

El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo “M., G. c/ P., C. A.”

Celeste Leonardi¹

“-¿Cómo es que los grandes no comprenden a los niños?

- Esto es algo muy sorprendente para los niños: primero porque creen que los grandes saben todo, hasta el día en que, preguntando sobre la muerte, se dan cuenta de que los grandes o bien tienen miedo de hablar de la muerte o, si dicen la verdad, no saben nada acerca del tema...”

Françoise Dolto, *Infancias*.

Resumen

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a ser representados por un abogado encuentra su fundamento en normativa nacional e internacional. A su vez, el Código Civil dispone que los niños menores de catorce años son incapaces absolutos de hecho y, por lo tanto, la designación de un abogado que los patrocine constituiría un acto sin validez. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “M., G. c/ P., C. A.”, realizando una interpretación restrictiva de las normas precitadas, rechazó la presentación de una niña como parte en un proceso judicial y con la representación de su abogado patrocinante. El objetivo del presente estudio fue analizar la figura del abogado del niño a la luz de los fundamentos expresados por la Corte en el caso mencionado. En primer lugar, se analizó el antecedente “G., M.S. c/ J.V., L.”, resuelto por el máximo tribunal el 26 de octubre de 2010. En segundo lugar, se abordó el reciente caso “M., G. c/ P., C. A.” tomando distintos ejes de análisis. Finalmente, se estudió la recepción del derecho de los niños a la asistencia letrada en el Proyecto de Código Civil y Comercial.

Palabras claves: derecho a ser escuchado, derecho a la asistencia letrada, participación activa en el proceso, autonomía progresiva, interpretación armonizante.

¹ Abogada graduada en la Universidad Nacional de La Plata, UNLP (2011) y maestranda en Derechos Humanos (Instituto de Derechos Humanos, UNLP). Actualmente se desempeña como abogada del Área de Justicia de la Asociación por los Derechos Civiles y es ayudante docente de la Cátedra II de Derecho Penal I de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Contacto: cleonardi@adc.org.ar

La autora agradece los valiosos comentarios y aportes de Sabrina Viola y Ernesto Domenech.



I. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño garantiza el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta. La Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Nº 26.061) consagra el derecho del niño a ser asistido por un letrado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. Por su parte, las normas sobre la capacidad civil disponen que los llamados “menores impúberes” tienen incapacidad absoluta de hecho (artículo 54, Código Civil), mientras que los “menores adultos” sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar (artículo 55, Código Civil).

El 26 de junio de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “M., G. c/ P., C. A.” rechazó la admisibilidad de la figura del abogado del niño, adoptando una interpretación que pretendió armonizar la normativa vigente. La Corte sostuvo que:

“...las disposiciones del Código Civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (...) como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante...” (CSJN, “M., G. c/ P., C. A.”, 2012).

El actual proyecto de reforma Código Civil y Comercial de la Nación modifica el régimen de capacidad de las personas y recepta expresamente el derecho de los niños a la asistencia letrada. En este contexto, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la figura del abogado del niño a la luz del fallo “M., G. c/ P., C. A.”. En primer lugar, se hará una breve referencia al antecedente “G., M.S. c/ J.V., L.”, para luego introducirnos en el estudio del fallo mencionado. Finalmente, se analizará el Proyecto de Código Civil y Comercial en lo relativo a la asistencia letrada de los niños.

II. El antecedente “G., M.S. c/ J.V., L. s/divorcio vincular”

El derecho de los niños a la asistencia letrada fue reconocido por la Corte Suprema en el caso “G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”, resuelto el 26 de octubre de 2010. En primera instancia, la actora, madre de dos niñas de diez y catorce años de edad, había iniciado un incidente por cesación del régimen de contacto que las niñas mantenían con su padre y solicitaba, como medida cautelar, la suspensión de los encuentros. El juez de grado hizo lugar a dicha suspensión; a su turno, la Cámara Civil y Comercial de 1º Nominación de Santiago del Estero revocó la sentencia, disponiendo que hasta tanto se resolviera el incidente interpuesto debería cumplirse con el régimen de vistas estipulado oportunamente por los padres. El Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la madre de las niñas y estableció un sistema de encuentros más acotado y asistido, con la presencia de la psicóloga del Juzgado actuante, hasta tanto se resolviese el incidente de supresión de visitas. Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario



federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló que el juez de la causa debía designar un letrado especializado en la materia. En efecto, la Corte sostuvo que:

“...a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine” (CSJN, G., M. S. c/ J. V., L. s/divorcio vincular, 2010).

Como sostiene Solari, (2010:2), la Corte Suprema, adoptando un buen criterio, no distinguió “entre menores adultos y menores impúberes para tener un abogado en el proceso judicial, como contrariamente lo vienen haciendo los tribunales. En efecto, se ordena la medida para que la asistencia letrada sea asumida para ambas niñas”. Es necesario destacar que la designación del abogado responde a una solicitud realizada por el Defensor Oficial ante la Corte Suprema, y no a una presentación espontánea de las niñas. Esta cuestión, a la que nos referiremos más adelante, será uno de los fundamentos para desvirtuar la admisibilidad de la figura del abogado del niño en el caso “M., G. c/ P., C. A.” al cual nos abocamos en lo sucesivo.

III. El caso “M., G. c/ P., C. A.”

Breve exposición de los hechos

En el marco del juicio de tenencia entablado por los padres de la niña M.S.M., se presenta la mencionada ante el juzgado interviniente a los fines de ser tenida como parte por derecho propio y con el patrocinio de un abogado de su confianza. La solicitud, formulada por la niña de once años de edad, fue rechazada por el juzgado de primera instancia basándose en la interpretación integradora del ordenamiento jurídico. La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el rechazo de la solicitud, adhiriendo a los argumentos expresados por la entonces Defensora de Menores de Cámara. En ese sentido, surge del Dictamen de la Procuración que:

“Dicha magistrada [se refiere a la Defensora de Menores]... entendió que, por debajo de los catorce años, corresponde -de ser pertinente- la designación de *tutor ad litem*. No puede soslayarse, dijo, que de acuerdo con las normas de fondo vigentes (...), el menor sigue careciendo de capacidad para obrar y por ello se encuentra sujeto a una representación compleja (necesaria y promiscua) como forma -no prescindible- de proteger sus intereses. Arguyó que la ley 26.061 debe interpretarse en el conjunto del ordenamiento, que cuenta con un régimen de capacidad o representación legal no derogado...” (Procuración General de la Nación, “M., G. c/ P., C. A.”, 2009).

Disconforme, la niña dedujo el recurso extraordinario, el cual fue denegado. Debidamente notificada de la desestimación, no interpuso el recurso de queja. En cambio, fue la Defensora ante la Cámara Civil quien formuló la presentación del recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud de la renuncia al patrocinio que presentó la letrada de la niña. La Corte, adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal, confirmó la sentencia apelada, rechazando la presentación de la niña como parte en el proceso y con la representación de su abogado patrocinante.



La sentencia

A continuación estudiaremos los fundamentos del fallo tomando los siguientes ejes de análisis: el derecho del niño a ser escuchado y a ser asistido por un abogado; la autonomía progresiva y la interpretación armónica de las normas; la participación activa en el proceso; las figuras del asesor de Menores, el *tutor ad-litem* y el abogado del niño; y las cuestiones relativas a la designación del letrado patrocinante.

El derecho del niño a ser escuchado y ser asistido por un abogado

En la causa bajo análisis se debate el derecho del niño a la asistencia letrada. Sin embargo, es necesario referirnos al derecho a la defensa tanto en su aspecto material y como técnico. Así, el derecho a la defensa material se concreta con el derecho a ser escuchado, el cual ha sido garantizado por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) en su artículo 12, inciso 1, según el cual:

“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”.

Por su parte, la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente (en adelante, ley 26.061) establece el derecho del niño a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte [artículo 27 incisos a) y b), ley 26.061]. Además, el derecho a ser oído, se encuentra amparado por distintas normas internacionales con jerarquía constitucional². Es preciso destacar que los niños gozan de una protección adicional de sus derechos en relación a las que corresponden a todas las personas adultas. En suma, el derecho del niño a ser oído se encuentra amparado por la normativa nacional e internacional; y es un deber de los Estados protegerlo, respetarlo y garantizarlo.

En relación al derecho a la defensa técnica, el artículo 12 inciso 2 de la CDN establece distintas formas de intervención del niño en los procesos, incluida la actuación a través de su representante. En efecto, dispone que:

“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

A su vez, el Comité de los Derechos del Niño, sostuvo que:

“Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: ‘directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado’ (...). El

² En ese sentido, el derecho a ser oído ha sido establecido por: la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (artículo 10), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, inciso 1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, inciso 1).



representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social)". (Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 12, Párrafos 35-36).

Entonces, la representación del niño por un abogado encuentra su sustento en el artículo 12 inciso 2 de la CDN. En el ámbito interno, la figura del abogado del niño ha sido consagrada por la ley 26.061, la cual ha venido a ampliar las garantías procesales contenidas en la CDN. En su artículo 27, inciso c) establece el derecho del niño "a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya (...)". Como vemos, este artículo no condiciona la procedencia de la figura a límites etarios. Sin embargo, en el caso bajo estudio, para la Corte fue determinante la edad de la niña a los fines de confirmar el rechazo de la presentación de su abogado.

La autonomía progresiva³ y la interpretación armónica de las normas

Como se ha mencionado, el Código Civil realiza una distinción entre "menores impúberes" (personas menores de catorce años) y "menores adultos" (personas comprendidas entre los catorce y los dieciocho años). Los primeros tienen incapacidad absoluta de hecho (artículo 54, Código Civil) y sus actos se reputan efectuados sin discernimiento si son actos lícitos (artículo 921, Código Civil). Los "menores adultos" solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar (artículo 55, Código Civil).

Estas normas han sido cuestionadas con la ratificación por parte de la Argentina de la CDN, la cual consagra el principio de la autonomía progresiva de los niños. Así, su artículo 5 establece que el ejercicio de los derechos de los niños es progresivo en relación a la evolución de sus facultades y, corresponde a los padres y a las personas encargadas legalmente del niño impartirle "dirección y orientación apropiadas" para que el niño ejerza los derechos reconocidos en el artículo 5 de la CDN. En ese sentido, se sostuvo que "La CDN... se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana" (Cillero Bruñol, 1997: 3).

En relación a la capacidad del niño para designar a un abogado, se han elaborado distintas posturas jurisprudenciales y doctrinarias. En efecto, la postura restrictiva tiene su basamento en el sistema cronológico e indica que el niño menor de 14 años, conforme a los artículos 54 y 921 del Código Civil previamente mencionados, carece de capacidad de hecho para realizar por sí mismos actos jurídicos, y por lo tanto, rechaza su participación como parte en el proceso y con la asistencia de un abogado⁴.

La tesis intermedia intenta armonizar los principios de autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica establecida en el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061. Propugna que

3 Para un estudio detallado del régimen de capacidad civil y la autonomía progresiva en la reforma del Código Civil y Comercial, ver, en este volumen, el artículo "Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente" de Sabrina Viola.

4 Cámara Nacional de Apelaciones, Sala K. Caso "R.M.C. s /protección especial", Sentencia de septiembre de 2006.



el niño, en función de su capacidad progresiva podrá designar abogados que representen en el proceso su interés particular. Asimismo, en caso que los niños no tengan madurez suficiente, tienen derecho al patrocinio letrado a través de la figura del *tutor ad litem*, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño (Famá, 2009: 20).

Finalmente, una postura amplia sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal. Por lo tanto, la representación del niño por un abogado siempre será procedente independientemente de la edad y madurez progresiva del niño. En ese sentido, se ha sostenido que “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” (Rodríguez, 2011:29).

Veamos la postura que adoptó la Corte en el caso bajo análisis. Allí sostuvo que:

“Las prescripciones de la ley 26.061 deber ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En ese sentido, las disposiciones del Código Civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, *los menores impúberes son incapaces absolutos*, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (...) como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte” (CSJN, M., G. c/ P., C. A., 2012, énfasis agregado).

De lo mencionado se desprende que el máximo tribunal rechaza la designación del abogado de la niña, enrolándose en la tesis restrictiva y desconociendo el principio de autonomía progresiva consagrado por una norma con jerarquía constitucional. Asimismo, la Corte modifica su jurisprudencia en relación a lo resuelto en el precedente ya mencionado, “G., M.S. c/ J.V.L. s/divorcio vincular”. Por otra parte, el máximo tribunal, fundamenta su decisión en la interpretación armónica de las normas. En efecto, dijo que:

“...una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (...). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (...). En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y *no conculcan los estándares internacionales en la materia*” (CSJN, M., G. c/ P., C. A., 2012. Voto de Lorenzetti y Maqueda; énfasis agregado).

De modo similar, Sagües (2003: 64) señala que “la interpretación sistemática u orgánico-armonizante es aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma así como su enlace con todas las del ordenamiento jurídico (en particular con las que disciplinan las mismas materia), y de modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional”.

En el caso bajo análisis, la Corte Suprema invoca dicha interpretación a los fines de



mantener la vigencia de las normas del Código Civil en materia de capacidad. Sin embargo, hace absolutamente inaplicable el artículo 5 de la CDN y el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061, ya que adopta el sistema cronológico, que si bien no fue derogado de nuestro Código Civil, su vigencia ha sido ampliamente cuestionada a partir de la ratificación de la CDN. Tal es así que el Proyecto de Reforma de Código Civil (al que nos referiremos más adelante) modifica el régimen de capacidad actual atendiendo al principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos. De ello se desprende que, la consideración del niño como un “incapaz absoluto” conforme a la normativa del Código Civil y a la jurisprudencia actual de la Corte vulnera los estándares internacionales en la materia. Es sabido que la CDN ha consagrado el paradigma de la protección integral de los niños, que tiene su basamento en la consideración del niño como sujeto de derechos, de modo contrario a la concepción del niño como objeto de tutela e incapaz. En ese sentido, Minyersky y Herrera señalan que:

“Tanto la CDN como la ley 26.061 receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio (...) que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas (...) Para el ejercicio de tales derechos (o ante la violación de ellos) no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada” (Minyersky y Herrera, 2008: 54).

En síntesis, el derecho a la asistencia letrada deberá garantizarse cada vez que el niño lo solicite atendiendo al principio de la autonomía progresiva, y por lo tanto, no susceptible de restricciones arbitrarias en función de la edad cronológica del niño. Por otra parte, la intervención del abogado podría no ser procedente en los casos en que el niño no cuente con la edad y madurez suficiente, debiendo intervenir en estos supuestos el *tutor ad litem*, figura a la que nos referiremos más adelante.

La participación activa en el proceso

La ley 26.061 consagra el derecho del niño a intervenir activamente en todo procedimiento que lo afecte [artículo 27 inciso d), ley 26.061]. Si bien este derecho se encuentra indefectiblemente relacionado con el derecho a ser oído, el primero no se agota con este último. Entonces, ¿qué significa “intervenir activamente en el proceso”? Se ha sostenido que el niño “deberá revestir la calidad de parte y, como tal, con derecho a plantear en el escrito constitutivo del proceso una fórmula diferente a la de sus progenitores, ofrecer pruebas y llevar a cabo todos los demás actos que se estimen pertinentes” (Mizhahi, 2008: 80). Por su parte, Pérez Manrique afirma que:

“Debe reconocerse el derecho a la acción, es decir a deducir la pretensión en defensa de sus derechos en carácter de actor (...) La edad y el grado de madurez del niño, niña o adolescente serán elementos decisivos para determinar de qué manera se ejerce este derecho: por sí, con la debida asistencia letrada o por representante” (Pérez Manrique, 2006: 271).

Estimamos que la participación activa en el proceso implicará una serie de actos que abarcan tanto el derecho a ser oído, como a su expresión más amplia, que es la intervención del niño como parte procesal. Sin embargo, a diferencia del derecho a ser oído, que debe efectivizarse siempre que el niño lo solicite, independientemente de su grado de madurez, el derecho a intervenir como parte requiere la valoración del desarrollo del niño.



En ese sentido, la capacidad procesal, en tanto aptitud necesaria para realizar por sí mismo actos procesales válidos, resulta un reflejo de la capacidad de hecho reconocida en el derecho privado (Palacio, 2005) y por ello serán de aplicación las normas del Código Civil en la materia. Sin embargo, tal como hemos sostenido, las mismas han sido cuestionadas con la recepción del principio de autonomía progresiva, el cual será de aplicación a los fines de determinar la intervención del niño como parte. En ese sentido, se sostuvo que: “la participación activa en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, que serán evaluados con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño (Famá, 2009:14).

De modo similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó la importancia de la participación del niño en los procesos atendiendo a sus condiciones específicas. Así, dijo que:

“...debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior... En definitiva el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva Nº 17, Párrafos 101-102).

A su vez, el mencionado órgano internacional, en el reciente caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”, sostuvo que es necesario atender a las condiciones especiales de los niños a fin de adoptar medidas que garanticen sus derechos y garantías. Así, dijo que:

“...si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Furlán y Familiares vs. Argentina, 2012, párrafo 242).

Contrariamente a lo mencionado, en el caso “M., G. c/ P., C. A.”, la Corte, haciendo extensivos los fundamentos utilizados para denegar el patrocinio letrado, rechaza la actuación del niño por derecho propio en el proceso. Así, es necesario reiterar lo dicho por el máximo tribunal: “...de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (...) como sería... la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte” (CSJN, “M., G. c/ P., C. A.”, 2012).

De ello surge que la Corte omite, una vez más, la aplicación del principio de la autonomía progresiva para determinar la calidad del niño como parte en el proceso, desconociendo la normativa constitucional y la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asesor de Menores, tutor ad-litem y el abogado del niño

La incorporación a nuestro ordenamiento de la figura del abogado del niño por la ley 26.061 ha generado diversos interrogantes doctrinarios en relación a su distinción con



otras figuras legales, tales como el asesor de menores y el *tutor ad litem*. Previamente debemos destacar que tanto el asesor de menores como el *tutor ad litem* nacieron bajo el paradigma del niño en situación irregular, mientras que el abogado del niño fue receptado con el paradigma de la protección integral de las niñas, niños y adolescentes.

El asesor de menores interviene como parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que las personas menores de edad demanden o sean demandadas, o en que se trate de las personas o bienes de ellos (artículo 59, Código Civil). La representación del asesor de menores es complementaria a la representación legal del niño, ya sea ejercida por sus padres o tutores. La doctrina ha sostenido que la actuación del Ministerio de Menores que encuentra su basamento en la estimación del niño como objeto de protección parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de su vida civil (Minyersky y Herrera, 2008).

El Decreto 415/06, reglamentario de la ley 26.061, marcó la distinción entre ambas representaciones. En efecto, el artículo 27 dice que:

“El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

En este contexto, la intervención del asesor de menores vela por los intereses del Estado en su función tutelar (Beloff citada en Rodríguez 2011:10) mientras que el abogado del niño protege a los intereses personales e individuales del niño.

En relación al *tutor ad litem*, el artículo 61 del Código Civil dispone que “cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare”. El artículo 397, inciso 1 del mismo cuerpo legal, dice que “los jueces darán a los menores tutores especiales cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren”.

Pérez Manrique ha señalado que mientras el abogado del niño actúa en carácter de patrocinante de éste, el *tutor ad litem* (o *curador ad litem*, como lo denomina el autor según la legislación uruguaya) “supone la incapacidad de poder discernir por sí, pues esa es la esencia de la curatela como instituto de protección... El curador, por su propia definición, defenderá el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión” (Pérez Manrique, 2006:254).

Por otra parte, la figura del abogado del niño parte de la idea de su capacidad progresiva, en tanto sujeto activo de derechos, y por ello su participación en el proceso no reemplaza al niño en su palabra sino que responde a los intereses personales y autónomos. Si bien las figuras mencionadas se encuentran delimitadas en cuanto a las funciones



a cumplir en el marco de los procesos, es posible sostener que en el caso “M., G. c/ P., C. A.”, asistimos a una confusión del rol que cumple cada una de ellas. Así, el máximo tribunal dijo que:

“La circunstancia de que no resulte menester, en el sub examine, que la menor intervenga en las actuaciones en carácter de parte dadas las particularidades que presenta el caso, no resulta óbice para que pueda ejercer su derecho a ser asistida por un letrado que represente sus intereses en los términos de los arts. 12, inc. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño; 27, inc. c), de la ley 26.061 y 27 de la reglamentación aprobada por el decreto 415/2006”. (CSJN, “M., G. c/ P., C. A.”, 2012. Voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda).

En principio, debemos recordar que el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061 se refiere a la asistencia letrada y el artículo 27 del decreto 415/2006 sostiene que dicha asistencia incluye la designación del abogado del niño. Por su parte, la doctrina es pacífica en sostener que el artículo 27 inciso c) se refiere al derecho del niño a designar a un abogado. Es decir que la asistencia letrada se traduce en la intervención del niño en el proceso con un abogado patrocinante.

Por ello, dado que en el caso se rechazó la presentación del abogado de la niña, no se vislumbra de qué modo ejerció su derecho a ser asistida por un abogado que represente sus intereses personales e individuales. En consecuencia, es posible presumir que la Corte se ha referido a la asistencia letrada equiparándola a la intervención de la Defensora de Menores cuyo rol en el marco del proceso es diverso al que se propone con el patrocinio del abogado.

Del mismo modo, en la instancia anterior, la Defensora ante la Cámara de Apelaciones, confunde las funciones del abogado del niño, del defensor de menores y, más aun, del *tutor ad litem*. Así, dijo que:

“...por debajo de los catorce años, corresponde -de ser pertinente- la designación de *tutor ad litem*. No puede soslayarse, que de acuerdo con las normas de fondo vigente (...) el menor sigue careciendo de capacidad para obrar y por ello se encuentra sujeto ‘a una representación compleja (necesaria y promiscua) como forma -no prescindible- de proteger sus intereses” (Procuración General, “M., G. c/ P., C. A.” 2009)

En consecuencia, en nuestro ordenamiento encontramos distintas figuras legales que si bien se encuentran delimitadas, su escisión en el caso concreto resulta dificultosa, lo cual ha derivado en la restricción de las garantías constitucionales y legales de la niña M.S.M.

¿Quién elige al abogado del niño?

El antecedente “G.M.S. c/ J.V.L. s/divorcio vincular”

Ni la ley 26.061 ni su decreto reglamentario establecen quién puede designar al abogado del niño. Sin embargo, es posible sostener que el niño como sujeto de derecho y en atención al principio de autonomía progresiva debe tener la facultad para realizarlo. Es necesario precisar, tal como lo sostiene Mizrahi, que “el tribunal tiene que tomar recaudos especiales para que el abogado que patrocine al niño no pertenezca a la



órbita de influencia de alguno de sus padres, y de este modo asegurar un desempeño independiente de aquel” (Mizrahi, 2011: 1194).

Coincidimos con Famá, quien sostiene que la independencia respecto de los intereses de los padres del niño “sólo es posible si los abogados son escogidos -aun cuando lo sean por propio el niño- de un listado de profesionales designados por el Estado a tales efectos” (Famá, 2009) En ese sentido, el decreto 415/2006 convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que aseguren el acceso al derecho a la asistencia letrada. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades (artículo 27, decreto 415/2006).

En consecuencia, en el ámbito local se han creado distintos cuerpos de abogados a los fines de patrocinar a los niños. A modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes: en la ciudad de Buenos Aires, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal cuenta con un servicio jurídico gratuito denominado “Registro de Abogados Amigos de los Niños”. En Santa Cruz, la ley 3.062 crea el Registro Provincial de Abogados Patrocinantes de Niñas, Niños y Adolescentes en jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia. La Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires aprobó, a fines de 2012, un proyecto de ley que regula la figura del abogado del niño y crea un Registro Provincial de Abogados del Niño en la órbita de la Suprema Corte⁵.

Por otra parte, se sostuvo que la designación del abogado debe efectivizarse a pedido de parte o aun 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 que “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.” (Solari, 2010:2).

En el fallo bajo estudio, la Corte pone de manifiesto las diferencias existentes entre el caso “G., M. S. c/ J. V., L. s/divorcio vincular” (en cual resolvió hacer lugar a la procedencia de la figura) y el caso “M., G. c/ P., C. A”, donde rechazó la designación del abogado. En efecto, el máximo tribunal dijo que:

“... habida cuenta de que las circunstancias fácticas y jurídicas de ambos casos difieren sustancialmente, cabe indicar que la decisión a la que se arriba en la presente causa en modo alguno se opone a lo resuelto en el precedente... “G., M. S. c/ J. V., L”... Ello es así pues, en este ultimo no fueron las niñas involucradas las que se presentaron con letrado patrocinante elegido por ellas sino que fue el Tribunal quien, al hacer lugar a una medida sugerida por el señor Defensor Oficial, solicitó al juez de la causa que procediese a designarles un abogado especializado en la materia para que las patrocine” (CSJN, “M., G. c/ P., C. A”, 2012).

De este modo, la Corte jerarquiza la palabra del juez por sobre la palabra de la niña, es decir que la figura del abogado del niño será procedente si así lo dispone el juzgador, pero

5 Proyecto de ley (D-1720/11-12-0). En: http://www.hcdiputados-ba.gov.ar/includes/proyecto_completo.php?anios_exp=11-12&origen_exp=D&numero_exp=1720&alcance=0



no si deviene de una presentación espontánea del niño. Es necesario reiterar que en el caso “G., M. S. c/ J. V., L. s/divorcio vincular”, una de las niñas contaba con diez años, y por lo tanto, según la terminología del Código Civil receptada por la Corte, “menor impúber”, tal como la niña M.S.M., de once años de edad, quien solicita la intervención del abogado en el caso. Sin embargo, en el primero de ellos fue irrelevante la edad de la niña y, en el aquí decidido fue el principal argumento para desvirtuar la presentación del abogado. Asimismo, la Corte, una vez más, omite referirse a la autonomía progresiva. En consecuencia, el sistema de elección interpretado por la Corte sería el siguiente: siempre que el abogado sea designado por el juez, independientemente de los intereses personales y la autonomía progresiva del niño, será admisible en el proceso.

Más aun, recientemente, en el caso “P.,G.M. y P.,C.L. s/protección”, la Corte Suprema rechazó la presentación de dos niños de ocho y nueve años con patrocinio letrado, en virtud de su “incapacidad absoluta de hecho”. Sin embargo, la Corte entendió que los niños no habían sido oídos en el proceso y atendiendo al interés superior del niño, solicita “al juez que les designe un abogado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos” (CSJN, “P., G.M. y P.,C.L s/protección”, 2012). De este modo, la Corte no diferencia el derecho a ser oído, el cual debe hacerse efectivo en todo procedimiento judicial o administrativo, con el derecho a la asistencia letrada, el cual deberá atender al principio de la autonomía progresiva.

Por otra parte, se evidencia que la elección de los niños no ha sido considerada válida, en tanto sus actos se reputan actos nulos, de nulidad absoluta (artículo 1041 y 1047, Código Civil), pero admite el patrocinio letrado, toda vez que la elección corresponde al juzgador.

En otro extremo, supongamos que el juez, haciendo una interpretación errónea de la figura en cuestión, designa a un abogado para que represente al niño, el cual aún no goza de la madurez suficiente para constituirse como parte en el proceso. A partir de allí surgen los siguientes interrogantes: ¿a quien responde el abogado? ¿Qué intereses protege? ¿Cómo se constituye en parte procesal el niño? Considero que ello llevaría a una confusión de las figuras, siendo procedente en este caso la representación del *tutor ad litem*, ya que, como sostuvimos, el abogado no reemplaza al niño sino que lo patrocina.

III. El abogado del niño en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

El Proyecto de Reforma en su artículo 26 establece que:

“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 (...)”.

En primer lugar, es preciso señalar que el proyecto consagra como regla general que



las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, y como excepción el ejercicio por sí de aquellos niños que cuentan con edad y grado suficiente. Si bien constituye un avance la recepción del principio de autonomía progresiva, se encuentra establecido a modo de excepción. De este modo, la designación del abogado, en tanto acto estipulado por la ley 26.061 y con sustento en la normativa internacional, puede realizarla el niño por sí mismo, siempre que cuente con la edad y grado de madurez suficiente.

Sin embargo, la norma restringe el derecho a la asistencia técnica a los casos en que exista conflicto de intereses. Si bien en la práctica estos serán los casos más frecuentes, no parecería respetuoso de los derechos de los niños establecer límites que no encuentran sustento constitucional. En ese sentido, el derecho a la defensa se encuentra amparado por normativa constitucional y legal, y deberá respetarse atendiendo a la autonomía progresiva del niño. Asimismo, García Méndez, al comentar la redacción del Proyecto, sostuvo que el artículo 26 “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” (García Méndez, 2012)

Por otra parte, es preciso señalar que tanto la ley 26.061 como varias leyes provinciales no hacen distinción alguna al respecto. Por ejemplo:

- En el ámbito nacional, el artículo 26 inciso c) de la ley 26.061 previamente citado dispone que los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes el derecho “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya...”.
- En la Provincia de Santa Cruz, el artículo 26 inciso c) de la ley 3.062/09 garantiza el derecho del niño “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.”
- En Corrientes, el artículo 41 de la constitución provincial establece el derecho de los niños a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya.
- En la Provincia de Santa Fe, el artículo 25 inciso e) de la ley 12.967 consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a: “ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, en forma privada y confidencial desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.”

De este modo, ante los casos en que no exista conflicto de intereses y el niño haya decidido intervenir con patrocinio letrado a los fines de hacer valer su interés personal y autónomo, entendemos que se generaría un conflicto normativo entre la legislación mencionada y el futuro Código Civil.



Finalmente, debemos señalar que constituye un avance la recepción del derecho del niño a ser oído en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona, ajustándose de este modo a los estándares internacionales en la materia.

IV. Consideraciones finales

La Convención sobre los Derechos del Niño consagró un nuevo paradigma: los niños son sujetos de derechos. La normativa interna ha venido a reafirmar los derechos y garantías allí establecidas. En ese marco, se reconoció el derecho de los niños a contar con un abogado que lo asista. Hasta aquí la letra de las normas.

En la práctica de nuestros tribunales, el paradigma del niño como objeto de tutela se encuentra aún vigente. Así, en el caso “M., G. c/ P., C. A.” el silencio sobre el principio constitucional de la autonomía progresiva y el condicionamiento de la defensa en juicio a la capacidad civil nos habla de la distancia existente entre la ley y las prácticas institucionales. Si bien los procesos de implementación de las leyes son lentos, no debemos olvidar que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Argentina en 1990 y la ley 26.061 sancionada en 2005.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil contiene importantes principios en materia de derechos de la niñez. En ese sentido, ya no se podrá sostener que los niños no gozan de capacidad civil para designar a un abogado, dado que del Proyecto recepta –aunque sea de modo excepcional- el principio de autonomía progresiva. Sin embargo, establece una restricción que no había sido establecida al momento de regular la ley 26.061 y distintas leyes provinciales. Así, el derecho a la asistencia técnica se encuentra limitado a casos de conflictos de intereses entre el niño y sus representantes legales. En virtud de ello, además del problema de implementación de la figura del abogado del niño, ahora se adiciona un posible conflicto normativo.

La plena vigencia del paradigma del niño como sujeto de derecho requerirá leyes y prácticas acordes con sus postulados. Si bien mucho se ha logrado en los últimos veinte años, todo indica que aún resta un largo camino por recorrer.

Referencias bibliográficas

- CILLERO BRUÑOL, M. (1997): *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*. Disponible en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf
- FAMÁ, V. (2009): “Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia (Nota a fallo)”. *Jurisprudencia Argentina*, ISSN 0326-1190.
- GARCÍA MENDEZ E. (2012): “Análisis del Proyecto de Reforma de Código Civil” Ponencia presentada en la Ciudad de Buenos Aires en el marco del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en http://ccyn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/001_Emilio_Garcia_Mendez_Libro_1_Capacidad.pdf
- MINYERSKY N. y HERRERA M. (2008): “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”,



en: Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Análisis de la ley 26.061*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

MIZRAHI, M. (2008): “Intervención del niño en el proceso y su derecho a contar con un abogado que lo asista”, en: Emilio García Méndez (comp.) *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Análisis de la ley 26.061*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

MIZRAHI, M. (2011): “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”. En: *La Ley*: 2011-E, 1194.

PALACIO, L. (2005): *Tratado de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

PEREZ MANRIQUE, R. (2006): “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”. *Justicia y Derechos del Niño. Número 8*. UNICEF. Disponible en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>

RODRIGUEZ, L. (2011): “Admisibilidad, rol y facultades del abogado de niñas, niños y adolescentes”. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, Volumen 2011-10.

SOLARI, N. (2010): “Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño”. *La Ley* 01/12/2010

SAGÜÉS, N. (2003): “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”. *Jurisprudencia Argentina* 2003 –IV, fascículo Nº 9, Buenos Aires.

MORENO, G. (2007): “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, en Grosman, C. (dir.): *Derecho de Familia* Buenos Aires: Abeledo –Perrot.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Furlán y familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso “G., M.S. c/ J.V.L s/divorcio vincular.”, sentencia del 26 de octubre de 2010.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso “M., G. c/ P., C. A.”, sentencia del 26 de junio de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso “P., G.M. y P., C.L. s/protección de persona”, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

Cámara Nacional de Apelaciones, Sala K. Caso “R.M.C. s /protección especial”, Sentencia de septiembre de 2006, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – Análisis de la Ley 26.061*. Emilio García Méndez Compilador. 2º Edición, Buenos Aires. Editores del Puerto: 2008

Tratados internacionales, leyes y decretos

Convención sobre los Derechos del Niño.

Código Civil.

Constitución de la Provincia de Corrientes.

Ley nacional 26.061/2006.

Ley 3062/2009 de la Provincia de Santa Cruz.

Ley 12.967 de la Provincia de Santa Fe.

Decreto 415/2006.

Observaciones generales y opiniones consultivas.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 12.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva Nº 17.

Dictámenes

Procuración General de la Nación, “G., M.S. c/ J.V.L s/divorcio vincular”, 2010. Disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2010/beiro/8-agosto/1/g_m_s_g_1961_l_xlii.pdf

Procuración General de la Nación, “M., G. c/ P., C. A.”, 2009. Disponible en: http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/beiro/18/m_394_l_xliv_m.pdf

Procuración General de la Nación, “P., G.M. y P., C.L.”. Disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2011/MBeiro/octubre/P_G_P_195_L_XLVII.pdf

