

**XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
TERMAS DE RIO HONDO – SANTIAGO DEL ESTERO – ARGENTINA**

14,15 y 16 de Septiembre de 2017

Comisión. TEMA 1. (Proceso civil) Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República. Proceso de familia.

Tema: EL ABOGADO DEL NIÑO. COMO HACER EL ABORDAJE DE NNyA

Autora: Eugenia María Álvarez Gómez Omil¹

Dirección postal: Chacabuco n° 839 – San Miguel de Tucumán. Tucumán-CP 4000.-

Teléfono: 0381-4244067. Cell: 0381-156810974

Dirección de correo electrónico: eugenialvarezgo@gmail.com

Síntesis de la propuesta:

Pretendemos plasmar, en este estudio de la figura del abogado de NNyA, el cómo hacer para tener una relación fluida, correcta en términos de las normas jurídicas de acceso a la justicia, y fructífera en la defensa y entendimiento con los NNyA, cuando los procesos judiciales reclamen la participación de esta noble figura.

La actuación tan particular del abogado del niño se deberá traducir en una forma muy distinta de ejercer la profesión. Para ello consideramos que la proposición de un protocolo específico de esta actuación profesional deberá ser proyectada en base a los lineamientos jurídicos, nacionales e internacionales, juntamente con la participación interdisciplinaria exigida en los casos en que el interés de los NNyA esté discutido o desconocido.- -

EL ABOGADO DEL NIÑO. COMO HACER EL ABORDAJE DE NNyA

1. *Introducción.*

En los libros en que la doctrina explica la figura del abogado del niño, incorporada por la ley 26061, en primer lugar, y luego por el Código Civil y Comercial, no hemos encontrado la respuesta al interrogante ¿Cómo deberá ser el abordaje del Niño, Niña o Adolescente? Las discusiones doctrinarias sobre qué es el abogado del NNyA nos llevaron a recorrer los fallos judiciales desde dónde surgieron las dudas iniciales del rol que debe desempeñar, cuáles derechos de su cliente especial deben defenderse y

¹ Abogada en ejercicio. Docente de los Talleres de Práctica Profesional I y II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT; Maestranda en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de la UNT.

protegerse. De igual forma, tenemos que distinguir la figura del abogado del niño del rol que cumple el Ministerio Público, o sea, el Defensor de Menores, y la figura del tutor ad litem, pues aun cuando pudiéramos en un principio confundirlas, a partir de las normas del Código Civil y Comercial veremos que cada uno tiene un origen y una función absolutamente diferenciada de la otra, pudiendo, a veces, coexistir en un mismo proceso judicial varias de ellas a la vez, o sustituirse a través del tiempo en que judicialmente se dirime la cuestión litigiosa, o se debaten los derechos de los NNyA.

En este trabajo incursionaremos en los temas de la participación de los niños, niñas y adolescentes en la vida jurídica, de la autonomía progresiva, que se relaciona estrechamente con los conceptos de capacidad y voluntad, que están presentes en nuestra legislación, y la acogida que tienen en los fallos.

Pero el punto de relevancia, que pretendemos plasmar en este estudio de la figura del abogado de NNyA, será seguramente, si lo podemos alcanzar, el cómo hacer para tener una relación fluida, correcta en términos de las normas jurídicas de acceso a la justicia, y fructífera en la defensa y entendimiento con los NNyA, cuando los procesos judiciales reclamen la participación de esta noble figura, que en los ámbitos forenses de la provincia de Tucumán aún no ha logrado afianzarse ni desarrollarse, como en otras jurisdicciones de nuestro extenso país, en las que existen protocolos detallados, instituciones y profesionales especializados en la materia de los derechos de los NNyA.

2. **Desarrollo.**

2.1. ***Los NNyA en el proceso judicial. Los principios de Autonomía de la voluntad, y de autonomía progresiva.***

El cambio de status jurídico de los niños, niñas y adolescentes, si bien implica que ellos podrán exigir la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías que se implementaron en la CDN, en la realidad de nuestros días se encuentra con los límites del ordenamiento jurídico que si bien exige para el ejercicio de los derechos el requisito de la capacidad, y que no es materia cuestionable, no encontramos en la jurisprudencia, y más aún en la práctica diaria del derecho, el respeto de los derechos de la niñez y de los adolescentes, a quienes no siempre se los escucha, pero si en

algunas ocasiones son escuchados, no se respeta sus decisiones, deseos o peticiones, pues los tribunales se escudan en excusas cuasi-jurídicas para descartarlas y desoírlos.

El proceso de familia en la definición más común de los autores procesalistas es aquel que tiene por objeto la resolución de pretensiones y peticiones fundadas en el derecho de familia; y nos enseña Kielmanovich que el mismo “presenta una serie de principios o caracteres comunes derivados de su carácter, por lo general indisponible; de la calidad de las personas que intervienen o se ven afectadas por él, y de la finalidad de la tutela que persigue”². A partir de ello, Páges nos refiere que en lo relativo a las particulares características del proceso de familia, “se suelen señalar la acentuación de los poderes del juez, la intensificación de la función conciliadora, la colaboración interdisciplinaria, la marcada necesidad del ejercicio de la intermediación, la gratuidad y el régimen especial en materia de costas, entre otras”. Estos caracteres propios del fuero especial de familia, que no existe en muchas provincias diferenciado del juez civil y del juez comercial, y sobre todo en el orden de la justicia federal, han sido precisados en el nuevo Código Civil y Comercial en el TÍTULO VIII Procesos de familia, CAPÍTULO 1, Disposiciones generales, en los artículos 705 al 711.

Cuando se analiza la participación activa de los niños en el proceso judicial, la situación no es tan sencilla, y la doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas en relación a cómo y cuándo deben participar ellos en juicio. Es una verdad indiscutible que a los NNyA se les ha reconocido “un estatus especial”, en la legislación nacional y los Tratados Internacionales, otorgándoles en determinadas situaciones “su carácter de parte (procesal), y que por ello están facultados para actuar en cualquier proceso” y a “contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle”³.

2 Kielmanovich, Jorge L., “*El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”, LL del 31/7/2012, p. 1;

3 CSJN, «M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.», 26/06/2012. En LL 2012-D , 601 con nota de Osvaldo Alfredo Gozaíni. El caso: En el marco de un juicio de tenencia, la hija de 11 años de los cónyuges pidió ser tenida por parte, por derecho propio, solicitud que fue rechazada tanto por el magistrado de grado como por la Alzada. Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario, que fue denegado. Ante la renuncia de la letrada que la asistía, la Defensora dedujo ante la Cámara la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó lo decidido.

La Corte Interamericana⁴ considera que 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 nuestro país, la Ley 26.061 art. 24 estableció el “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 a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. En el art. 3 de la ley se determina el principio del Interés superior diciendo: “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; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Pese a esta regulación interna en nuestro país, no está claro aún cómo y cuándo los NNyA serán considerados como “parte” en el proceso judicial, lo que implica poner en un serio riesgo la tutela judicial efectiva de los derechos de esta clase de sujetos.

Cuando nos internamos en el proceso en el que los derechos discutidos son de los NNyA, la consideración procesal de “parte procesal” sigue discutiéndose, lo que evidencia una clara contradicción con la normativa vigente. Los niños/as y adolescentes, que no alcanzaron la mayoría de edad no tendrían capacidad jurídica para ser parte en el proceso,

⁴ Corte Interamericana, Opinión Consultiva N°17/2002, punto 102.

sin embargo podrían actuar en el proceso a través de sus representantes legales. Entonces, encontramos una seria contradicción con el sistema jurídico de protección integral de la niñez y adolescencia, y como lo señalamos la doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida en cuanto a considerar que a partir del dictado de la Ley 26.061 se ha derogado la categorización de los “menores” por franja etaria, criterio que fuera sostenido por la CSJN; y la Sala K de la Cámara Nacional Civil en tanto se denegó la designación de su abogado, permitiéndola sólo si el niño ha cumplido los 14 años de edad (al aplicar los arts. 54; 55 y 921 del C.C.); y porque 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 garantizados. Sin embargo, ni la CIDN ni la Ley de Protección Integral realizan una categorización por edades específicas, sino que por el contrario han establecido el principio de capacidad progresiva, lo que implica valorar la opinión de los NNyA y como lógica consecuencia su participación en el proceso, conforme su grado de madurez y desarrollo, lo que nos llevaría a sostener que cualquier categorización o limitación en tal sentido implicará una inconstitucionalidad o inconventionalidad clara y evidente. Cuando nos adentramos en los casos de régimen comunicacional de NNyA, tendiente a establecer un contacto regular con alguno de sus abuelos, bien sea que la inicien el o los abuelos, o el niño por intermedio de alguno de sus progenitores, nos damos cuenta de la restricción que como “parte procesal” sufren los NNyA.

El modelo del proceso judicial clásico, en el cual la pretensión esgrimida por una persona adulta, como ser el abuelo, en contra del demandado adulta, es decir el representante legal del niño, sujeto del derecho a la comunicación con el actor, ha cambiado sustancialmente su estructura, a partir del reconocimiento del derecho del niño de ser oído, y de las garantías que venimos mencionando en este trabajo. El esquema típico del proceso controversial entre adultos, en los conflictos de familia judicializados, debe dirigirse hacia la integración de la litis con los sujetos de derecho respecto de los cuales el conflicto los involucra, y que sean

protagonistas directos de la discusión acerca del modo de comunicación que tendrán con sus abuelos reclamantes-actores.

El derecho a ser oído y a tener un abogado de los NNyA implica que el proceso judicial ya no estará integrado solamente por dos partes adultas, sino que la integración de la litis deberá realizarse con quien verá afectado tal derecho a la comunicación y no sólo con sus representantes legales. Por ello, las partes intervinientes tendrán que ser siempre: 1) los abuelos; 2) los padres del NNoA, con quien exista la controversia de las posiciones; y 3) el niño, niña o adolescente, respecto del cual el derecho sea discutido, en el caso de un régimen comunicacional; pero también en cualquier otro proceso en el cual se hallen derechos e intereses de adultos por un lado enfrentados entre sí y por el otro lado, los derechos e intereses de los NNyA.

Sostiene Michel Manciaux que puede parecer paradójico afirmar el derecho del niño a hablar y ser escuchado, porque seguramente un niño es alguien que no sabe, que no puede hablar, y por lo tanto, no tiene voz en los asuntos en los que se discuten temas que le atañen a él. Etimológicamente, la palabra infante del latín *infans* implica el *silencio*, pues la traducción de la palabra 'infancia' que viene del latín '*infans*', significa '*el que no habla*'. Continúa sosteniendo el autor citado que "incluso cuando los niños comienzan a hablar, los adultos a menudo los reducen al silencio diciéndoles que se callen. El derecho del niño a ser oído es, para algunos, también controversial. A renglón seguido nos dice Manciaux que el "derecho a la palabra" incluye necesariamente el derecho a ser considerado digno de un ser que habla, y el rol de la familia en este proceso básico de educación es fundamental y difícil de reemplazar. Y por ello este segundo derecho implica a continuación otro, que se le enseñe a leer y escribir⁵.

En razón de lo expuesto, el silencio de los NNyA debe ser erradicado también de nuestros tribunales, y pasar ellos a ser parte del

⁵ Michel Manciaux, "*The right to be Heard*". *The child's right to self-expression is now recognized by the international community. How do things stand in practice?*". Ver: <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000899/089961eo.pdf>. "*The right to speech necessarily includes the right to be considered worthy to be spoken to, and the family's part in this basic process of education is fundamental and difficult to replace. And this second right subsequently entails another one being taught to read and write*". Pag. 13-14.

proceso, interviniendo en todas las instancias como si fueran adultos, cuando se trate de controversias respecto de sus propios y exclusivos derechos, sobre los cuales los adultos no pueden decidir solos y según sus conveniencias, sin consultarles a los titulares del derecho subjetivo en cuestión. Por ello solamente el abogado del niño será quien lleve la voz de su cliente ante los estrados de la Justicia, haciendo y diciendo todo cuanto éste se lo pida.

Ahora bien, conforme el sistema instaurado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral, a este régimen del Código Civil y Comercial se agrega, la figura del “abogado del niño”, esto es, el debido patrocinio letrado de los niños, a efectos de la defensa técnica de sus derechos en el procedimiento judicial, para lo cual se exige una reformulación del concepto de “legitimación procesal” para su efectiva incorporación al proceso. Precisamente, garantizar el acceso a la Justicia significa también, que las normas contemplen mayor amplitud en la regulación de la legitimación activa en franca coherencia con el sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes, que es precisamente nuestra propuesta.

Coincidimos con Solari, en cuanto a que de conformidad con las disposiciones constitucionales y de la ley 26.061, se exige 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 promiscua⁶. Concretamente, el abogado del niño no cumpliría una función de representación, sino que actuaría como letrado patrocinante del niño, y no en lugar del niño; será la voz del NNyA, con sus escritos firmados por ellos, y en su propio lenguaje, sin perjuicio de los tecnicismos forenses propios del proceso judicial, que además deberán serles explicados en forma llana y conforme a su grado de madurez⁷. De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa

6 Solari, Néstor. “*El derecho del niño al patrocinio letrado*”; Comentario fallo CNACiv. Sala K, 28-09-2006, “R. M. A.”. DJ2007-I, 602.

7 TUCUMAN - LEY 8293 / 2010 - Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Art.12. A que en toda información, resolución, se utilicen expresiones comunes del lenguaje, que sean comprensibles por la NNA. Está expresamente prohibido utilizar términos técnicos o latinismos que dificulten la comprensión

técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad⁸. Sin embargo, para una corriente que sigue el criterio restringido, la actuación del abogado del niño no será en todos los procesos, sino exclusivamente en aquellos en los que se presenten conflictos u oposición de intereses de los padres o el tutor con el niño, o de ausencia de representantes necesarios, o ante el pedido mismo del niño en su caso⁹.

Concluimos que a nuestro criterio, no interesará la edad, sino el grado de madurez y autonomía progresiva que el abogado de NNyA deberá incorporarse en todos los procesos judiciales, para hacer efectiva las garantías y derechos constituciones de estos sujetos de derecho.

De lo expuesto surge que los principios que surgen del Código Civil y Comercial Común exigen a los operadores jurídicos, sean jueces y abogados, propender a que los NNyA ejerzan sus derechos por si mismos, en la medida que su comprensión de los actos lo permita, admitiéndose para ello la asistencia letrada a través del denominado abogado del niño. Será en el caso en particular, y siempre ante la mirada protectoria de los jueces y del Defensor de Menores que en su rol complementario de resguardo de las garantías procesales y cumplimiento de las leyes de protección integral de los derechos de los NNyA que deberá darse la suficiente asistencia letrada, conforme al grado de autonomía progresiva, para realizar la garantía de la justicia efectiva del derecho en juego de los sujetos que con limitación en su capacidad de ejercicio tienen asignada la plena capacidad para estar en el proceso con la debida asistencia letrada.

2.2. El abordaje: cuándo, dónde y cómo debe actuar el abogado del niño.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se plantean diversas orientaciones, que definen y establecen los parámetros y concepciones respecto de la figura del abogado del NNoA, de cuáles son fundamentos de su actuación, y de cómo debe ser la actuación en un

⁸ Moreno, Gustavo Daniel, *"La Participación del Niño en los Procesos a través del abogado del niño"*. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 35, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 56 y ss.

⁹ Moreno, *Ibidem*.

proceso judicial. Sin embargo, no hemos encontrado en los discursos doctrinarios y judiciales, como tampoco en las normas que regulan el sistema de protección integral de los derechos de los NNA, cómo debe ser esencialmente y con una precisión protocolar cuál debe ser la práctica real y cotidiana de este particular tipo de abogado especializado en niñez y adolescencia. No hay claridad y precisión establecida en el ámbito forense, en un diseño protocolar específico, cómo debería llevarse a cabo la entrevista inicial, en la que se realice el primer contacto del abogado especialista en niñez y adolescencia con este cliente tan especial, que puede tener o no conocimiento de la función que tendrá su abogado en el proceso en el que sus intereses se discuten.

2.3. Lineamientos del protocolo de abordaje del abogado y operadores de la interdisciplina de NNA.

La actuación tan particular del abogado del niño se deberá traducir en una forma muy distinta de ejercer la profesión. Para ello consideramos que la proposición de un protocolo específico de esta actuación profesional deberá ser proyectada en base a los lineamientos jurídicos, nacionales e internacionales, juntamente con la participación interdisciplinaria exigida en los casos en que el interés de los NNA esté discutido o desconocido.

Teniendo en cuenta las consideraciones que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso llegado a su conocimiento “Atala Ruffo y Niñas Vs. Chile”¹⁰, entre algunos de los más relevantes que hemos analizado, se pueden determinar algunas reglas básicas para el protocolo de actuación del abogado de NNA que proponemos en nuestro trabajo. De tal modo, y para cumplir con la letra del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, se enunciarán las siguientes:

- 1) el NNA deberá conocer la influencia que han tenido sus opiniones en el resultado del proceso”;
- 2) al NNA debe dejárselo expresar sus propias opiniones en todo asunto que le es propio a su persona;

¹⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

- 3) al NNyA deberá proporcionársele la posibilidad de tomar un conocimiento, adecuado a su grado de madurez, del asunto que lo afecta, para que sea capaz de comprenderlo;
- 4) los NNyA no serán interrogados en más oportunidades que las estrictamente necesarias para resolver el conflicto, de modo de evitar la revictimización y los posibles impactos adversos en sus sentimientos;
- 5) los NNyA deberán ser tratados con consideración a su grado de madurez, su situación de vulnerabilidad, y ante la indefensión en caso de resultar ser víctimas de delitos o actos violentos;
- 6) deberá ponerse énfasis en toda interpretación que deba hacerse en el principio *pro infans*;
- 7) las entrevistas entre el NNyA serán realizadas en un clima de cordialidad y de confidencialidad, procurando la intervención interdisciplinaria cuando sea advertida su necesidad;
- 8) el abogado del NNyA deberá plasmar en los escritos las opiniones, deseos y expresiones propias del NNyA tal y como éste las verbalice; evitará cambiarlas o interpretarlas;
- 9) el abogado del NNyA deberá preservar la privacidad y el acompañamiento continuo de sus clientes en todos los actos en que su presencia sea requerida;
- 10) el abogado del NNyA tendrá acceso libre en nombre y representación de su “cliente” a todos los informes, diagnósticos y exámenes que hayan sido realizados a ellos;
- 11) deberán reducirse los tiempos de espera para la intervención de los NNyA en las audiencias o entrevistas especializadas, y priorizarse la atención de ellos; reduciendo la formalidad de los debates o audiencias;
- 12) Ante una situación de conflicto que impacte emocionalmente al NNyA deberá priorizarse la contención por el profesional adecuado; evitando el agravamiento de la crisis y sus consecuencias;
- 13) el lenguaje del abogado del NNyA será acorde a la edad, grado de madurez y comprensión que tengan sus “clientes”;
- 14) debe existir una comunicación que facilite la relación cliente-abogado, de modo de crear un clima de confianza. Para ello, el abogado deberá

tener como premisas: escuchar, preguntar, contestar, traducir ideas complejas, analizar para encontrar lo esencial del mensaje, sintetizar, ponerse a la altura del NNyA, ser empático, conciliar, y callar cuando sea necesario para permitir al NNyA que se exprese;

- 15) los NNyA serán asistidos preservando el principio de no discriminación en razón de su origen, cultura, sexo, género, religión, y discapacidad.

3. **Conclusión.**

Es a partir de la aprobación de las Reglas de Brasilia en la Cumbre Judicial Iberoamericana, incorporadas por la Corte Plena, que se genera una política con el objeto de garantizar el acceso pleno a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, entre ellas, NNyA. Por ello consideramos imprescindible que se materialice el derecho de acceso a la justicia, por medio de la actuación del abogado de NNyA, mediante la formulación de un protocolo que marque las reglas prácticas mínimas y básicas. Con la aplicación de ellas se busca que exista una intervención coordinada entre el abogado de NNyA y los equipos interdisciplinarios, de modo de poder dar una respuesta adecuada y con visión completa de la situación que aqueje al sujeto de derecho en situación de vulnerabilidad.-

Eugenia María Álvarez Gómez Omil.-