

LIBRO I Parte General

TITULO I

CAPITULO II Capacidad

SECCION 2ª

Admisibilidad, rol y facultades del abogado del niño.

**La defensa técnica de niñas, niños y adolescentes a la luz de la reforma del
Código Civil.**

I. Introducción:

En este trabajo se define y distingue el aspecto material y técnico de la defensa. Luego se analizan las distintas posturas jurisprudenciales sobre la admisibilidad del patrocinio letrado de niñas, niños y adolescentes para tomar postura por alguna de ellas. Asimismo, se diferencia la figura del defensor de menores y del tutor ad litem con la del abogado del niño. Se analizan las facultades procesales del niño, como parte, en todo proceso administrativo o judicial que lo involucra. Finalmente, se realiza la propuesta teniendo en cuenta el proyecto de Reforma del Código Civil.

II. El aspecto material y técnico de la defensa: derecho a ser oído y derecho a ser patrocinado por un abogado:

La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12 y la ley 26.061, en sus artículos 24 y 27, inciso 1), consagran el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Si bien es cierto que la Convención de los Derechos del Niño ya había reconocido el derecho a la defensa material de las personas menores de edad no es menos cierto que tal reconocimiento adquiere mayor amplitud con la sanción de la ley 26.061.

Al respecto, del artículo 12 de la Convención se puede interpretar -si se hace de él una lectura restrictiva- que el derecho a expresar la opinión estaría condicionado a que el niño se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio.¹

De modo contrario a esta interpretación regresiva, Alessandro Baratta desprendía de un análisis integral del instrumento internacional que no hay edad del niño en la cual no exista la obligación de los adultos de escucharlos, considerarlos y aprender de ellos²

A esta altura es menester aclarar que luego de la sanción de la ley 26.061 se despeja toda duda interpretativa en referencia al derecho de todo niño - independientemente de su edad- a ser escuchado. En este sentido, la ley 26.061 no establece ninguna restricción para que el niño sea oído en juicio. Ello es así pues la mención a la madurez y el desarrollo –artículo 24 inciso

¹ Mizrahi, Mauricio "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", en "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061. Emilio Garcia Mendez compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006 Mauricio, página 75

² Baratta Alessandro, "Infancia y Democracia" en "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", Emilio Garcia Mendez y Mary Beloff compiladores, Temis De Palma, página 53

b) de la ley 26.061- es solo para graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera es un requisito para escucharlo.³

Por otra parte, la Convención establece el derecho del niño a ser escuchado directamente o a través de un representante u órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En oposición, a partir de de la sanción de la ley 26.061 no quedan dudas que si media una solicitud del niño o adolescente, el juez no tendrá opciones y deberá tomar contacto directo con aquel⁴.

En este orden de ideas, la ley 26.061 acuerda el derecho de los niños a ser oídos sin que este pueda intermediarse con la presencia de un representante u órgano apropiado, inclinándose por una verdadera intermediación, superando así las múltiples alternativas de la Convención. Entonces, ***el niño deberá ser escuchado cada vez que así lo peticione***. De ello se sigue, que el juez no podrá rehusarse a escuchar al niño bajo el pretexto de haber escuchado en su lugar a un representante u órgano apropiado, ya sea el defensor de menores, los dictámenes periciales o informes de auxiliares del tribunal. Frente a esta negativa debería decretarse la nulidad de lo actuado, en consideración al orden público que gobierna esta materia⁵. Además deberá tenerse en cuenta que la obligación del juez de escuchar a los niños es una garantía mínima del procedimiento que -en términos expresos del artículo 27 de la ley 26.061- debe ser respetada por todos los organismo del Estado.

Llegados a este punto, resulta obligatorio analizar el alcance que se le dará a la opinión del niño. Al respecto, establece el artículo 27 de la ley 26.061 que sus opiniones sean tomadas primordialmente en cuenta. Además, dispone el artículo 24 de la citada ley que las opiniones de los niños deberán ser tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Como consecuencia lógica, a mayor comprensión del niño, mayor peso tendrá su opinión, sin perjuicio de la obligación de los magistrados de siempre considerarla, tenerla en cuenta y evaluarla.

Cabe agregar que la importancia de la opinión del niño ha sido también reflejada en el artículo 3 de la ley 26.061 que dispone que para determinar el interés superior del niño se debe considerar su opinión. De este modo, se logra alejar la noción de interés superior de posibles interpretaciones paternalistas.

En este sentido, se ha sostenido que para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón.⁶

En función de todo lo manifestado si la sentencia colisiona con los deseos del niño el juez deberá expresar los motivos de tal apartamiento⁷ Y es aquí donde adquiere trascendencia el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea considerada porque en caso de apartarse de lo solicitado por el niño el juez debe justificar en su sentencia y fundar en derecho el motivo de su alejamiento.

Vale aclarar que, además del derecho a ser oído, la ley 26.061 contempla el aspecto técnico de la defensa. Así, establece como garantías mínimas en los procedimientos judiciales, en el artículo 27 inciso c) el derecho de todo niño, niña y adolescente: “A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya”

³ Mizrahi, ob citada pagina 75

⁴ Mizrahi Mauricio, ob citada , pagina 77.

⁵ Kielmanovich Jorge, “Reflexiones procesales sobre la ley 26.061”, página 95, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, compilador Emilio Garcia Mendez compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006

⁶ Perez Manrique, Ricardo, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, pagina 252, en Justicia y Derechos del Niño N 9, UNICEF

⁷ Voto Pettigiani, acuerdo 78728, 2 de mayo de 2002

Una concepción completa y garantista del derecho de defensa no puede olvidar su aspecto técnico. La continua complicación de los procedimientos exige los conocimientos jurídicos de un abogado especializado a efectos de desarrollar una estrategia eficaz. Así, la garantía de la defensa consiste en asegurar la posibilidad de efectuar oportunamente y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia.

El sentido de la defensa técnica reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído “*si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz*”⁸

En otras palabras, el a veces tan banalizado como adulterado derecho a ser oído se debe convertir en el patrocinio técnico de un abogado que traduzca los interés del niño en actos procesales.⁹

Por ello resulta esencial insistir en la obligatoriedad del patrocinio letrado pues, si bien - en general- los tribunales no discuten el derecho del niño a ser oído, se observan muchas resistencias jurisprudenciales a lo segundo.¹⁰

Lo mencionado precedentemente ha sido corroborado por la experiencia de la Clínica Jurídica de la Fundación Sur. Solo a modo de ejemplo, en un supuesto que se ha denegado el derecho de defensa técnica de los niños, sin embargo se ha fijado audiencia para escucharlos. Aunque, como fuera manifestado, resulta difícil que sin asistencia técnica la opinión del niño pueda tener peso¹¹.

III Criterios jurisprudenciales de admisibilidad del abogado del niño:

III a. La aplicación de los artículos 54, 55 y 921 del Código Civil a pesar de su modificación a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y, más aun de la sanción de la ley 26.061

Esta postura se basa en la aplicación de los artículos 54, 55 y 921 del Código Civil, y por ende, hace lugar a la designación de abogado del niño, solo si el niño ha cumplido 14 años de edad.

Este criterio tuvo como primer antecedente una resolución de la Sala K de la Cámara Nacional Civil. Se sostuvo que para contratar, designar, dar instrucciones y revocar a un abogado de confianza se requiere el discernimiento del patrocinado, es decir, requiere la edad de catorce años. Por debajo de esa edad, de acuerdo a las normas de fondo, el menor sigue careciendo de capacidad de obrar y por ello, se encuentra sujeto a la representación promiscua del asesor de menores, como una forma de proteger sus intereses. Por ello, según esta interpretación falaz, la ley 26.061 debe ser interpretada en conjunción con lo dispuesto por el Código Civil en relación a la incapacidad de los menores. Esto llevaría a concluir que la caracterización jurídica que le corresponde al menor por su corta edad constituiría un obstáculo para la designación de abogado.

Además, se sostuvo que la representación legal del menor sumada a la intervención del asesor de menores torna improcedente la designación de abogado de confianza, pues los intereses y derechos del niño se encuentran ampliamente protegidos y garantizados¹².

Desde similar perspectiva se ha pronunciado la Cámara Nacional Civil de Apelaciones, Sala C, que ha negado la presentación con patrocinio letrado a una niña de diez años y ha argumentado que los niños se encuentran debidamente tutelados por el sistema vigente, haciendo mención a la representación legal de los padres y la representación promiscua.¹³

Con posterioridad, la sala K reitera su criterio referido a que los menores de 14 años no tienen derecho a designar un abogado de confianza.¹⁴ Contra tal resolución, la Clínica Jurídica

⁸ Morello de Ramirez, María Silvia y Morillo Augusto, “El abogado del niño”, ED 164-1180

⁹ Prologo de Laura Musa, al libro “Infancia y Derechos: Del Patronato al Abogado del Niño. Experiencia de la Clínica Jurídica de la Fundación Sur, Laura Rodríguez, Eudeba, pagina 12.

¹⁰ Mizrahi, ob citada, pagina 78

¹¹ P C Y G sobre protección de persona, en tramite ante el juzgado nacional con competencia en familia N° 102

¹² Sala K, 28 de septiembre de 2006, “RMA s protección especial”

¹³ Sala C, 14 de agosto de 2007, MG c P sobre tenencia.

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala K, “P C y G sobre protección de persona” 27 de agosto de 2010

de la Fundación Sur interpone recurso extraordinario federal que ha sido concedido por la Sala K.

Al fundar el recurso extraordinario se sostuvo que la resolución de la Cámara era contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional y a los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y , que además, resultaba arbitraria por no aplicar la ley vigente 26.061.

Posteriormente, en fecha 21 de noviembre de 2010, y en oportunidad de dictaminar acerca de la cuestión, la Dra. Martínez Córdoba – Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara- solicitó se conceda el recurso extraordinario interpuesto, y expresó que “...**la concesión del recurso resulta procedente por cuanto se alega que el decisorio cuestionado afecta los derechos de defensa en juicio y debido proceso de los menores G.M. y C.L. P. consagrados en los arts. 18 de la Constitución Nacional, artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...), cláusulas XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**”.

Asimismo, la Dra. Martínez Córdoba manifestó que “No puede soslayarse que se ha omitido evaluar el discernimiento de mis representados con relación a su capacidad para contratar el servicio de un letrado que los patrocine (conf. art. 921 del Código Civil y art. 27 inc. c. de la ley 26061) y que no han sido escuchados en una audiencia cuya convocatoria expresamente requirieron...”. Finalmente, agregó que “Resulta así a todas luces la arbitrariedad del decisorio que se impugna (...), cuya confirmación haría incurrir a nuestra Nación en responsabilidad internacional...”.

Finalmente, en fecha 25 de febrero de 2011, la Sala K de la Cámara de Apelaciones resolvió conceder el recurso extraordinario interpuesto. Al respecto, surge de la resolución que “**En el caso, y conforme lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores de Cámara, los agravios conducen a la interpretación de tratados internacionales, lo que suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de la habilitación de la vía intentada (conf. Art. 14 inc. 3 de la ley 48)**”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene ahora en sus manos la oportunidad histórica de emitir una sentencia ejemplar que garantice a los niños defendidos por la Clínica Jurídica de Fundación Sur el derecho a ser patrocinados por un abogado de su confianza y que evidencie la inconstitucionalidad que ocasiona que cualquier niño, niña o adolescente se vea privado de un derecho de defensa técnica.

Llegados a este punto cabe insistir en que los fallos citados de la Cámara Nacional de Apelaciones son posturas que hacen prevalecer el Código Civil sobre la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 y ,por ende, son pasibles de recurso extraordinario federal, por una cuestión elemental de prelación de normas. Sin dudas, si el Código Civil se contradice con la ley 26.061 - ley posterior y referida a la materia en forma especial- y con la Convención sobre los Derechos del Niño- instrumento con jerarquía constitucional- deben prevalecer estas últimas. En otras palabras, si el Código Civil niega derechos que la ley 26.061 y la Convención reconocen, de modo evidente, estos derechos deben ser respetados en forma irrestricta.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha veintiséis de junio de 2012, en un antecedente distinto al citado, desaprovechó la oportunidad histórica de dictar un fallo ejemplar y se alineó a las posturas regresivas de la Sala K y C de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones, al establecer que los menores de catorce años son incapaces absolutos de hecho y , por ende, carecen de capacidad para designar un letrado de confianza, en consonancia con los artículos 54 y 921 del Código Civil.¹⁵ En otros términos, la Corte obvió su función de garante del cumplimiento de la Constitución e hizo prevalecer el Código Civil sobre la Convención de los Derechos del Niño.

III b. La aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y la prerrogativa de los niños, niñas y adolescentes de designar un abogado en función de su capacidad progresiva:

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, M G contra P C A sobre tenencia

Desde la incorporación y posterior jerarquización de la Convención sobre los Derechos del Niño, el régimen jurídico de la capacidad civil y representación de las personas menores de edad ha sido puesto en jaque.¹⁶

En especial, cuando el artículo 5 de la Convención reconoce a los niños el derecho a ejercer por sí sus derechos, con la guía y orientación de sus padres, todo ello en función de la evolución de sus facultades. *En otras palabras, a partir* de las nociones de autonomía progresiva, los niños y adolescentes van adquiriendo capacidad para el ejercicio personal de sus derechos¹⁷.

De esta manera, el concepto de capacidad progresiva resulta clave para comprender el carácter transitorio y relativo, sólo por un tiempo cierto y para algunas cuestiones de la incapacidad de ejercicio de la infancia.¹⁸

Por estas razones es indispensable revisar los conceptos de incapacidad establecidos en la legislación interna, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, que supone para los niños el ejercicio personal, en forma progresiva, de los derechos reconocidos.

La postura explicada sobre la capacidad progresiva ha sido sostenida por la resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación para decidir la designación de abogado a los niños, niñas y adolescentes.

Dicha resolución insta a los asesores de menores - en aquellos supuestos que denoten complejidad, o se vislumbre la existencia de intereses contrapuestos, o la niña, niño o adolescente solicite asistencia técnico jurídica- se arbitren los medios para la provisión al niño de un abogado de confianza. Argumenta que el criterio de supeditación del ejercicio del derecho de defensa a edades cronológicas determinadas sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo no respeta el principio de capacidad progresiva o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño o adolescente.

Por tales razones se sostiene que la actuación del abogado del niño no requiere como condición el discernimiento del patrocinado... Las normas pertinentes del Código Civil tendrán que ser reinterpretadas y ya no podrán aplicarse en su sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. De aquí se sigue que el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad, pues el criterio a seguir es de la capacidad progresiva.... Con lo expuesto, se quiere señalar que los conceptos de capacidad o discernimientos cronológicos (de los artículos 54 y 921 del Código Civil) se reemplazarán por criterios de capacidad y discernimiento reales. Todo ello sin soslayar las dificultades de armonización de normas existentes, lo que deberá dar lugar a una postura amplia sobre el concepto de capacidad en orden a una actitud conciliadora que en ningún caso debe suponer la posibilidad de renunciar a adiciones de derechos concretadas por la nueva normativa.

En este contexto, habilita la designación de abogados de confianza a niños menores de 14 años, condicionándolo a su grado de madurez, superando así el criterio restrictivo que limita el derecho de defensa a haber adquirido la edad de discernimiento, según las pautas cronológicas del Código Civil.

Llegados a este punto, es necesario señalar que el concepto de capacidad progresiva presenta cierta vaguedad y ambigüedad. Las mismas pueden conducir a cierta discrecionalidad judicial en su interpretación que resulten vulneratorias del derecho de defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes.

Se ha argumentado que para evitar tal discrecionalidad, la capacidad procesal para designar abogado de confianza deberá presumirse por el hecho que el niño se presente con un profesional del derecho. Así, se produciría una inversión en la carga probatoria, siendo el juez el

¹⁶ Minyerski Nelly y Herrera Marisa, "Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la ley 26.06", página 53, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061" Emilio García Méndez compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006

¹⁷ Minyerski Nelly y Herrera Marisa, ob citada, página 53

¹⁸ Minyerski Nelly y Herrera Marisa, ob citada, página 53

que deba acreditar y fundar de manera acabada la falta de madurez a pesar del pedido expreso de ser parte.¹⁹

El principio de capacidad progresiva ha sido sostenido por la Asesora de Cámara en el antecedente citado de los niños C y G P, en trámite ante la Cámara Nacional Civil, Sala K. La asesora de menores advierte que a la luz de los artículos 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y teniendo en cuenta el principio de “autonomía progresiva” del tratado, el artículo 921 del Código Civil debe ser considerado tan solo como una presunción “iuris tantum” de que los menores de catorce años no gozan del discernimiento necesario para celebrar actos jurídicos; por lo cual en estos casos, deberá tenerse en cuenta la edad del niño y valorarse, mediante los medios probatorios pertinentes, el grado de madurez que ha alcanzado, a fin de determinar si es capaz de expresar lo que quiere y de elegir su propio abogado.

La postura de la capacidad progresiva ha sido receptada también por el proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, presentado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Al respecto, el proyecto en su artículo 26 dispone que los niños tienen derecho a un abogado de confianza, según su capacidad progresiva y en caso de conflicto con sus padres.

Como se analizará en los siguientes apartados, si bien la aplicación del criterio de capacidad progresiva de la Convención implica un avance sobre las pautas rígidas de incapacidad de los menores establecidas en el Código Civil, desconocen que la ley 26.061 implica un avance con relación a la Convención, pues reconoce el derecho de defensa técnica a todo niño, niñas y adolescentes, cualquiera fuera su edad y no lo condiciona a su capacidad progresiva, ni a la existencia de intereses contrapuestos con sus padres.

III c El abogado del niño como garantía del debido proceso legal en todo proceso , cualquiera fuera su edad, en términos expresos del artículo 27 de la ley 26.061:

Ha sostenido Solari que tanto el derecho a ser oído como el del patrocinio letrado debe ser respetado cualquiera fuera la edad del niño. Lo que cambia, en todo caso, es la consideración subjetiva que va a adoptar el juzgador y no la viabilidad de tales derechos. La asistencia de un letrado especializado no está condicionada a la edad del niño pues constituye una garantía mínima del procedimiento. La capacidad progresiva del sujeto se refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho a contar con un abogado.²⁰

Sin dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza, desde el inicio del proceso administrativo o judicial que lo involucre y hasta su finalización. En caso que no lo designe el Estado le deberá asignar uno de oficio. En este sentido, el derecho a la defensa técnica establecida en el artículo 27 de la ley 26.061 es una garantía que obliga al Estado a hacerla efectiva. De este modo, se infiere que es un derecho del niño contar con esa asistencia letrada. Por tales razones, el Estado debe siempre proporcionarle al niño un abogado, pues se encuentran comprometidas garantías constitucionales, como el debido proceso.

En consecuencia, ante un conflicto administrativo o judicial que afecte o incluya al niño, este tiene derecho de elegir un abogado y si no lo hiciera, el Estado está obligado a designarlo por tratarse de una garantía mínima de procedimiento, en términos expresos del artículo 27 de la ley 26.061. Al respecto, la garantía del debido proceso legal supone el derecho irrenunciable a un abogado defensor libremente designado o a un defensor proporcionado por el Estado, sino se nombra defensor²¹

Esta postura ha sido sostenida doctrinariamente, como ya fuera dicho, por Solari quien manifiesta que todo niño independientemente de su edad tiene derecho a un letrado patrocinante. Aclara además – cerrando el debate sobre la imposibilidad del menor impúber de

¹⁹ Herrera Marisa. “El protagonista: El derecho del niño a conocer sus orígenes en la adopción”, encuentro sobre reformulación legal de la adopción, UNICEF 2004

²⁰ Solari Néstor, “Elección del Abogado del niño”; LL 18-05-2009, página 409

²¹ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2.

dar instrucciones a su abogado- que en caso que el niño no tenga suficiente discernimiento la función del abogado será asumir la defensa de los derechos y garantías del niño.²²

III d. Entre la capacidad progresiva y el derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso legal. La postura de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil:

La postura que procura armonizar el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes que surge de la Convención de los Derechos del Niño con las disposiciones expresas del artículo 27 de la ley 26.061 que reconocen el derecho de defensa técnica a todo niño, niña y adolescente -cualquiera fuera su edad- surge del antecedente de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.²³

Se desprende de este antecedente jurisprudencial que los niños y adolescentes en función de su capacidad progresiva y discernimiento real podrán designar y elegir abogados que representen en el proceso su interés particular. Asimismo, en caso que los niños no tengan suficiente discernimiento, incluso tratándose de niños de muy pocos días de vida, de todos modos tienen derecho al patrocinio letrado, a través de la figura del tutor ad litem, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño.²⁴

A esta altura, cabe advertir que esta postura, en algún punto, puede ser vulneratoria de la capacidad progresiva del niño, al negarle su derecho de elegir a un abogado que le sea de confianza e imponerle otro designado por el juez, con fundamento en su falta de discernimiento, volviendo a considerarlo incapaz.

Además esta postura confunde la figura del abogado del niño con la del tutor ad litem. Al respecto, el tutor ad litem representa los intereses del niño desde su mirada adulta y el abogado del niño representa el interés del niño desde su propia mirada. En este escenario, el tutor ad litem defiende el interés del niño desde su leal saber y entender, en sintonía con la incapacidad de los menores, y por ende, queda mediatizada o directamente desconocida la opinión del niño. En otras palabras, se vuelve un sucedáneo de los representantes tutelares del niño, confundándose su rol con el del asesor de menores. De modo contrario, el abogado del niño está ligado a su capacidad progresiva, a su derecho a actuar por sí y defender su postura de parte.²⁵

III e. La Corte Suprema de Justicia estuvo cerca de la interpretación del derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso legal pero luego abandono esta postura para adherir a las posturas mas regresivas que les prohíben a los niños menores de catorce año designar abogado, por aplicación de los artículos 54 y 921 del Código Civil:

El derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso pareció surgir -nada más y nada menos- del antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "GMS c/ JVL", de fecha 26-10- 2010. Ello es así porque se ordena a pedido del asesor de menores que se le designe abogado a dos niñas de diez y siete años, sin que la cuestión de la defensa técnica haya sido introducida por las otras partes del proceso. En este caso los padres de las niñas, quienes controvertían sobre él régimen de visitas y no habían hecho mención ni petición relacionada con el derecho de defensa de sus hijas. Sin embargo, la Corte, además de resolver el fondo de la cuestión, ordena que se les designe abogado a las niñas.

Dice expresamente el Defensor ante la Corte: "Pero lo cierto es que en la incidencia no se ha dado participación alguna a las nombradas, quienes como sujetos de derecho tienen derecho a opinar y a ser escuchadas (cf. art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño- art. 75 inc.

²² Solari Néstor , "Elección del Abogado del Niño", LL 18-05-09, página 410

²³ Sala B, KM y otro c KMD, La ley 15-04-09

²⁴ Sala B, KM y otro c KMD, La ley 15-04-09

²⁵ Gil Dominguez, Andres, Fama Victoria, Herrera Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, anotada y concordada" Ediar, Buenos Aires, 2007

22 C.N.- y arts. 19, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061)

Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteos que se susciten), su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (cf. art. 18 C.N, 75, inc. 22 CN, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 incs. c), d), y e) de la Ley N° 26.061)

Ello, sin dudas asegurará su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar²⁶.

En comentario a este fallo, sostuvo Solari que es relevante destacar que la Corte Suprema —con buen criterio— no distingue entre menores adultos y menores impúberes para tener un abogado en el proceso judicial como contrariamente lo vienen haciendo los tribunales.²⁶

También es destacable que la designación se hace a pedido del asesor de menores, sin que la cuestión haya sido introducida por las otras partes del proceso. Desde similar perspectiva, expresa Solari que el derecho de defensa debe efectivizarse a pedido de parte o aún de oficio. El juez tiene facultades de ordenar que se designe un letrado patrocinante, en cumplimiento de la ley, dado que el último párrafo del art. 2 de ley 26.061 establece: "Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles." En tal contexto, prevé las consecuencias de las medidas adoptadas, frente a la omisión de los mismos (art. 1º, tercer párrafo).²⁷

En otras palabras, la designación a pedido del asesor de menores y sin que haya sido introducida por las otras partes del proceso, independientemente de la edad de discernimiento del Código Civil y sin hacer ninguna alusión a la capacidad progresiva, me hace sostener que la Corte parecía defender la postura del abogado de niño como garantía del debido proceso legal, destacando la participación de los niños como partes procesales.

No obstante, la Corte en el antecedente citado de junio de 2012 retrocede —inexplicablemente- este criterio, al establecer que los menores de catorce años no tienen derecho a designar un abogado.

La Corte intenta explicar su contradicción y niega su existencia, pues afirma que se trata de supuestos diferentes, porque, en un caso, se analiza el derecho del niño a contar con patrocinio letrado pero quien lo designa es el juez y en otro, el derecho de los niños a designar abogado.

Llegados a este punto es esencial manifestar que el derecho al patrocinio letrado está ligado inexorablemente al derecho de designarlo, pues de lo contrario se corre el serio riesgo que la figura del abogado del niño se banalice y conduzca a representaciones similares a la figura del asesor de menores o del tutor ad litem.

IV. Nuestra postura. El derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso constitucional:

Como ya fuera dicho, de la Convención de los Derechos del Niño parece desprenderse que la designación de abogado para los niños depende de su capacidad progresiva. Por su parte, la ley 26.061, en su artículo 27, reconoce el derecho de defensa técnica a todo niño, independientemente de su edad y su discernimiento.

Sin dudas, la ley 26.061 reconoce más derechos que la Convención, que es un piso mínimo de derechos que los Estados partes pueden superar, y así ha sucedido con el artículo 27 de la ley 26.061.

²⁶ Solari Nestor, "Un importante precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la figura del abogado del niño"; LL 01-12-2001

²⁷ Solari Nestor, ob citada.

Al respecto, la ley 26.061 reconoce la defensa técnica a todos los niños independientemente de su edad y debe prevalecer sobre la Convención dado que amplía para los niños y adolescentes de Argentina el piso de derechos reconocidos por el Tratado Internacional.

En otras palabras, todo niño, incluso un bebé, tiene derecho a tener un abogado proporcionado gratuitamente por el Estado. Aunque es cierto que, tratándose de un bebé o de un niño con escaso discernimiento, se deberá evaluar quien realiza la designación.

Ahora bien, una vez alcanzado cierto grado de comprensión –que se debe presumir por el hecho de presentarse con un abogado- todo niño tiene derecho no solo a ser patrocinado por un abogado sino también y, fundamentalmente, a designarlo y elegirlo, es decir que sea de su confianza.

Vale aclarar que si bien esta postura no ha tenido acogida favorable ni en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ni en el Corte Suprema de Justicia de la Nación, parece ser la postura mayoritaria en los tribunales de primera instancia que aceptan la intervención del abogado del niño, cualquiera fuera su edad, e incluso, en algunos casos hasta su designación.

En este sentido, se ha hecho lugar a la designación de abogado de confianza de una niña de seis años, quien fue patrocinada por Fundación Sur.²⁸

V. Diferencias entre la representación promiscua del defensor de menores y la figura del abogado del niño:

A modo preliminar se debe recordar que no debe confundirse el papel del Ministerio Público de Menores en la defensa de los derechos de la infancia con la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño o adolescente en un caso concreto.

Según Graciela Medina y Gustavo Moreno el Ministerio Público de Menores es defensor, por mandato constitucional (Art. 120 CN) y legal (Art. 59, 491 a 494 del Código Civil y la ley 24.946), de los derechos de los niños, las niñas, adolescentes y demás personas incapaces de hecho en la medida de su indisponibilidad. La defensa de estos derechos -que interesan a la sociedad y al Estado- no puede confundirse con la defensa que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad y postura individual del niño.²⁹

Desde similar postura argumenta Solari que debemos distinguir claramente, a los fines de evitar confusiones conceptuales, la figura del patrocinio letrado con la de los representantes legales del niño.

En efecto, el Código Civil establece un sistema de representación legal para los incapaces —entre ellos, los menores de edad— para la realización de los actos de la persona y bienes del menor. Además, se suma la representación legal del ministerio de menores. De ahí que la representación legal es dual y conjunta, pues se otorga al menor de edad una representación necesaria, legal o individual y una representación promiscua del ministerio pupilar. Sin embargo, lo anterior no debe confundirse con el patrocinio letrado del niño, instituido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, previstas como defensa técnica de sus derechos en el proceso judicial. En tal sentido, dichas disposiciones exigen que el abogado del niño actúe en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua.³⁰

Esta distinción surge clara del decreto 415 -reglamentario de la ley 26.061- que establece que el derecho de 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 judicial, todo ello sin perjuicio de la intervención del asesor de menores.

De este modo, el asesor de menores materializa la mirada adulta del interés superior del niño y el abogado la mirada del niño de su mejor interés.

²⁸ R. D sobre protección de perronas, en tramite ante del Juzgado Nacional con competencia en Familia Número 4

²⁹ Medina Graciela y Moreno Gustavo, "Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de catorce años hacerse oír por sí en tribunales", publicado en Jurisprudencia Argentina 2004-II-4

³⁰ Solari, ob citada

En otras palabras, el asesor de menores actúa en sintonía con la ideología del patronato y la incapacidad de los menores que le impide al niño tomar sus propias decisiones y el abogado del niño actúa en sintonía con la capacidad progresiva que le permite al niño ser protagonista de su propia vida.

VI. El niño como parte en el proceso. Facultades procesales reconocidas por el artículo 27 de la ley 26.061:

Expresa Solari que la intervención del letrado patrocinante del niño significa reconocerle el carácter de parte en el proceso judicial. A no dudarlo, cuando los niños intervienen en un proceso judicial se lo debe considerar como "parte", desde el punto de vista procesal. Su condición de sujeto de derecho así lo exige.³¹

En este sentido, además de garantizar el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, la función del abogado será aportar pruebas y controlar la prueba de la contraria, facultades comprendidas en el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061 cuando hace mención al derecho del niño a participar activamente en el proceso.

Asimismo resta mencionar que el niño tiene derecho a recurrir toda decisión contraria a sus intereses, conforme lo establecido en el citado artículo 27.

El recurso de apelación debería ser concedido al niño en forma libre en todo tipo de procesos, teniendo en cuenta su interés superior, y pese a las disposiciones contrarias establecidas en el Código Procesal que para algunas resoluciones y tipos de procesos establecen la apelación en relación. Esto es así, a la luz del artículo 27 inciso d) de la ley 26.061, pues bajo esta figura, es decir la apelación libremente concedida, se abren facultades procesales que podrían favorecerlo, entre ellas, la producción de prueba en segunda instancia³²

Tampoco serán aplicables al niño las restricciones al recurso establecidas en las leyes procesales porque la ley 26.061 reconoce el derecho a recurrir cualquier decisión que lo afecte, debiendo prevalecer -sin dudas- la ley 26.061 sobre el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Tampoco se le podrá rechazar al niño un recurso extraordinario por no haber cumplido los requisitos formales para su procedencia, entre ellos, la reserva de la cuestión federal.

En otras palabras, el derecho al recurso tiene un alcance más amplio y garantista para los niños que para los adultos, no siendo aplicables a ellos las restricciones al derecho al recurso establecidas en los Códigos Procesales.

No obstante lo afirmando en el sentido que el niño de modo evidente es parte procesal, esta no parece ser la postura de algunos juzgados, incluso de los que admiten la presentación con patrocinio letrado.

Solo a modo de ejemplo, en un antecedente jurisprudencial se ha admitido la presentación de tres niños con patrocinio letrado, pero al momento de citar a audiencia a las otras partes del proceso –progenitores, defensor de menores y consejo de derechos- para decidir la permanencia de la medida excepcional o su cese no se ha citado a los niños.³³

Sin embargo, a pedido de los abogados de los niños, quienes eran patrocinados por Fundación Sur, se reviso esta decisión y en posteriores audiencias en las que estuvieron presentes las partes citadas, también se incluyo a los niños. Además, la participación activa de los niños en las audiencias fue esencial para disponer el cese de la medida excepcional, pues ellos reclamaron reanudar la convivencia con su madre.

ABOGADO DEL NIÑO: COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.

LEY 26.061:

Art. 27.- GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o

³¹ Solari ob citada

³² Kielmanovich Jorge, "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)", en LL 17 de noviembre de 2005, página 992

³³ A L sobre control de legalidad, en trámite ante el Juzgado Nacional Civil de Primera Instancia con competencia en Familia Número 8

administrativo que 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 a 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 el procedimiento;

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

PROYECTO:

Art. 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 los adolescentes entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tienen 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 (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Comentario: *Al respecto, el proyecto en una redacción poco clara parece condicionar el derecho de defensa técnica a la edad y grado de madurez suficiente del niño. Se establece que en caso de conflicto de intereses con los representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. Al respecto, corresponde mencionar que, como primer punto, se limita a reconocer la figura del abogado del niño sólo a casos de conflicto de intereses con los padres, lo que constituye una contradicción con la normativa internacional y nacional que consagran la figura del abogado del niño con extensión a todos los supuestos en que se encuentren en juego sus derechos. En otros supuestos lo limita a la edad y grado de madurez..*

Asimismo, el proyecto no innova en nada de la figura del tutor ad litem, ya contemplada en el artículo 397 del Código Civil. Resulta indispensable distinguir las figura del abogado del niño con la del tutor ad litem. Al respecto, el tutor ad-litem representa el interés superior del niño según la mirada adulta, y el abogado de confianza representa el interés particular de su patrocinado, según la mirada del propio niño.