

LAURA RODRÍGUEZ

# INFANCIA Y DERECHOS: DEL PATRONATO AL ABOGADO DEL NIÑO

EXPERIENCIA DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN SUR



*Seudeba*

# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| PRÓLOGO por Laura Musa  | 11 |
| <b>CAPÍTULO 1</b>   |    |
| DEBIDO PROCESO LEGAL PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA LEY 26.061. A PROPÓSITO DE LAS DISTINTAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES   |    |
| I. El derecho del niño a ser oído   | 15 |
| II. Criterios jurisprudenciales de procedencia del abogado del niño   | 18 |
| a. El criterio rígido del Código Civil. Discernimiento a partir de los 14 años de edad  |    |
| b. La capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes y su derecho a designar un abogado de confianza que defienda su interés de parte  |    |
| c. El abogado de confianza como garantía del debido proceso legal en todo proceso administrativo y judicial que involucre a un niño, cualquiera fuera su edad   |    |
| d. A medio camino entre la capacidad progresiva y el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso legal  |    |
| e. Más cerca del derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso legal  |    |
| III. Nuestra postura. El derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso constitucional. Entre la refutación de los antecedentes de Salas K y C que hacen prevalecer el Código Civil sobre la Convención de los Derechos del Niño y la posibilidad de avanzar sobre la capacidad progresiva hacia la defensa técnica como garantía del debido proceso                               | 30 |
| IV. La representación de los padres, del Ministerio Público de Menores y del tutor ad litem no es suficiente para garantizar acabadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes   | 34 |
| V. El rol del abogado de confianza  | 37 |
| VI. Conclusiones  | 39 |
| <b>CAPÍTULO 2</b>   |    |
| EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A LA DEFENSA TÉCNICO-JURÍDICA EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS Y DE LA JUSTICIA NACIONAL CIVIL CON COMPETENCIA EN FAMILIA. CUANDO LA JUSTICIA NACIONAL NO RESPETA EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 26.061 Y SIGUE APLICANDO EL CÓDIGO CIVIL. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL JUZGADO NACIONAL CON COMPETENCIA EN FAMILIA N°102 |    |
| I. Antecedentes fácticos y normativos. La importancia de la defensa técnico-jurídica en el caso concreto  | 41 |

|  |    |
|--|----|
| II. Refutación de los argumentos de la sentencia. Consecuencias fácticas y jurídicas de la misma   | 45 |
| a. Alteración del orden jerárquico de las normas. Aplicación de normas de rango inferior que conceden menos derechos que las de jerarquía superior que garantizan plenamente el derecho de defensa técnica |    |
| b. La representación de los padres y del Ministerio Público de Menores o del tutor ad litem no es suficiente para garantizar acabadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes                  |    |
| c. La capacidad progresiva de las personas menores de edad   |    |
| d. El derecho del niño a ser oído no es suficiente para garantizar su derecho de defensa   |    |
| e. Vulneración del Interés Superior. Art. 3 de la CDN y art. 3 de la Ley 26.061  |    |
| III. Consecuencias del reconocimiento de la figura del abogado del niño por el sistema de protección y no por el Poder Judicial  | 50 |

### CAPÍTULO 3

#### BREVE COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN N°1234/06 DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA. UN AVANCE NO SUFICIENTE EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

|  |    |
|--|----|
| I. La incidencia de la resolución 1234/06 de la Defensoría General de la Nación y su desconocimiento por los asesores de primera instancia | 53 |
| II. ¿La resolución 1234/06 implica resignificar las funciones del asesor de menores?   | 54 |
| III. El contenido y avances de la resolución 1234/06 de la DGN   | 55 |
| IV. Los límites de la resolución   | 57 |
| a. La vaguedad de la noción de capacidad progresiva  |    |
| b. El requisito de intereses contrapuestos atenta contra la garantía de defensa técnica  |    |
| V. La interpretación de la Asesora de Cámara de la Resolución 1234/06 DGN  | 61 |

### CAPÍTULO 4

#### EL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL: ¿ES NECESARIA LA EXISTENCIA DE INTERESES CONTRAPUESTOS CON LOS PADRES? A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL JUZGADO 106 Y DE LA SALA K DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, EN AUTOS CARATULADOS "L. CONTRA C. SOBRE VIOLENCIA FAMILIAR"

|   |    |
|---|----|
| I. Introducción   | 63 |
| II. La Resolución del juzgado 106. La sentencia revocatoria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K  | 64 |
| III. El abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes como garantía del debido proceso legal y límite al ejercicio del poder estatal                    | 65 |
| IV. La necesidad del derecho de defensa técnica en especial en los procesos para la adopción de medidas de protección y en general en los procesos de familia | 69 |
| V. Representación versus participación. El derecho del niño a ser otro distinto a sus representantes legales  | 71 |
| VI. Diferencias entre la figura del abogado de confianza y las del tutor <i>ad litem</i>  | 73 |
| VII. Conclusiones   | 74 |

### CAPÍTULO 5

#### RECURSO EXTRAORDINARIO ANTE LAS DECISIONES CONTRARIAS AL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

|  |    |
|--|----|
| I. Introducción  | 77 |
| II. Existencia de cuestión federal. Relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución y los Tratados. Arbitrariedad de la sentencia                           | 77 |
| III. Requisitos formales de procedencia a la luz de la Ley 48 y la Acordada 4-2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación  | 82 |
| a. Demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la CSJN                                      |    |
| b. Demostración de que el pronunciamiento impugnado ocasiona un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de la propia acción  |    |
| c. Requisitos estrictamente formales contemplados en la Acordada 4-2007  |    |
| IV. La flexibilización en caso de denegatoria del derecho de defensa. Posibilidad de planteamiento al momento de su surgimiento en caso de sentencia arbitraria conforme a la jurisprudencia de la Corte | 83 |

### CAPÍTULO 6

#### REDEFINICIÓN Y ACTUALIZACIÓN DEL ROL DEL ASESOR/DEFENSOR DE MENORES DESDE LA INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DEROGACIÓN DEL PATRONATO Y VIGENCIA DE LA LEY NACIONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES N°26.061

|  |     |
|--|-----|
| I. El nuevo escenario a partir de la sanción de la ley 26.061: el Sistema de Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes y el rol protagónico del abogado de confianza, en los procesos administrativos y judiciales que involucren niños | 87  |
| II. El derogado modelo tutelar: las funciones promiscuas del asesor de menores   | 91  |
| III. Las funciones jurisdiccionales del defensor de menores: sus orígenes como órgano perteneciente al Poder Judicial  | 93  |
| IV. ¿Es posible concebir al asesor de menores como garante del cumplimiento del debido proceso legal y respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes?   | 96  |
| a. La resolución 1234/06 aporta al reconocimiento del derecho de los niños a su defensa técnica  |     |
| b. El rol del asesor de menores como límite al ejercicio abusivo del poder estatal. Control de legalidad de la medida excepcional de separación del medio familiar   |     |
| c. El rol del asesor de menores como límite al ejercicio abusivo de la patria potestad   |     |
| d. El rol del asesor de menores como garante del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes   |     |
| e. El control de los establecimientos de privación de libertad de niños, niñas y adolescentes  |     |
| V. ¿Existen incompatibilidades entre el abogado de confianza de los niños y el defensor de menores? O, ¿es posible que el asesor de menores fortalezca la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes?  | 104 |

|  |     |
|--|-----|
| a. El asesor de menores se debe despojar de toda función jurisdiccional y acusatoria                           |     |
| b. El asesor de menores no puede asumir con exclusividad la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes |     |
| c. El asesor de menores puede coadyuvar a la defensa técnica del niño  |     |
| VI. ¿Es necesario el asesor porque el Estado no le garantiza a los niños un abogado gratuito?                  | 110 |
| VII. Conclusiones  | 112 |

**CAPÍTULO 7**  
**LAS OBLIGACIONES DEL ABOGADO PATROCINANTE DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PARA CON SU PATROCINADO**

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción  | 115 |
| II. A propósito del deber de lealtad, probidad y buena fe y de la obligación de permanente capacitación profesional. Como garantizarle a los niños, niñas y adolescentes el acceso a un abogado idóneo | 115 |
| III. Las implicancias del secreto profesional cuando se patrocina a niños, niñas y adolescentes  | 122 |
| IV. Las implicancias de la obligación de abstención de representación de personas con intereses contrapuestos  | 123 |
| V. Las implicancias del derecho a comunicarse libremente con sus clientes privados de su libertad cuando se patrocina a niños, niñas y adolescentes  | 126 |
| VI. Conclusiones   | 126 |

**CAPÍTULO 8**  
**CARENCIAS ESTRUCTURALES Y PRESUPUESTARIAS PARA LA DEFENSA TÉCNICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

|  |     |
|--|-----|
| I. El nuevo escenario institucional a la luz de la sanción de la ley 26.061 en la Ciudad de Buenos Aires       | 127 |
| II. El abogado del niño en la Ciudad de Buenos Aires. Deficiencias estructurales y presupuestarias             | 128 |
| III. El rol de abogado del niño para evitar la institucionalización por pobreza de niños, niñas y adolescentes | 132 |

**CAPÍTULO 9**  
**CUANDO EL SISTEMA ADMINISTRATIVO HACE PATRONATO Y CONTINÚA SEPARANDO A LOS NIÑOS DE SU FAMILIA DE ORIGEN**

|  |     |
|--|-----|
| I. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser separados de su familia de origen              | 135 |
| II. La situación fáctica   | 136 |
| III. La ausencia del poder ejecutivo local. Los incumplimientos de la defensoría zonal.                  | 138 |
| a. La función de las defensorías zonales   |     |
| b. Cuando la medida excepcional se vincula rápidamente con la adopción fracasa el sistema administrativo |     |

|  |     |
|--|-----|
| IV. La vulneración de los derechos de los niños              | 146 |
| a. Vulneración del derecho a la convivencia e identidad      |     |
| b. Vulneración del derecho a ser oído y a la defensa técnica |     |
| c. Vulneración del interés superior del niño                 |     |
| V. Conclusiones  | 150 |

**CAPÍTULO 10**  
**UN ESCENARIO DE MUCHOS ACTORES EN EL QUE LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL QUEDA DILUIDA. A PROPÓSITO DEL NUEVO ROL DEL CONSEJO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

|  |     |
|--|-----|
| I. El sistema actual de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires | 151 |
| II. Aproximación al caso concreto  | 151 |
| III. La falsa disposición judicial de internación  | 153 |
| IV. La entrevista posterior  | 155 |
| V. El estado de la situación a una semana del alta   | 156 |
| VI. Conclusiones   | 157 |

**CAPÍTULO 11**  
**LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 27 INCISO A) DE LA LEY 26.061 A LOS PROCESOS DE DIVORCIO. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA N°106 EN AUTOS: "S CONTRA S SOBRE DIVORCIO"**

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción  | 161 |
| II. La situación fáctica   | 161 |
| III. El artículo 27 de la ley 26.061 se aplica a todo proceso judicial o administrativo que afecte al niño   | 162 |
| IV. La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia en los cuales sus padres controvierten derechos                         | 163 |
| V. Es obligación de los jueces escuchar a los niños no sólo cuando ellos lo peticionan directamente sino también cuando es solicitado por sus progenitores | 167 |
| VI. La obligación del juez de sentenciar según el interés superior del niño  | 168 |
| VII. El derecho al recurso   | 169 |
| VIII. Conclusiones   | 170 |

**CAPÍTULO 12**  
**EL ROL DEL ABOGADO DE CONFIANZA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN**

|   |     |
|---|-----|
| I. Por qué es necesaria la figura del abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes en los procesos de adopción                 | 173 |
| II. El rol del abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes como garante del debido proceso legal y del derecho a la identidad | 175 |
| III. El rol del abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes como garante del interés superior del niño según su propia mirada | 182 |
| IV. Conclusiones  | 183 |

## CAPÍTULO 13

EL ROL DEL ABOGADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES PARA EVITAR QUE LAS MISMAS –DE FACTO Y PESE AL CAMBIO NORMATIVO– CONTINÚEN LA LÓGICA DE LAS PROTECCIONES DE PERSONAS. A PROPÓSITO DEL DICTAMEN 1138 DEL CONSEJO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción   | 185 |
| II. El dictamen 1138 del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes   | 187 |
| III. Las protecciones de personas se deben adecuar a los requisitos de las medidas excepcionales de protección de derechos  | 189 |
| IV. La resolución 1234/06 de la Defensoría General de la Nación en lo atinente a la institucionalización de niños   | 197 |
| V. Mientras las separaciones del medio familiar se sigan produciendo como siempre, las nuevas medidas excepcionales se asemejarán a la protección de persona hasta ser prácticamente lo mismo | 198 |
| VI. Conclusiones  | 202 |

## PRÓLOGO

Laura Rodríguez, perseverante y lúcida abogada defensora de los derechos de niños y adolescentes, realiza desde estas páginas un valioso aporte a una cuestión fundamental y muy poco recorrida por otros autores como es el acceso de las personas menores de edad a la justicia por derecho propio, a través de su abogado, como garantía mínima en el procedimiento.

Con rigurosidad, nos invita a reaccionar frente a la privación a ese universo de la sociedad de uno de los principios básicos que fundamentan un Estado de derecho democrático: el acceso sin restricciones al debido proceso sustantivo y adjetivo.

La autora combina para la realización de este trabajo su experiencia académica con su rol de Coordinadora de la Clínica Jurídica para Niños y Adolescentes de la Fundación SUR Argentina, desde donde ha logrado provocar los más vigentes y complejos debates en torno a los derechos de la infancia en general y al abogado del niño en particular. No solo ha generado decisiones jurisprudenciales innovadoras, sino que además ha cumplido cabalmente con el rol específico de brindar asistencia jurídica gratuita a niños y jóvenes que así lo requieran.

Ello le permite complementar la revisión de la normativa vigente relativa al instituto legal del “abogado del niño” con el análisis de las constantes dificultades de su aplicación en las causas particulares, y así visibilizar el extendido incumplimiento y desconocimiento del artículo 27 que instituye esta figura dentro de las previsiones de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de infancia y adolescencia (Nro. 26.061).

En el campo jurisdiccional, dicho incumplimiento se plasma en fallos y resoluciones –analizados en profundidad en el texto– que resultarían simplemente impensables de ser aplicados en el mundo de los adultos. En el accionar de la administración, el desconocimiento de esta disposición es prácticamente generalizado. Los propios organismos especializados del poder ejecutivo –oficinas de protección de derechos, defensorías de niños, o la denominación que le otorgue cada provincia– no sólo no exigen sino que obstaculizan que el niño involucrado en un procedimiento administrativo o causa judicial