

La figura del abogado del niño y el carácter de parte de niños y adolescentes

Abog. María Victoria Pellegrini*

1. Introducción:

Analizar la aparición de la figura del abogado del niño en el elenco de personajes que intervienen en los procesos judiciales impone la revisión de varias cuestiones, obligando al intérprete a agudizar la armonización de los derechos en juego y las instituciones jurídicas implicadas.

Creo entonces necesario analizar en qué medida el derecho a ser oído se relaciona con el abogado del niño; cómo incide en el patrocinio letrado propio de niños y adolescentes el régimen de capacidad civil y representación procesal diseñado para ellos por el Código Civil; cuál es el carácter de la intervención del niño y su abogado. Y, por supuesto, cómo el concepto del interés superior del niño atraviesa todas estas cuestiones.

Sin embargo, considero que el mayor desafío podría plantearse a través de los siguientes interrogantes: ¿cómo debe actuar el abogado del niño respecto a las instrucciones que recibe de su cliente-niño? ¿Deberá seguirlas aún cuando en forma personal considere que las mismas atentan contra aquello que interpreta que configura el interés superior del niño? ¿Se le deberían imponer pautas de ética profesional, estándares de actuación? ¿Cuáles?

2. Derecho del niño a designar un abogado

La ley 26.061, a través del art. 27, explícitamente reconoce el derecho de los niños y adolescentes a contar con su propio patrocinio letrado, consagrando así la figura del “abogado del niño”¹.

* Abogada especialista en Derecho de Familia, Profesora Adjunta Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca) mvpelle@uns.edu.ar. Disertación expuesta en el I Encuentro Nacional de Jóvenes Abogados, realizado en la Facultad de Derecho, UBA, junio de 2008.

¹ **Ley 26.061. Art. 27. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos.** Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o 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;

Sin detenerme en las deficiencias eficazmente señaladas respecto a la calidad legislativa de la ley 26.061² o la cuestión de la supuesta intromisión federal sobre competencias provinciales³; las leyes dictadas en Provincia de Bs.As. (13.298 y 13.634), sólo en forma expresa aseguran el derecho a patrocinio letrado en el ámbito penal, organizando inclusive la defensa pública en el fuero de responsabilidad penal juvenil.

Sin embargo, entre los principios generales de la ley 13.634⁴, reconoce el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos y “a *peticionar*”, obligando al juez a garantizar el ejercicio de este derecho. Peticionar implica entonces una acción diferente a aquella de expresar su opinión; y para ello se requiere el asesoramiento técnico que provee un abogado.

Más allá de su recepción legislativa específica, el derecho de los niños a su propio patrocinio letrado tiene sus raíces en el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta (por mandato legal expreso tanto en la ley 26.061⁵ como en la ley 13.634, art. 3), resultando necesario diferenciar las formas de ejercicio de tal derecho: como defensa material, o autodefensa, en cuanto a intervención personal y directa en la expresión de sus opiniones; y como defensa técnica, en tanto a ser patrocinado y recibir asesoramiento letrado.⁶

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

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

² BELOFF Mary, “Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho. Sobre la “ley de protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes”, 26.061” RDF nro. 33-1, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As. Abril de 2006.

³ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “La Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes y la competencia del Estado federal, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, RDF nro. 35-23, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As. diciembre de 2006

⁴ **Ley 13.634 Art. 3:** “Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho.”

⁵ **Ley 26.061 Art. 3°.** INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

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

Art. 24: Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende en todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

⁶ BURGUÉS, Marisol B. - LERNER, Gabriel “Alcances, límites y delimitaciones de la reglamentación de la ley 26061. Desafíos pendientes...” JA 2006-III-1270 - SJA 20/9/2006

Así, el ejercicio del derecho a la defensa material implica una relación directa del niño frente a quien deba tomar una decisión (sea juzgador o ente administrador), entendiéndose que se trata de un derecho personalísimo cuyo ejercicio corresponde en forma directa a su titular⁷, sin perjuicio de la colaboración de operadores técnicos en la escucha.

Pero la defensa técnica genera otra relación: el niño recibe asesoramiento de su abogado y éste presenta, patrocina y defiende los intereses de su cliente frente a quien deba tomar una decisión. Aparece un intermediario cuya función no es la de representar a nadie ni sustituir ninguna voluntad, sino la de brindar herramientas técnicas para procurar la satisfacción de los intereses de su cliente.

Entonces, ¿cómo conciliar la relación abogado-cliente niño con el sistema de capacidad y actuación judicial diseñado en el Código Civil para las personas menores de edad?

2. La capacidad y la autonomía progresiva. El discernimiento.

Resulta necesario dejar aclarado que la ley 26.061 no ha modificado ni el sistema de capacidad ni el de la representación procesal impuesto por el Código Civil.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño impone como límite a la autoridad paterna el respeto a la evolución de las facultades del niño, reconociendo la autonomía progresiva del niño como parámetro para el ejercicio por sí mismo de sus derechos.

La ley 26.061 expresamente incorpora tal autonomía progresiva en el concepto del interés superior del niño.

El Código Civil impuso un modelo en el cual dispone en forma genérica la incapacidad de las personas menores de edad para ejercer sus derechos, otorgando su representación a sus padres o tutores. Sin embargo, reconoce también la idea de la autonomía progresiva ya que a medida que los niños van

⁷ Voto del Dr. E. Pettigiani: "3. El derecho a ser oído reviste carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se supla su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor, el Asesor de Menores." SCBA, 20-9-06, C. 99.204, "O. , N. L. Protección contra la violencia familiar (ley 12.569)" www.abeledoperrot.com.ar

adquiriendo determinadas edades, el elenco de derechos a ejercer se amplía. Sólo que establece un criterio rígido, fijando edades específicas en las cuales las personas menores de edad se encuentran capacitadas para ejercer determinados derechos (contraer matrimonio, reconocer hijos, trabajar, disponer del producido de su trabajo, testar, etc).

Así, si bien la plena capacidad se adquiere a los 21 años, distingue entre dos grandes grupos: aquellos menores de 14 años y los mayores de tal edad (art. 127 CC), determinando que a partir de los 14 años cesa la incapacidad absoluta (art. 54 CC).

Paralelamente, establece que desde los 14 años los actos lícitos son realizados con discernimiento, aunque les reconoce tal carácter a aquellos ilícitos cometidos desde los 10 años (art. 921 CC)⁸.

A su vez, otorga la representación para el ejercicio de los derechos a sus padres o tutores (art. 57), sin distinguir aquí entre menores o mayores de 14 años –sin perjuicio que a medida de adquirir las edades especificadas para determinados actos cesa también la representación de los padres en el ejercicio-, y establece también en cabeza de los padres la representación procesal para estar en juicio (art. 274 CC). Para actuar procesalmente en forma directa, exige autorización de ambos padres (art. 264 quater CC), pudiendo ser suplida por autorización judicial. Por último, los menores mayores de 14 años están habilitados para estar en juicio sin tal autorización cuando son demandados criminalmente o para reconocer hijos -o testar, pero conforme el art. 3614 sólo a partir de los 18 años- (art. 286 CC) o podrán contar con un tutor especial para demandar a un tercero sin autorización de sus padres (art. 282 CC).

Resumiendo entonces, la edad “bisagra” fijada por el Código es la de 14 años: a un mayor de tal edad le es reconocida la madurez suficiente para manifestar su voluntad y así dar instrucciones a su abogado. A su vez, podrá estar en juicio sin requerir autorización paterna si el juez interpreta que ello hace a su superior interés, tanto por aplicación del art. 264 quater del código civil, por los fundamentos y límites del ejercicio de la responsabilidad parental, como por aplicación directa del concepto del interés superior del niño (art. 3 CDN).

⁸ Conforme a la nota de tal artículo Vélez Sarsfield explica haber seguido los lineamientos del derecho romano clásico, sin dar mayores fundamentos a las razones de su elección de las edades legisladas.

Máxime cuando deba ejercer derechos personalísimos, que no admiten ejercicio por interpósita persona.⁹

Entonces, realizando una interpretación armónica –y teniendo como norte y guía el concepto del interés superior del niño-, respecto a las personas menores de edad pero mayores de 14 años la normativa admite la figura del abogado del niño a los fines de ejercer funciones de defensa técnica de la voluntad del niño –pues otros inconvenientes presenta la capacidad para contratar una locación de servicios- y peticionar a la autoridad jurisdiccional aún contra la voluntad de sus padres.¹⁰

Sin embargo, respecto a aquellos menores de 14 años, el régimen legal del propio Código Civil no ofrece soluciones.

Sólo restaría admitir que para aquellos que hubieran alcanzado un desarrollo evolutivo de sus facultades que permitiera sostener que adquirieron discernimiento a pesar de no alcanzar la edad legal¹¹, la determinación legal de los 14 años del art. 921 es inconstitucional.

Pareciera difícil, pues seguir un sistema rígido como el del código civil puede no resultar el más conveniente –propiciando su reforma legislativa- pero no por ello inconstitucional, pues es una de las opciones posibles. Es más, fijar un límite etario simplifica la cuestión probatoria, pues si se estableciera un sistema flexible, librado a la apreciación judicial en cada caso, se invierte la carga probatoria pues debería demostrarse que cada niño o adolescente ha adquirido las facultades suficientes para realizar actos válidos.

⁹ Como por ejemplo, si en aquel caso resuelto en septiembre del 2007 en el que se autoriza la petición de cambio de sexo efectuada por los padres de un adolescente de 17 años: ¿qué hubiera sucedido si en realidad el hijo se presentaba directamente sin la autorización de sus padres? Considero que hubiera correspondido autorizarlo a estar en juicio en virtud del reconocimiento a la autonomía progresiva y a las limitaciones impuestas al ejercicio de la responsabilidad paterna en función de tal autonomía. Es más, de la lectura del fallo, surge que en forma previa se había rechazado la demanda por considerar que tratándose de un derecho personalísimo su ejercicio correspondía en forma directa al hijo y no admitía representación y, en forma errónea a mi entender, dicho ejercicio no podía ser ejercido por el hijo por contar en ese entonces con 14 años de edad. "C. J. A. y otra solicitan autorización", Villa Dolores, Córdoba 21.9.07

¹⁰ Ver minucioso desarrollo del tema en MORENO Gustavo Daniel "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", RDF 35- 55, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As. 2006.

¹¹ Por ejemplo, negando la intervención de la figura del abogado del niño de una niña de 3 años. En realidad, teniendo sólo 3 años ni aún partiendo del criterio más amplio de la autonomía progresiva sería posible sostener que la niña pudiera instruir a su abogado, apareciendo por tanto éste como otro adulto que pretende intervenir en resguardo de aquello que desde su mirada considera mejor para la niña, pero ésta no es la verdadera función del abogado del niño. Tal pareciera más la función de un Defensor de Menores o, inclusive, del propio juzgador.

"Por ello y sin adentrarse la discusión sobre tal derecho alegado, lo cierto es que la nueva normativa debe ser interpretada en conjunción con la ya existente pues una debida hermenéutica de la misma nos lleva a concluir que en el presente caso la escasa edad del menor, tres años, impide que pueda considerarse la actuación como parte legítima de un letrado patrocinante que no fue elegido por el interesado encontrándose en imposibilidad de condiciones de comprender la trascendencia de dicha actuación (conf. Art. 921 del Cód. Civil)." CNCiv"R. M. A. c/protección de persona" - CNCIV - 28/09/2006, www.abeledoperrot.com.ar:

En definitiva, en aquellos casos “difíciles” –aquellos próximos a la edad establecida pero que no la han alcanzado- será necesario analizar en detalle el caso en concreto que habilite la declaración de inconstitucionalidad de la norma que impone la presunción.

3. El carácter de parte de los niños y adolescentes.

Y reconocer a las personas menores de edad el derecho a su propio abogado, impone resolver si se les reconoce también su condición de parte en el proceso, con todo lo que ello implica procesalmente.

Entiendo que aquí resulta necesario distinguir. En aquellos supuestos en los que el niño o adolescente esté ejerciendo un derecho personal, un reclamo directo de protección de alguno de sus derechos, sin dudas deberá reconocerse plenamente su carácter de parte.

Pero en aquellos en los cuales su intervención surge como consecuencia de un reclamo entre otras personas (i.e. entre sus padres, respecto a tenencia y/o visitas) y cuya resolución les afectará sin dudas, la solución debería ser distinta pues se asimilaría más al concepto de parte en sentido material.

Esto es: al ejercer un derecho del tipo personalísimo resulta imperioso otorgar a su titular (aún menor de edad) todas las posibilidades procesales que, en un mismo supuesto, les son reconocidas a las personas mayores de edad.

Sin embargo, en aquellos procesos judiciales en los cuales la discusión está trabada entre otros y la resolución de la cuestión les afectará, el reconocimiento pleno del carácter de parte me genera muchas dudas: ¿deberán ser partes todos los hijos en el proceso de visitas trabado entre sus padres? ¿cada uno con su propio abogado podrá producir prueba, interponer recursos, participar del debate?

Por el momento, creo que con la defensa material, la escucha directa por parte del juzgador se garantiza que la opinión del niño será tomada en cuenta al resolver¹², sin necesidad de considerarlo parte ni tercero interesado en sentido técnico. Porque lo contrario podría favorecer la aparición de conflictos de lealtades y manipulaciones de los hijos.

¹² Debiendo el juzgador justificar acabadamente en caso de apartarse de la voluntad expresada, pues está obligado a dar contenido específico al interés superior del niño, y las opiniones del mismo son un elemento a considerar para ello (art. 3 y 27 ley 26.061).

4. De la actuación del abogado del niño

¿Cómo debe actuar el abogado del niño?

Sin dudas, toda la legislación y normas de ética profesional impuesta al ejercicio de la abogacía resultan aplicables. Pero ¿es necesario establecer un plus en virtud de la protección especial que debe asegurarse a los niños? ¿Cuáles deberían ser los estándares de la actuación del abogado respecto a los intereses manifestados por su cliente-niño?

En un detallado artículo¹³, Ida Scherman aborda esta cuestión y da cuenta de las diferentes pautas establecidas por varias asociaciones de abogados de EE.UU. (Massachussets, American Bar Association, etc) y escuelas de leyes (Fordham), las que en definitiva postulan la obligación del abogado de seguir las instrucciones de su cliente-niño, aún cuando contradigan su propia (la del abogado) apreciación sobre aquello que mejor satisfaga al interés del niño, salvo cuando la voluntad del niño lo colocaría en una situación de grave riesgo. En tal caso, podría o bien seguir igualmente las instrucciones del niño o manifestar esta situación al tribunal a fines de que se le designe un tutor o exponer las preferencias del niño y que se determine cuáles deberían ser. En definitiva, en todos los casos en los cuales se advierta que la voluntad del niño pueda resultar contradictoria a sus intereses, nuevamente son los adultos (jueces, abogados) quienes determinarán qué es lo mejor para el niño.

Hay quienes sostienen que la voluntad del niño debe ser seguida aún cuando resulte perjudicial, pues la posibilidad de aprender de los propios errores ya resulta beneficioso e implica un modo de proteger el interés superior del niño¹⁴. Más allá del respeto que me merece esta posición –y por supuesto sus autoras- no comparto plenamente la misma, asumiendo el costo que significa que sean los adultos quienes estén obligados a determinar y fundamentar qué es lo mejor para el niño en el caso concreto. ¿No será esto una consecuencia de la especial protección que se les debe brindar?

¹³ SCHERMAN Ida Ariana “*El abogado del niño en la jurisprudencia norteamericana*”, RDF 35-151 , Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As. 2006

¹⁴ MINYERSKY Nelly y HERRERA Marisa, “*Documento de trabajo sobre la nueva ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ley 26.061)*”: ... “*Por ende, hacer lugar a la opinión del niño, por más que ella –desde la mirada adulta- se considere contraria a la definición propia del interés superior, significa de por sí que el niño sea protagonista. En el peor de los casos, esta opinión siempre valdrá para que el niño tome conciencia sobre el efecto negativo de sus decisiones, constituyéndose ésta en una experiencia vital para éste*”

Muchas dudas. Pareciera que la figura del abogado del niño debe realizar un importante esfuerzo para encontrar su lugar. Ojalá este Encuentro contribuya a ello.

Disertación en el "I Encuentro de Jóvenes Abogados en Derecho de Familia", organizado por la Universidad de Buenos Aires, los días 19 y 20 de junio de 2008.