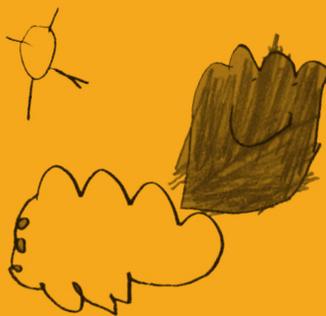


# Participación del Niño en el Proceso Civil. Abogado del Niño. Tutor Especial

DRA. PATRICIA GONZÁLEZ BROIN | Secretaria del Tribunal Colegiado de Familia N° 3, Rosario (SF).



myf

288





## Introducción

El derecho, como producto cultural, es dinámico y ello sobre todo se advierte en estos últimos años en materia de derecho de familia –o «familias», como se prefiera expresar: nuclear, ensamblada, monoparental, homosexual, transexual, etc.<sup>1</sup>

Estamos asistiendo a una verdadera revolución de concepciones tradicionales y lo son por el giro completo que han experimentado algunas instituciones y sujetos típicos de la materia.

La jerarquía constitucional que ostenta la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la vigencia de la ley

26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niña, Niño y Adolescente, ha provocado que la institución de la patria potestad –hoy mejor llamada «responsabilidad parental»– haya sufrido una reformulación, focalizando más en la finalidad de protección y formación integral de los hijos, que en las potestades y derechos de los progenitores.<sup>2</sup>

En igual sentido, se ha tomado distancia de la vieja concepción del niño como **objeto de derecho** –incapaz, con representante necesario hasta su mayoría de edad– para ser considerado como **sujeto de derecho**. La situación de riesgo y de indefensión, conllevó a que se adoptara la Doctrina de Situación Irregular en la cual el niño era considera-



do como objeto de protección y compasión por ser incapaz; no se tenía en cuenta el proceso de desarrollo y grado de madurez, solo se le catalogaba de «menor»; el Estado y los adultos creían y actuaban con «buena intención» por el bien de los menores sin tomarlos en cuenta. Con la Convención de los Derechos del Niño, se arriba a la Doctrina de Protección Integral: donde se lo considera sujeto de derecho, con capacidad progresiva y la responsabilidad de los padres de acompañar el crecimiento de su hijo con el fin de que éste se convierta en un ser con el pleno ejercicio de sus facultades y derechos.<sup>3</sup>

### La figura del abogado del niño

De este cambio sustancial de paradigma se deriva una consecuencia de tipo instrumental: la necesidad de dotar de herramientas legales al niño, niña y adolescente, para que efectivamente pueda no sólo ser oído sino también recibir la defensa técnica como parte que es en todo proceso judicial o administrativo.

Enlazado con el reconocimiento de su calidad de sujeto de derecho, se presenta un nuevo concepto: la capacidad progresiva.

El mismo se ha desarrollado en el campo de la Bioética, cuando se lo vincula con el derecho a la salud y al cuidado del propio cuerpo. Como antecedente se destaca el caso «*Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*» resuelto por la Cámara de los Lores en el año 1986: frente a la oposición de una madre a que se les suministre métodos anticonceptivos a sus hijas menores de dieciséis años, la Corte resolvió: «... los derechos de los padres existen sólo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes... el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta...».<sup>4</sup>

Para KEMELMAJER DE CARLUCCI «está fuera de discusión que el niño es y debe ser, civilmente, un incapaz de he-

cho, dada su condición de vulnerabilidad y dependencia», mas afirma que corresponde distinguir entre **capacidad y competencia**, en tanto la primera es una noción empleada principalmente en el ámbito de los contratos, estableciendo en general las leyes, por razones de seguridad jurídica, una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. Para la citada autora, la competencia, en cambio, pertenece al ámbito de ejercicio de los derechos personalísimos, requiriendo analizar si el sujeto puede o no entender cabalmente; los alcances de su comprensión; su aptitud para comunicarse; razonar y juzgar conforme a sus valores.<sup>5</sup>

Los menores, en tanto incapaces de hecho para nuestro Código Civil, han de ser representados legalmente por sus padres y también en forma promiscua por el Ministerio Pupilar (arts. 57 inc. 2 y 59 del cc).

Sin embargo, existen ámbitos que son personalísimos y sobre los cuales no

cabe la decisión exclusiva de los padres, magistrado e institutos promiscuos. Se trata de una esfera íntima donde no solo debe ser oído el niño sino también debe activamente ejercitar sus derechos con asistencia técnica letrada. (vgr. cuestiones de salud, educación, religión, nombre, etc.).

Llegado el caso concreto en que algunos de estos aspectos personalísimos se encuentren en debate, o existan fuertes intereses contradictorios entre los del niño, niña y adolescente y sus progenitores, debe dotárseles de un representante técnico.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12, consagra el derecho de los niños/as de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten y establece que se debe tener debidamente en cuenta sus opiniones en función de sus edades y madurez. Y deja en claro en su inciso 2: «Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o adminis-

trativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

Nuestra ley nacional 26.061 dice en su artículo 27, entonces: «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; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte».

Tanto la Constitución Nacional como la Convención de los Derechos del Niño guardan silencio en cuanto a aspectos operativos de la figura del abogado del niño, siendo facultad de las provincias su reglamentación conforme a las leyes supremas de la Nación (art. 31 CN).

### El nuevo Código en proyecto

En pocos meses comenzará a regir el proyecto de reforma al Código Civil que adhiere a ésta nueva mirada, con premisas muy claras al respecto.

Así, por ejemplo se reemplaza el vocablo «menor» por el de «persona menor de edad», es decir, la expresión no se emplea como sustantivo sino como

adjetivo; se define a esta persona como aquella que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente; distingue al adolescente –persona que cumplió los trece años–.

Puntualmente, el art. 26 si bien expresa que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes, agrega que aquella que cuente con la edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí misma los que el ordenamiento le permite, pudiendo intervenir con asistencia letrada en aquellos casos de conflicto con sus representantes legales; tiene derecho a ser oído y participar en las decisiones que lo involucran.

Se permite al adolescente actuar por sí y con asesoramiento letrado (art. 109).

En cuanto al Ministerio Público, se define su esfera de actuación de forma complementaria y principal (en este último caso, cuando exista inacción o carencia de sus representantes legales, aun en casos extrajudiciales) (art. 103).

### ¿A qué edad puede ejercitar la elección el niño?

Para dilucidar el interrogante es decisivo evaluar la competencia del sujeto, más allá de su edad y consecuente capacidad.

Si bien es cierto que gran parte de la doctrina entiende que la edad sugerida sería a partir de los 14 años por contar ya con discernimiento (art. 921 cc), es mejor no apegarse estrictamente a edades rígidas, a la hora de evaluar la aptitud del niño/a en la elección.

Resulta relevante al respecto el fallo dictado por la Cámara Nacional Civil, Sala I, en fecha 4/3/2009, en autos L., R. v. M. Q., M. G., en el que por mayoría confirmó el fallo de primera instancia por el cual se tuvo por parte a dos hermanos de 15 y 12 años que se habían presentado con patrocinio letrado en el proceso en que se debatía su «tenencia». Considerando que el niño recién cuenta con discernimiento a partir de los catorce años el magistra-

do disidente consideró que sólo la hija mayor se encontraba habilitada para ejercer este derecho; pero sus colegas sostuvieron la necesidad de apartarse de la regla legal en el caso concreto en función del interés superior del niño y la comunidad de intereses ostensible entre los hermanos.<sup>6</sup>

En igual sentido y en grado máximo, la Corte Suprema también se pronunció en este aspecto, en los autos *G., M. S. c. J. V., L.- 2010-10-26*. El caso se origina en Santiago del Estero, un padre es acusado por la madre de las niñas (10 y 7 años) de abuso sexual de una de ellas, y por tanto, promueve una incidencia de supresión y cesación del régimen de visitas; en forma subsidiaria, solicita –como medida cautelar– se suspendan los encuentros, lo que el juez de grado concede y ante la petición del padre, regula un régimen de visitas acotado y asistido en presencia de la psicóloga actuante del Tribunal. La Cámara Civil santiagueña revocó la sentencia que restringía la visita, a lo que la madre de las niñas interpu-

so recurso de casación – rechazado– y queja. El Tribunal Superior de Justicia santiagueño, resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación introducido por la representación letrada de la progenitora de las niñas y, en consecuencia, modificó la sentencia de la Alzada disponiendo una restricción respecto de la amplitud del régimen de vistas estipulado a favor del padre, con una modalidad supervisada o asistida de los encuentros. Contra dicho pronunciamiento la actora interpone recurso extraordinario federal. La resolución de la Excma. Corte Suprema consistió en ordenar se designe un letrado especializado en la niñez, para las dos menores de edad, de catorce años y de diez años, sin distinguir entre menores adultos y menores impúberes para tener un abogado en el proceso judicial. Es importante señalar que en este caso el nombramiento de letrado patrocinante es para dos niñas que a la fecha de la sentencia de la CSJN no superan los 14 años, y que lo requiere el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación –ni

las niñas, ni su madre– y la designación de letrado para las niñas la hace el juez de la causa.

La segunda vez que se expidió el Alto Tribunal fue el 26 de junio de 2012 en el caso «*M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.*» Los hechos del caso, provienen de un proceso de familia sobre tenencia, en el que una niña de 11 años – en el proceso en el que se debate su tenencia–, solicitó ser parte por derecho propio. Ésta fue denegada en primera y segunda instancia. Contra la decisión del *ad quem*, se presentó un recurso extraordinario, que fue denegado. Además, la Defensora de Menores de Cámara dedujo ante la Cámara queja ante la renuncia de la letrada que asistía a la niña. La sentencia del CSJN confirmó la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Expresó que las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo» ...«las disposiciones del Código Civil que legislan 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»... «los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2º del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte». Pone de relieve que en el fallo precitado (octubre de 2010) el letrado patrocinante fue pedido por el Ministerio Público de la Defensa y la designación la hizo el magistrado interviniente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyos los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, quien interpreta el artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño a la luz de los debates previos de su dictado –citando la obra «La Historia Legislativa de la Convención de los Derechos del Niño», lanzada el 11 de junio de 2007 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

para los Derechos Humanos. En mérito a ello, entiende que: «la Convención consagra la prerrogativa del menor a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal. Cita además, la Opinión Consultiva solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos «Condición jurídica y derechos humanos del niño» (OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002), para negar cualquier violación al principio de igualdad y que no existe discriminación por razón de edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores de catorce años no están en condiciones de ejercerla.<sup>7</sup>

En conclusión, la doctrina de la Corte Suprema puede entonces resumirse en que para los sujetos menores de catorce años será prerrogativa del juez de la causa evaluar la necesidad de nombrar un abogado del niño; mientras que, los sujetos mayores de catorce años tendrán libertad de elegir su profesional de confianza; compatibili-

zando armoniosamente la fuente internacional con nuestro derecho interno.

### **La figura del abogado del niño en Santa Fe**

La ley provincial 12.967 –que adhiere a la ley 26.061– modificada por la ley 13.237 en su art. 25 inc. e) enumera los derechos y garantías de los menores y alude a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. En caso de carencia de recursos el Estado debe proporcionarlo de la lista de abogados de oficio.

Por su parte el Decreto Reglamentario específica al respecto que: comprende a abogados que integren la planta de personal permanente o no del Estado Provincial, Municipal o Comunal y/o profesionales aportados por organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades, en casos de inexistencia o insuficiencia de personal estatal especializado para conformar la misma.

La Ley Orgánica de Tribunales, 10.160 art. 145 (incs. 1 y 5): dentro de los deberes y funciones de los Defensores Generales se incluye la intervención en asuntos que se relacionen con menores-tomar medidas necesarias para proveer de representación legal a quien no la tiene.

Pese a estas previsiones normativas, a la fecha no se ha reglamentado la figura, obligando de esta forma a que los Magistrados ensayen distintas soluciones. Así, por ejemplo en el caso conocido mediáticamente como «Dante», por el cual se acogió la solicitud del progenitor norteamericano que reclamaba la restitución del niño de tres años a su país de origen, siendo resistida tal pretensión por la madre argentina que planteó la ausencia de defensa técnica del menor; argumentación que fue rechazada por el Tribunal de Familia N° 4 de la ciudad de Rosario y la Alzada, entendiendo que la tenencia reclamada por la madre debe dilucidarse en Estados Unidos, donde se ventila el juicio de divorcio de las partes. Los camaristas

–Sala III– recordaron que «en ningún momento procesal anterior ni la madre ni el padre pidieron «oficialmente» la designación del abogado. La resolución sin embargo destaca que hubo una «insuficiencia manifiesta de los padres» para recomponer la situación, según el único juez (Cúneo) que votó en disidencia y pidió que se designe al abogado especialista en niñez. Pero los otros magistrados hicieron una valoración distinta. «Un procedimiento de urgencia como la devolución de menores conforme a tratados internacionales no puede convertirse en un proceso que permita la introducción de nuevas controversias para alargar la restitución». Lo que pone sobre la mesa otra arista a evaluar como es la armonización o preeminencia de la Convención de los Derechos del Niño con otros Tratados Internacionales –en el caso la Convención de La Haya–.

También en la ciudad de Rosario se solicitó la designación de un abogado del niño en una solicitud de adopción de un joven de catorce años por parte de

su tía; proceso en el que la Magistrada interviniente –Dra. Gabriela Topino, vocal del Tribunal Colegiado de Familia N° 7– decidió invitar al Colegio de Abogados para que proporcione una lista de profesionales que puedan asistir al adolescente.<sup>8</sup>

En la ciudad de Santa Fe se registran antecedentes de designación de la lista de oficio de un tutor *ad litem* para niños que encuentren sus derechos en pugna con los intereses de sus representantes legales. También se ha elaborado una lista de origen voluntario conformada por profesionales de experiencia en la materia familiar a la que se recurre para sortear un abogado del niño.

### Distinción con otras figuras

Las diferencias más notorias están dadas porque la elección del abogado del niño tendrá su fuente en la voluntad de éste y el profesional deberá actuar en todas las instancias en representación de los intereses particulares,

aunque ellos no sean los que redunden en su mejor interés –aspecto que sí es relevante en el ejercicio de la **representación promiscua** (art. 59 CC), por ejemplo–.

Cabe también la distinción con el **tutor *ad litem*** (arts. 61 y 397 del CC). Al respecto parte de la doctrina coincide en expresar que mientras el abogado del niño encuentra fundamento en la capacidad progresiva de aquel, el tutor *ad litem* es una figura típica ante la incapacidad del menor y conflicto de intereses con sus progenitores, siendo limitada su esfera de acción. Al respecto, expresa FAMÁ, que «Así, mientras que el tutor *ad litem* es una figura ligada a la incapacidad del niño, que sustituye su voluntad y, por lo tanto, patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto (confundiéndose así, en algún punto, con la figura del defensor de menores), el abogado del niño es un personaje ligado al principio de la capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y el desarrollo del niño para

participar en el proceso. En este sentido, el abogado del niño no sustituye su voluntad, la reproduce o trasmite al juez mediante su defensa especializada (como podría ocurrir con cualquier adulto).»<sup>9</sup>

A modo de propuesta, entiendo que hasta tanto se regule la figura también sería posible acudir a los Defensores Oficiales que integran la planta del Poder Judicial de nuestra provincia, con las evidentes ventajas de su especialidad, agilidad en su designación y gratuidad del servicio. No existe incompatibilidad con su función promiscua, pues en otros procesos asisten bajo esta modalidad dual (como parte y como Ministerio), tal es el caso de las adopciones, internaciones, incapacidades y encuentra fundamento normativo en las normas nacionales (art. 75 CN inc. 22 y por su remisión arts. 12 y 27 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; art. 27 de la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/06; Ley 24.946 de Organización e Integración del Ministe-

rio Público art. 54) y provinciales (ley 12.967, art. 25 inc e; ley orgánica de tribunales 10.160, art. 145). Sí debería tenerse presente la distinta naturaleza de su tarea, sobre todo por los operadores jurídicos, en mérito a las diferencias precitadas.

Esta posibilidad de asumir los Defensores Oficiales el rol de abogado del niño encuentra réplicas en otras provincias (Santa Cruz, Corrientes, Buenos Aires).<sup>10</sup> ■

BIBLIOGRAFÍA

<sup>1</sup>HERRERA, MARISA, en entorno virtual Curso Posgrado en Dcho. De Flia., FCJS UNL, Santa Fe, 2010.

<sup>2</sup>D'ANTONIO, DANIEL H., en Dcho. de Familia, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta.Fe, 2008, pag. 131 a 135.

<sup>3</sup>ARIAS SOLIS, FRANCISCO, «El Maltrato Infantil» en *blogs.ideal.es/franciscoarias*

<sup>4</sup>KRASNOW, ADRIANA, «La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva», en *www.projusticiafamiliar.org.ar*

<sup>5</sup>KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, El derecho del menor a su propio cuerpo, en «La persona humana», dir. por Guillermo Borda, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249. También se ha expedido la jurisprudencia al respecto: CN Civ., sala A, L.L. 1991, E. 418, CN Civ., sala A., L.L. 1989, B. 491.

<sup>6</sup>SOLARI, NÉSTOR E., Fallo Comentado: Corte

Suprema de Justicia de la Nación (cs) ~ 2010-10-26 ~ G., M. S. C. J. V., L.- Publicado en: La Ley 01/12/2010, 10.

<sup>7</sup>El Dial.com - AA7776; *www.diariojudicial*, publicaciones del 06.3.13 y 29.6.12.

<sup>8</sup>*La Capital.com.ar*, edición on line del 14.4.2012 y 24.5.2012.

<sup>9</sup>FAMÁ, MARÍA V, «Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia», Fallo comentado L., R. V. M. Q., M. G. - C. Nac. Civ., sala I - 4/3/2009; Publicado: SJA 1/7/2009.

<sup>10</sup>FAMÁ, MARÍA V.; op. cit. – autos «R., J. M; M. A. G. N.; C. S. L.; V. M. S/ Protección de Persona» 19.IV.2012, publicado en Boletín Jurídico CAM, 2/5/12. Ed. 290; *www.asesoriatutelar.com.ar* by E. G. MÉNDEZ; *www.diariojudicial.com* del 11.3.09.