

**PARTICIPACION Y REPRESENTACION DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES. URGENCIA EN LA IMPLEMENTACION DEL
ABOGADO DEL NIÑO EN TUCUMAN**

Comisión 1:“Nuevos Paradigmas de la Jurisdicción protectoria. Procesos con personas en condiciones de vulnerabilidad”

Tema: “Participación y representación de niños, niñas y adolescentes. Urgencia en la implementación del abogado del niño en Tucumán”

Apellido y nombre: María Celeste del Huerto Silva

Dirección postal: 4017

Teléfono: 381-5149777

Dirección de correo electrónico:celez007@hotmail.com

Breve síntesis de su propuesta:A casi 30 años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño y 14 años de la ley 26.061, no existe en Tucumán la figura del abogado del niño. No cabe dudas que los niños, niñas y adolescentes (NNyA) son sujetos procesales, sin embargo, la capacidad procesal de los mismos se encuentra limitada a unos pocos procesos y sin contar con las garantías mínimas de participación y representación. La participación de los NNyA en un proceso judicial con un abogado/a, en definitiva, es la proyección técnica del derecho a ser oído del art. 12 de la CDN. Tucumán debe sancionar con carácter urgente una ley que implemente dicha figura, con un rol diferente al Defensor del Niño, del Ministerio Público de la Defensa.

Postulación: Premios Asociación Argentina de Derecho Procesal y elDial.com.

PARTICIPACION Y REPRESENTACION DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES. IMPORTANCIA DE LA IMPLEMENTACION DEL
ABOGADO DEL NIÑO

Con el Sistema de Protección Integral a partir de la Ley 26.061 y de la Convención de Derechos del Niños, ya no queda ningún tipo de discusión que los niños, niñas y adolescentes (NNyA) son sujetos de ejercicio de sus propios derechos e incluso adquieren la calidad procesal en las actuaciones judiciales en los que se debaten cuestiones que les concierne.

La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) introdujo numerosas normas en las que se dispone la participación de los niños/as y adolescentes en el proceso judicial, la posibilidad de contar con asistencia letrada, sumada a la representación del Ministerio Público de Menores, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su edad y grado de madurez, y entablar acciones judiciales, como en el juicio de alimentos y ratificar los procedimientos iniciados por sus representantes legales, como en el caso de la adopción.

Un cambio trascendental de la reforma del CCCN es que finalmente se deja de lado la cuestión etaria, es decir, ya no se habla de capacidad y de incapacidad, sino de capacidad progresiva y en constante evolución, que trae aparejado que NNyA puedan ejercer por sí solos los derechos de los que son titulares.

Es decir, que un tema a discutir es el alcance de la participación de niños y adolescentes y la correcta representación de los mismos en el fuero de familia. En este punto, un problema es si realmente se cumple con este mandato legal. En ese sentido, en algunas jurisdicciones y específicamente en Tucumán, en donde recién se está atravesando el proceso de reforma procesal local, en numerosas instancias y en algunos procesos los niños y adolescentes no participan del mismo, no cuenta con la debida representación, y por el contrario, hay una actitud pasiva al derecho a ser oído y a la verdadera participación de los mismos en juicio con libertad, igualdad y autonomía.

A modo de ejemplo, en instancia Prejudicial de Mediación Obligatoria en donde se deciden cuestiones sobre cuidado personal o régimen comunicacional los adolescentes actualmente no tienen ningún tipo de participación en la misma, ni tampoco son escuchados.

Otro ejemplo, en donde el adolescente con grado de madurez suficiente no tiene injerencia alguna, es en los procesos de homologación de convenio, proceso común en el Derecho de Familia. En estos casos, el juez/a tampoco verifica si el mismo coincide con la voluntad y deseo de ese niño/a o adolescente, ni tiene participación en el proceso.

Lo mismo sucede, en el proceso de Divorcio, en el que las partes pueden llegar a un acuerdo sobre los efectos del mismo que incida directamente en sus hijos/as, es decir, en niños y adolescentes, sin que ellos tengan participación alguna en el proceso.

Hoy en los Juzgados de Familia en Tucumán - jurisdicción que conozco y de la que formo parte – los NNyA participan únicamente de aquellos procesos donde hay conflicto de intereses entre sus progenitores o se encuentran en alguna situación de vulnerabilidad. No obstante, esa participación se limita únicamente a la escucha del art 12 de la CDN, siendo muy pocos los casos en los que actúa con una debida representación, asistencia jurídica técnica y de forma activa garantizándole todos sus derechos y garantías.

En el Fuero de Familia - según una investigación para la red CLACSO - entre Agosto de 2015 y Agosto de 2018 se registraron 72 casos en los que se habían designado Abogados del Niño, sobre un total de 24.312 expedientes. Es decir, el 1,1% de NNyA lograron hacer efectiva la garantía de asistencia jurídica técnica¹.

Es por eso que entiendo que la reforma procesal que se viene encarando en Tucumán tiene que prever la participación de NNyA, la legitimación para actuar de los adolescentes mayores de 13 años o de niños/as que cuenten con edad y grado de madurez suficiente, la representación de los mismos, la asistencia jurídica, la escucha, atento a

¹ La Gaceta. "El abogado del niño: una figura de imposterable atención legislativa". Fecha 05/05/19. En línea <https://www.lagaceta.com.ar/nota/805448/opinion/abogado-nino-figura-imposterable-atencion-legislativa.html>

que son cuestiones ya incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley 26.061, en la Convención de Derechos del Niños y en el CCCN. A esto se suma, a que no se encuentra implementada aún la figura del abogado del niño, no existe reglamentación al respecto. Es urgente en la provincia una ley que regule la figura del abogado del niño, con funciones diferentes a las del Defensor del Niño del Ministerio de la Defensa (art. 103 CCCN).

En ese sentido, el art. 12 CDN dispone que *“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. 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 procedimientos de la ley nacional”*. Es decir, la CDN, tratado internacional con jerarquía constitucional, prevé el derecho/obligación de escucha de NNyA y que su opinión sea tomada en cuenta, según su edad y grado de madurez. Es decir, este es un umbral mínimo que el Estado Argentino se encuentra obligado a cumplir.

“Eso significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”².

Por su parte, la Ley de Protección Integral (Ley nº 26.061), que es la normativa nacional que desarrolla la CDN, expresa que en todas las medidas concernientes a NNyA se debe tener una consideración primordial al Interés Superior del Niño y en el art. 3 de la norma jurídica define al principio señalando que *“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*

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Civil y Penal S/ ESPECIALES (RESIDUAL). INCIDENTE Nro. Sent: 987 Fecha Sentencia 25/07/2017

oídos y que su opinión sea tomada en cuenta...". Es decir, resalta que los NNyA son sujetos de derechos y no objetos de protección, concepción propia del sistema de patronato de menores imponiéndose un sistema de protección integral. A su vez, la normativa nacional vuelve a consagrar el derecho a ser oído y la obligación de escucha.

Pero este mandato legal no se agota sólo en la escucha del niño, sino además se extiende a la participación de los mismos en el proceso, otorgándole capacidad procesal para actuar. De esta manera, el art. 27 establece las garantías mínimas de procedimiento al prescribir 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.

La reforma del CCCN, vigente desde agosto del año 2015, recepciona el mandato de la ley nacional y los tratados internacionales, suprimiendo en primer término su condición de incapaz e imponiendo el paradigma de la capacidad progresiva. El art. 26 de la Ley 26.061 señala que el adolescente 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 definitiva, el adolescente que cuente con edad y grado de madurez suficiente tiene capacidad procesal para actuar en juicio y constituirse en el carácter de parte del mismo.

"A lo dicho cabe agregar que, cuando hablamos de grado de madurez y comprensión en el marco de la capacidad progresiva, se trata de conceptos que deben ser llenado por cada magistrado en cada caso concreto. Dicho en otras palabras, será el Juez quien, con asistencia

interdisciplinaria adecuada, previa escucha ineludible e inexcusable del NNA (Art. 12 CDN) y con dictamen del Defensor de Menores, quien determinará en el caso concreto si el NNA cuenta con los requisitos de capacidad mínimos para intervenir de forma autónoma directa (sin representantes) asistido técnicamente por un abogado que, preferentemente, debe ser especialista en temas de Niñez”³.

A esto se suma que, el art. 639 al establecer los principios en materia de responsabilidad parental, en su inciso b) reza textualmente: *"la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos"*.

Por lo tanto, el conjunto de normas que estamos indicando conducen a afirmar la participación de adolescentes y niños/as que cuenten con edad y grado de madurez suficiente en los procesos que versan sobre cuestiones y decisiones que le conciernen.

A su vez, cabe advertir que hay un cambio radical en la figura del Ministerio Público de Niñez, dejando de lado la antigua representación promiscua. En ese sentido, se distingue claramente la diferencia entre Ministerio Público y abogado del niño, así como se suprime la doble intervención de defensor de menores y curador, quedando subsistente en casos excepcionales de falta de progenitores o inacción de los mismos.

Así es como el art. 103 del CCCN estipula que, la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad puede ser complementaria o principal. *"a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación"*. De esta manera, en numerosos procesos se eliminó la actuación de dos Ministerios

³ CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 S/ REGIMEN DE VISITA Nro. Sent: 426 Fecha Sentencia 27/07/2017

de Niñez, actuando uno solo, generalmente en el carácter de complementario a los representantes legales, como controlador del procedimiento y garante de los derechos de NNyA, no como abogado, ni representante. Estimo que la decisión es por sí acertada en el sentido que evita numerosas vistas y dictámenes, y en consecuencia, se dilate en el tiempo procesos que tienen que tener en esencia premura y la mayor celeridad posible.

“El Ministerio ya no asesora al niño, niña o adolescente, sino que su tarea se concentra en garantizar el ejercicio y concreción de los derechos que a aquellos corresponde dado su carácter de sujetos de derecho”⁴.

“Entendemos que, con el objeto de garantizar la tutela de los derechos de aquel adolescente que carece de representación legal de padres, tutor, etcétera; el sistema de la doble representación prevista por el CCCN lo equipararía al adolescente que no sufre esa carencia.... En definitiva, fijamos criterio en el sentido de que la ley resulta clara al respecto: cuando hay inacción o falta de los representantes, la intervención debe ser principal y complementaria (art. 103 inc., "b" del CCyCN)”⁵.

Por otro lado, cuando la legislación de fondo se refiere a normas y principios del derecho procesal, el art. 677 dispone que *“se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”*.

“De lo expuesto surge en forma clara que, cuando en un proceso se encuentran afectados en forma directa los derechos e intereses de una persona menor de edad, es obligación del órgano jurisdiccional, no sólo oír al niño por manda legal y convencional (art. 12.2 C.D.N), sino propender a que este ejerza su derechos por si mismo, en la medida que su comprensión de los actos lo permita, admitiéndose para ello la asistencia letrada a través del denominado abogado del niño (art. 27 ley 26.061, 26 C.CyC y cctes)”⁶.

⁴ CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 S/ TUTELA Nro. Sent: 117 Fecha Sentencia 14/03/2016

⁵ CAMARA CIVIL Y COMERCIAL COMUN - Sala 1 S/ DAÑOS Y PERJUICIOS Nro. Sent: 220 Fecha Sentencia 01/06/2016

⁶ CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 S/ TUTELA Nro. Sent: 117 Fecha Sentencia 14/03/2016

Además, conforme art. 678 *“si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público”* y de acuerdo a lo normado por el art. 679 *“el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”*.

La participación en juicio del adolescente excede la voluntad de sus progenitores. Eso se confirma con lo expresado en el art. 680 que establece que *“el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos”*.

El CCCN en el capítulo destinado a regular los procesos de familia reitera en el art. 707 que *“las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”*.

La mención del plexo normativo tiene por objeto señalar que los niños/as con grado de madurez suficiente y específicamente los adolescentes a partir de los 13 años tienen calidad procesal para estar en juicio, ser parte del mismo, y contar con asistencia jurídica. No obstante, en algunas jurisdicciones y específicamente en Tucumán, aún no existe una ley especial que regule la figura del abogado del niño, ni tampoco está previsto en el código procesal actual, que vale decir se encuentra totalmente desactualizado con los cambios que se fueron incorporando. Es por eso, que la reforma procesal debe incorporar las cuestiones referidas a la participación y representación de niños/as y adolescentes en el proceso judicial, y a su vez, sancionar de manera urgente una ley específica de abogado del niño, que incorpore cuestiones atinentes a funciones, habilidades y formación especial, registro, pago de sus honorarios, entre otras.

En definitiva, la realidad demuestra que la práctica no es la ideal, ni mucho menos alcanza el estándar que establece la CDN, la Ley de

Protección Integral y el CCCN en materia de participación y representación de NNyA en los procesos de familias.

Por último, es preciso reiterar que a falta de legislación actual, la participación de los adolescentes en el proceso se encuentra limitada y en escasos casos se incorpora la figura del abogado del niño, que es un abogado que se designa o bien por alguno de los progenitores y resulta ser el abogado del progenitor, o mediante oficio al Colegio de Abogados que designe uno que sea especialista en la temática. A esto se suma, que recientemente el Ministerio de la Defensa de la provincia de Tucumán nombró a cuatro abogados del niño, adjudicándose la figura al Ministerio Público, sin concurso y sin cumplir con el mandato legal que establece que deben ser abogados especializados. Ahora bien, ¿es una figura que debe pertenecer bajo la órbita del Ministerio de la Defensa?, ¿No hay una contraposición de intereses?, ¿Generará confusiones con las tareas que desempeñan las Defensorías de Niñez?, son algunas de las preguntas que me formulo. Lo que no queda ninguna duda es que por un lado, el vacío legislativo, y por otro, los excesos del Ministerio de la Defensa, lesionan actualmente los derechos y garantías de NNyA que las leyes y los tratados internacionales les reconocen para una legítima y eficaz participación judicial.

Algunas soluciones:

1.- Actualmente no hay disposición alguna en el Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán que hable específicamente de la representación de niños y niñas, la participación de los adolescentes a partir de los 13 años en juicio y la asistencia jurídica de los mismos, por encontrarse la norma atrasada a partir de la Ley 26.061, la CDN y ahora el CCCN vigente. En consecuencia, una reforma de la legislación debe prever este punto, atento a lo ya regulado en las leyes nacionales, y los tratados internacionales.

2.- En Tucumán sería de vital importancia la participación de niños/as con edad y grado de madurez suficiente y adolescentes a partir de los 13 años en el proceso Prejudicial de Mediación Obligatoria, atento a que se arriban a acuerdos que los involucra y les compete directamente. Asimismo, en otros procesos en los que los adultos toman decisiones que le competen.

3.- Hay que distinguir la intervención promiscua del Ministerio Público de Niñez, de la asistencia jurídica de los NNyA. En ese sentido, en algunos procesos es fundamental la participación de un verdadero abogado del niño que brinde asistencia jurídica al mismo. Asimismo, evitar la doble intervención del Ministerio de Menores e Incapaces para casos excepcionales.

4.- La figura del abogado del niño debe ser implementada por intermedio de concursos para seleccionar a personas idóneas y especialistas en la temática. Estimo que la figura no debe formar parte del Ministerio de la Defensa.

5.- Una solución sería sancionar una ley de abogado del niño y contar con un registro de abogados del niño especializados en la temática, reclamo que hace varios años se hace en Tucumán. El Colegio de Abogados de Tucumán presentó un proyecto de ley, mientras tanto el Ministerio de la Defensa nombró recientemente a cuatro abogados del niño, sin concurso alguno adjudicándose la figura bajo su órbita.

5.- Hasta la sanción de una normativa que especifique la asistencia jurídica de adolescentes y de quienes cuenten con edad y grado de madurez suficiente, es elemental que el juez en algunos casos designe de oficio un abogado del niño con participación de ese NNyA en la selección, sobre todo en casos de alta conflictividad entre los progenitores o cuando los derechos del niño/a se vean vulnerados y pueda ejercer por sí mismo esos derechos.

En conclusión, implementar el derecho a ser oído de NNyA, la participación de los mismos en juicio, la verdadera representación técnica de sus derechos, implica reconocer que son sujetos de derechos y del debido proceso legal. Se trata no sólo de cumplir con el art. 12 de la CDN, sino que cuenten con una verdadera participación y representación.