Directora y Docente Responsable de la Diplomatura Universitaria en Niñez y Adolescencia UNNOBA. Directora del Curso de Formación y Capacitación de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes de Cijuso 2024. Trayectoria completa en sitio www.saracanepa.com.ar

¹ La llamada doctrina de la protección integral está conformada por los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos que disponen lineamientos de atención de la infancia tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobada el 29 de noviembre de 1985; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobada el 14 de diciembre de 1990; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobada el 14 de diciembre de 1990. El Estado Argentino ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– y esto implica asumir

de la Situación Irregular “el Patronato”², tal como el tutor ad litem, destacando los diferentes ámbitos donde se desenvuelve cada figura.

2.- El plexo normativo

El instrumento internacional que modifica la concepción y se constituye en el primer reto para adecuar las prácticas en materia de niñez, es la Convención de Derechos del Niño –CDN– puesta en vigencia en el año 1989 y ratificada por la República Argentina en el año 1990 a través de la Ley N° 23.849. La normativa convencional contiene un abordaje específico que completa las disposiciones de otros tratados ya vigentes en Argentina, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto del control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.

La CDN reconoce a niñas, niños y adolescentes en su calidad de sujetos de derechos, portadores del derecho a ser escuchados. Presenta un mecanismo de efectividad de sus derechos, obliga a la práctica y aplicación del interés superior del niño para el abordaje de las situaciones y procedimientos que los involucre y dispone el principio de garantía de prioridad en su atención integral.

Esta normativa internacional con la Convención Americana, las Opiniones Consultivas, las Observaciones Generales, los fallos de la Corte Interamericana y las 100 reglas de Brasilia, entre otras normativas, conforman el Corpus Juris Internacional sobre los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

La Ley 26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, incorporó la figura de abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes, instaurándola como una garantía mínima del debido proceso, y ello importa el ejercicio pleno de la tutela judicial efectiva reforzada que debe regir en todo proceso administrativo o judicial por el que atraviesan niñas, niños y adolescentes.

El Decreto Reglamentario 415/06, establece que el derecho a la asistencia letrada previsto en el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

el compromiso de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual se deben tomar medidas para garantizar la efectividad de los derechos. El derecho existe cuando deja de ser texto para ser vivido. Si bien las Reglas y las Directrices no tienen fuerza vinculante, establecen marcos de acuerdos en el concierto internacional.

² Las leyes que en la Argentina regularon los asuntos de niñez y adolescencia desde el año 1919 hasta los años 2005 y 2006, han promovido, detrás de un discurso de protección, **la estigmatización de niñas y niños según diferentes estereotipos, fundamentalmente han ignorado e invisibilizado toda práctica subjetivante.**

La Ley 14.568, en cumplimiento con lo establecido por el artículo 12, incisos 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061, crea en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, consolidando así un nuevo paradigma constitucional y convencional en materia de niñez y adolescencia.

De ello, se colige que contar con un patrocinio letrado forma parte de las garantías mínimas del debido proceso. No se trata de una potestad o facultad de cualquier funcionario judicial o administrativo, es un derecho con garantía de efectividad.

3.- La madurez suficiente o capacidad progresiva

La posibilidad de que niñas y niños cuenten con un patrocinio letrado no está condicionada a que tengan madurez suficiente o a una medición específica de su capacidad. El patrocinio letrado es una garantía mínima del procedimiento, administrativo y judicial, reconocida por el ordenamiento jurídico, de conformidad con la Ley 26.061 art. 27 y la Ley 14.568. por lo tanto no puede establecerse condicionamientos para su ejercicio.

Niñas y niños³ pueden contar con un *abogado del niño* en todas las causas judiciales y administrativas en donde se discuten cuestiones que las y los involucra directamente, en todas las materias, en todos los fueros, sin ninguna limitación de edad para tener este patrocinio letrado. Es decir, las niñas y los niños, tienen el derecho a tener un *abogado del niño* independientemente de su capacidad progresiva.

En ocasiones se plantea que en el caso de niñas y niños muy pequeños no podrían contar con un *abogado del niño* en tanto no pueden dar directivas acerca de sus intereses. En estos casos, la función y el rol del *abogado del niño* será velar por el restablecimiento de los derechos amenazados o vulnerados, para petitioner de conformidad con los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y basado en una formación y capacitación especializada, donde el rol se acentuará más en el acompañamiento y el abordaje intersectorial e interdisciplinario.

Partimos de la capacidad, ya que todas las personas son capaces por regla. En este sentido la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, en el párrafo 20, expresa que no se puede partir de la premisa que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

³ En este comentario nos abocaremos especialmente a niñas y niños pues generalmente el *abogado del niño* para adolescentes no está en discusión, o, se lo discute en casos determinados.

Es importante reflexionar que el Código Civil y Comercial, si bien en su articulado avanza significativamente respecto del Código Civil derogado, introduciendo conceptos como capacidad o autonomía progresiva a la luz de los tratados de derechos humanos, circunscribe la posibilidad de contar con una abogada o abogado, a los casos en que exista un conflicto de intereses con sus representantes legales, en franca contradicción con el marco normativo que lo consagra como garantía del debido proceso legal, para todo tipo de proceso judicial o administrativo que involucre directamente a niñas y niños. El artículo 26 del Código Civil y Comercial debe analizarse de conformidad con el principio *pro-niño*, que requiere que al momento de interpretar dos normas debe estarse por la solución que resulte más favorable para los derechos y garantías en juego de las niñas y niños en cuestión.

Para resolver estas cuestiones debemos recurrir a los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación que describen un plexo imperativo en términos de la ley aplicable conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte; expresan que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

La madurez suficiente o capacidad progresiva se relaciona a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver, pero no en el derecho de contar con asistencia letrada en el juicio, en calidad de parte. Es decir, la autonomía progresiva será considerada para la valoración de sus opiniones, de conformidad al artículo 24 inciso b, de la Ley 26.061. Toda niña, niño, desde que nace, tiene el derecho a contar con un patrocinio letrado, a medida que alcanza mayor madurez podrá petitionar lo que considera mejor para sí y estos pedidos serán valorados por el juzgado. Por ejemplo, si se patrocina a un bebe en una causa de violencia habrá que evaluar de acuerdo al marco convencional cuales son los derechos afectados o vulnerados, y realizar ese planteo.

Las relaciones habituales, en el marco de un sistema de protección de derechos que aún no puede entablar prácticas intersectoriales, interdisciplinarias y articuladas, generan a niñas y niños marcas que afectan seriamente su subjetividad. Cuando las prácticas judiciales y administrativas están alejadas de los principios protectorios de especialidad y del cumplimiento del mandato convencional –CADH– provocan, con el transcurso del tiempo, situaciones que las y los revictimizan. En ese marco, el rol del *abogado del niño* está llamado a acompañarlos en su derecho a ser escuchados y que se actúe en consecuencia.

Así, el rol del abogado del niño adquiere protagonismo, pues opera como garante del cumplimiento de los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes. En este escenario, la defensa técnica de niños, niñas y adolescentes es una realidad normativa desde hace más de diez años. No obstante, aún son escasos los abogados que litigan en defensa de los derechos de las personas menores de edad y por ende, pocos niños, niñas y adolescentes que tienen garantizados sus derechos. La figura genera resistencias. Sostenemos el valor que el patrocinio

letrado de niñas y niños tiene cualquiera sea la edad de estos, asumiendo una defensa técnica como garantía mínima del procedimiento.

4.- El tutor ad litem

Ambas figuras son antagónicas, en razón de que responden a paradigmas distintos, el tutor ad litem es un resabio del patronato, de allí la importancia de remarcar las funciones, roles y responsabilidades.

El tutor ad litem parte de la incapacidad, se inscribe en el instituto de la tutela. Esta designación importa negarles a niñas y niños la calidad de sujetos de derecho con autonomía. Actúa en un juicio determinado, siempre que exista conflicto de intereses entre niñas y niños y sus progenitores (Art 109 del CCyC).

Ejerce la representación de niñas y niños en lugar de los progenitores, es decir que supone la sustitución de su voluntad, no cambia ni modifica este argumento que una niña o niño no pueda dar instrucciones o directivas.

No está obligado a viabilizar los intereses de la niña o el niño, tiene plena libertad para actuar según su leal saber y entender, de conformidad a lo que le resulte más adecuado de acuerdo a su mirada adulta.

Su designación es facultativa del juez, reviste carácter excepcional y el alcance de su función es restringido. Su actuación debe ser monitoreada por el asesor de Incapaces y controlada por el juzgado interviniente.

Para llevar adelante su actuación profesional, no se requiere formación en niñez y adolescencia.

En determinados supuestos debe rendir cuentas. (Art. 116 CCyC) y tiene derecho a una retribución (Art. 128 CCyC).

La designación del profesional que ejerza como tutor *ad litem* deberá efectuarse entre las abogadas y abogados matriculados inscriptos a tal fin en el listado que lleva la Cámara de Apelación del departamento judicial respectivo. Los honorarios deben ser abonados por las o los progenitoras/es.

5.- El abogado del niño

La debida diligencia del Estado no solo abarca las medidas de protección reforzada antes y durante todo proceso administrativo o judicial, sino que debe incorporar también medidas a ser adoptadas con posterioridad, para garantizar la protección integral de cada niña o niño.

Desde esta perspectiva, es indiscutible el reconocimiento de las niñas y niños como sujetos de derecho que, en el respeto de su dignidad, son partícipes activos en el destino de su propia existencia, y que, atendiendo a condiciones especiales de vulnerabilidad, deben ser protegidos integralmente por parte de la

familia, la sociedad y el Estado con miras a lograr el pleno desarrollo de sus capacidades, de manera autónoma y libre.

La figura del *abogado del niño* es coherente con la línea conceptual de la doctrina de protección integral de los derechos de niñas y niños, que los considera sujetos de derechos, y ante cualquier amenaza o vulneración de derechos se debe garantizar su intervención.

Se trata de una/un profesional especializada/o que deberá interactuar en el contexto jurídico con una persona cuyo proceso de crecimiento y maduración está en pleno desarrollo evolutivo, velar por la efectividad de sus derechos. Para ello requiere de una formación académica y práctica particular para desempeñar ese rol de manera adecuada, teniendo un bagaje de capacitación y entrenamiento que abarque conocimientos específicos y actualizados de la normativa aplicable.

Asiste, acompaña, patrocina, interviene e interactúa intersectorial e interdisciplinariamente. En algunos supuestos y/o en caso de niñas o niños muy pequeños es un/a abogado/a con facultades de representación. Dicha representación tiene carácter sui generis en tanto y en cuanto no sustituye la voluntad de la niña o niño sino que la integra con el conocimiento que posee a través de su formación y experiencia para establecer en el caso concreto cuál es la pretensión que mejor abastece el interés superior del niño en un momento determinado.

Se requiere de un cuidado especial a fin de realizar una escucha activa, procesar la información que cada niña, niño trae, dar valor a la palabra y a los gestos, garantizando de esta manera prácticas subjetivantes, que consideren sus tiempos, necesidades y deseos, atendiendo su singularidad.

Se trata de intervenciones basadas en el respeto y la empatía, con perspectiva en niñez y adolescencia alejadas de prácticas adultocéntricas.

Asume la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto, y presta su conocimiento técnico, para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a los derechos, intereses, deseos, o necesidades de esa niña o niño.

Para contar con un *abogado del niño*, no es necesario que exista conflicto entre sus progenitores.

Es sumamente importante el entrecruzamiento del interés superior y la escucha, de quienes se desempeñan patrocinando niñas y niños, para garantizar la tutela judicial efectiva reforzada, ese plus de protección, en el marco de un proceso.

La participación de niñas y niños en los procesos donde se discute cuestiones atinentes a su vida es indispensable, y contribuye a la construcción democrática enriqueciendo el proceso de subjetividad.

6.- Funcionamiento institucional de la figura del abogado del niño en la provincia de Buenos Aires

Cada uno de los 20 Colegios de Abogados/Abogacía de la Provincia de Buenos Aires cuenta con un Registro de abogadas y abogados de Niñas, Niños y Adolescentes, dato que resulta trascendente por la institucionalidad que tiene la figura y el recorrido durante los últimos 11 años en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

Cada registro tiene un listado de abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes, formadas/os como tales y su rol es la de asesorar, acompañar, patrocinar a estas/os en el marco de la Ley 14.568, realizando una defensa técnica, garantizando el derecho de niñas y niños a participar activamente en todos los procesos donde estén afectados directamente sus derechos. Cada vez que llega un pedido de *abogado del niño* se procede al sorteo de una/un profesional de los listados de cada colegio.

La regulación de los honorarios profesionales del *abogado del niño*, está contemplada en el artículo 5 de la Ley 14.568 que expresa que el Estado Provincial se hará cargo del pago de las acciones derivadas de la actuación de los abogados patrocinantes de los niños. El Decreto Reglamentario N° 62⁴ de dicha ley. El Convenio⁵ celebrado entre el Ministerio de Justicia de la Pcia de BA, con el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires - ColProBA – (cláusula octava) y el Reglamento Único de Funcionamiento⁶ del Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Buenos Aires ColProBA (artículo 16).

7.- La tutela judicial efectiva “reforzada”

Cuando se trata de niñas, niños que están atravesando un proceso administrativo o judicial que las y los afecte, la tutela judicial efectiva adquiere la relevancia además de ser reforzada, garantizado el patrocinio jurídico como consecuencia de la condición de sujetos plenos de derecho que gozan, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño.

Y es precisamente el Estado quien debe garantizar el acceso a los derechos humanos de manera integral y holística para dar efectivo cumplimiento al acceso de la tutela efectiva reforzada, en razón del plus de protección que merecen.

El reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva implica la posibilidad de acceder a la jurisdicción, es decir, a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional, ergo la interpretación en caso de duda, a efectos de no vulnerar este principio debe ser la más amplia, por aplicación directa del principio convencional *pro persona*, criterio interpretativo que establece que toda

⁴ Decreto 62/2015. Fecha de promulgación: 25/02/2015. Fecha de publicación: 13/05/2015. Número de Boletín Oficial: 27534. Reglamenta la Ley 14568.

⁵ Convenio celebrado el día 11/5/2016.

⁶ Reglamento de fecha 6/7/2016, Circular 6273/16 (Resolución 122/16).

autoridad perteneciente a cualquiera de los poderes del Estado debe aplicar la norma que le permita mantener vivo al tratado, siempre en la amplitud de derechos favorable a la persona para la protección y efectividad de los Derechos Humanos.

Debe extenderse, sin lagunas ni fisuras, a todas las personas, a todo el territorio y a todas las materias. Si este engranaje se resiente en cualquiera de sus fases, se pone en peligro la seguridad jurídica, el estado de derecho y el estado de justicia⁷.

Es atribución del Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” Artículo 75 inc.23 CN. Con ese mandato se sancionó la Ley 26.061 -- art.27 en particular-.

El artículo 27 de la ley 26.061 debe ser interpretado a la luz del principio *pro persona*. En esta línea, su interpretación habrá de ajustarse a la solución derivada de aquellas reglas de la hermenéutica que le concedan a la normativa bajo examen la mayor amplitud, permitiendo la plena vigencia de los derechos humanos, es decir, que le otorguen el más amplio vigor al reconocimiento de los mismos.

En este orden de ideas, vedarle a niñas y niños el acceso a la justicia se contrapone con el objetivo de garantizar a niñas, niños y adolescentes el ejercicio efectivo de todos sus derechos.

La legitimación procesal es una exigencia constitucional que la ley no puede resolver a su criterio, porque si no el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no le facilita andamio, dilapidando todas las prédicas referentes a los derechos humanos⁸.

8.- A modo de cierre

Nos inscribimos en la concepción amplia en pos de la promoción de la asistencia, acompañamiento y el patrocinio letrado de niñas, niños y adolescentes, evitando criterios rígidos cronológicos o que merezcan algún análisis evolutivo restrictivo.

No debe confundirse el *tutor ad litem* con el *abogado del niño* dado que parten de paradigmas disímiles, equipar las figuras va en contra de la normativa vigente en materia de niñez y adolescencia. El abogado del niño actúa en el marco de la Protección integral, el tutor ad litem, es un resabio del modelo tutelar de la situación irregular.

⁷ Grillo Iride Isabel María. El derecho a la tutela judicial efectiva. 2004. Disponible www.saij.jus.gov.ar. Id SAIJ: DACF040088

⁸ Bidart Campos, “La legitimación activa de la madre para impugnar la paternidad del marido y los derechos del niño, en LL 200-B-22.

La nota distintiva del patrocinio letrado en la niñez se manifiesta en la consagración de los derechos de niñas y niños, como garantía mínima del debido proceso legal, por lo tanto no es una facultad o potestad del juez/a admitir dicho patrocinio sino el cumplimiento de una de las garantías judiciales del debido proceso.

La figura del abogado del niño se inscribe en el movimiento universalmente conocido como el "acceso a la justicia"⁹, que ha alentado avances en el plano procesal en general, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. El movimiento del acceso a la justicia ha promovido tendencias evolutivas del derecho y la justicia, en la dimensión constitucional, transnacional y sociológica¹⁰.

Justamente la dimensión social responde a las crisis derivadas de transformaciones en las cuales la petición de justicia adquiere un sentido cada vez más decididamente de petición de igualdad no sólo formal, sino real y efectiva igualdad de posibilidades. Así lo promovemos para niñas, niños y adolescentes, a nivel individual y colectivo.

Citar: eDial DC35DF

copyright © 1997 - 2025 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

⁹ En una primera etapa se centró el interés en el debate sobre los obstáculos económicos, los costos del proceso y el sistema de asistencia jurídica a los pobres (Denti, 1978); luego se focalizó la defensa de los intereses colectivos o difusos, para superar los obstáculos organizativos especialmente en relación a los consumidores y usuarios; y, por último, como concreción de todo lo anterior, la concepción de un vasto programa de reformas del funcionamiento del sistema judicial y más genéricamente del aparato de justicia (Cappelletti y Garth, 1978, 1983).

¹⁰ Material de consulta: Berizonce R.O., - Efectivo acceso a la Justicia, con prólogo de M. Cappelletti, L.E.P., La Plata, 1987. Cappelletti M. y Garth B., El acceso a la justicia, Rev. Col. Abog. La Plata, 1983, trad. S. Amaral. Couture E.J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Bs. As., 1958, 3ª ed.. Fix-Zamudio H., Justicia constitucional, Ombusman y derechos humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2001, 2ª. ed. Morello A.M., La influencia de Mauro Cappelletti en el Derecho Procesal de nuestro tiempo (2004) en Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As. y de la Nación, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 2004, v. X-A. Morello A.M., El proceso justo, Lexis Nexis-LEP, Bs. As., 2005, 2ª ed. Congreso Nacional de Derecho Procesal, ed. Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP, La Plata, 1981.