

ABOGADO DEL NIÑO

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA INSTITUCIÓN

Por María Teresa Pomilio

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objetivo brindar un acercamiento a la evolución del instituto del abogado del niño y su rol, que tiene como colofón final la inclusión en el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la ley 26.994 (01-10-2014) con entrada en vigencia el día 1º de agosto de 2015, según ley 27.077; en su artículo 26 en concordancia con los artículos 101, 113, 596, 608, 617, 677, 706, entre otros.

Ello se analizará a través del plexo normativo existente ya sea legal y convencional, como así también en la evolución jurisprudencial que se ha venido gestando al respecto y siempre tomando como premisa fundamental que el niño, niña y adolescente son sujetos de derecho que deben ser oídos dentro del marco y análisis del grado y madurez de cada uno de ellos.

II. DESARROLLO

a. Constitucionalidad, Convencionalidad y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Constitución Nacional con la reforma del año 1994, a través del artículo 75 inc. 22, otorgó jerarquía constitucional a distintas convenciones, entre ellas a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-11-1989, sancionada en nuestro país por la ley 23.849 el día 27-09-1990 y en la que en su artículo 12 dispone que los Estados partes deben garantizar al niño la posibilidad de formarse un juicio propio, el derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que a él incumben y particularmente en su inciso 2 indica que debe tener oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte o que lo tenga por protagonista. La aplicación de esta Convención es por excelencia la que reviste mayor importancia, ello sin perjuicio de aquellas otras dictadas en el marco de los derechos humanos que deben ser también analizadas en el amplio espectro de apreciación que marca la actividad con niños, niñas y adolescentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en dos casos emblemáticos contra la República Argentina "Fornerón" (27-04-2012) y "Furlán" (31-08-2012) por unanimidad dispuso: en el primero de ellos, que el Estado argentino es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, que incumplió con su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno en perjuicio del Sr. Fornerón y su hija M. y asimismo, dispuso en lo que aquí interesa que el Estado debía establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el Sr. Fornerón y su hija M., implementar un programa o curso obligatorio para todos los operadores de la justicia de Entre Ríos (lugar donde se desarrolló el proceso) vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas y su interés superior y principio de no discriminación. En el segundo de los nombrados, estableció que el Estado es responsable por la vulneración que provocó el haber excedido los plazos razonables para la resolución que requería el reclamo de Sebastián Claus Furlán con la vulneración al derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, además consideró la vulneración que provocó la falta de participación del Asesor de Menores y la violación del derecho a la integridad personal y acceso a la justicia que le fue impedida, disponiendo por ello que la República Argentina debía brindar asistencia médica, psicológica y psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas.

b. Normativa local nacional y provincial.

A partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al sistema jurídico argentino y la responsabilidad asumida en garantizar a las personas menores de edad la plenitud del ejercicio de sus derechos, conforme su condición de individuo sujeto de derecho en especial estado de desarrollo, cambió el paradigma de la infancia. La legislación debió acoplarse a esa nueva pauta girando el eje desde la situación irregular –donde el niño era considerado un objeto que era de pertenencia y dominación del mundo adulto- al de protección integral, que indica que debe brindársele trato de sujeto con autonomía progresiva. Para ello se dictaron en el ámbito nacional la ley 26.061 y en el ámbito provincial la ley 13.298 (texto según leyes 13.634 y 14.537).

Ambos plexos normativos han importado una verdadera bisagra en el terreno de la tutela de la minoridad, ya que a partir de ellos se proclama la garantía del menor a ser oído en todo aquello que le concierne, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte y a participar activamente en todo el procedimiento (arts. 4 inc. b, 14 y conchs. de la ley 13.298 (texto según leyes 13.634 y 14.537 y arts. 3, 24, 27 y conchs. de la ley 26.061).

Asimismo, y en cumplimiento con lo establecido en el artículo 12 incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como lo enuncia su artículo 1º, en la Provincia de Buenos Aires se sancionó el día 27-11-2013 la ley 14.568 que crea la figura del Abogado del Niño estableciendo como premisa que la representación que le cabe es ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, siendo además, obligatorio informar al niño, niña y adolescente de la existencia de dicha figura.

III. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación importa la concreción expresa de los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento internacional que cambió el curso de la historia, al menos en su visión teórica sobre la niñez y la adolescencia. En consecuencia, la normativa local respeta la visión del niño como sujeto de derechos humanos, recepta el principio de interés superior del niño, de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de la identidad, a los alimentos como derecho humano, etc.

Para ello incorpora reglas procesales (plenamente justificadas) que permiten el acceso a una tutela judicial efectiva, otorgando al Juez elementos que le permitan actuar con la celeridad, inmediatez y rapidez que la complejidad y -muchas veces- vulnerabilidad de los derechos comprometidos amerita ese accionar. Se requiere de un juez activo, procedimientos flexibles y flexibilidad de la congruencia.

El acceso a la justicia conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye una norma imperativa de derecho que se integra con el derecho a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable por parte de un juez independiente, pero también a que esa sentencia se cumpla. La garantía solo será posible si el proceso se desarrolla con celeridad, concentrando los actos y disminuyendo los gastos del proceso, pues ello hace a la economía procesal.

Este artículo les otorga la posibilidad de intervenir con asistencia letrada en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes. Dicha normativa consagra un cambio de paradigma en el discurso jurídico sobre los derechos de niños.

Existen, a lo largo de todo el cuerpo normativo artículos que así lo han entendido, entre otros en los arts. 100, 101, 113, 596, 608, 617, 677, 706.

Este viraje reconoce filiación normativa, tal como lo vengo señalando, en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ahora bien, se trata de una 'fórmula de una inocultable amplitud que la prudencia de nuestros jueces tendrá que delimitar'. En sentido coincidente, se puede afirmar que si bien se debe escuchar al niño en todo proceso que lo involucre, no sucede lo mismo con la designación de un abogado. Esto ocurrirá en los casos en que el juez advierta 'complejidad del asunto que tiene en sus manos, y sospeche que juegan en la especie intereses contrapuestos'. Existen cuestiones que de por sí presuponen la existencia de una contraposición

de intereses, en otras, será el juez quien evalúe o no la necesidad de proceder a la designación. Así lo ha entendido la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala IIª en dos fallos en los que parte de los agravios consistía en la falta de asistencia letrada de dos niñas a las que se les había decretado el estado de adaptabilidad luego de que fracasaran todas las gestiones realizadas por los operadores administrativos, médicos y judiciales que intervinieron en el logro de una revinculación de ellas con su familia biológica. La parcela referida al tema en cuestión fue rechazada ya que los jueces del Tribunal entendieron que ambas habían sido escuchadas en distintas oportunidades y que en ningún momento se les había privado la posibilidad de acceso a una tutela judicial efectiva, ni se evidenció en la tramitación de la causa que algún derecho de ellas no había sido protegido en los términos del art. 12 sobre la Convención de los Derechos del Niño y de los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional (causa: V., N.A.I. s/ Materia a categorizar, Expte. PL-6912-2015, Sala IIª del 11-12-2015, r.i. 578 y F., M.M. s/ Materia a categorizar, Expte. PL-6912-2015, Sala IIª del 11-12-2015, r.i. 577).

Pocos días atrás, en un reciente fallo la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew adujo que los judicantes no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños o adolescentes entrampados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido con la causa. En el caso en cuestión la menor solicitó expresamente la asistencia de una abogada del niño ya que se había ordenado la revinculación con su progenitora cuando ella, ya adolescente se negaba a hacerlo. En casos como el presente dijo el Tribunal se ha constatado un claro conflicto de intereses entre la madre de la menor y el Sr. B., por un lado, y la propia menor, por otro, sin duda que le asistía el derecho de buscar asistencia letrada para sí. Consideró de tal claridad la norma que surge del artículo 26 del C.C.C. como así también la audiencia de vista de causa que se llevó a cabo en la Alzada y la prueba colectada que consideró apresurada, imprudente y pasible de revocación la sentencia en crisis ya que la menor expresó no desear verse sometida a maltratos, como los que experimentaba de su madre y del Sr. B. De tal forma se resolvió revocar la sentencia apelada y se dispuso que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto la misma no esté plenamente de acuerdo con ello y en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir con tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde. Además se indicó dejar sin efecto que la menor retorne al hogar de su madre en un plazo breve y perentorio, como el que se había fijado en la resolución de la instancia de origen (causa: Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medidas de Protección (SSB), Expte. 145-Año 2015 CAT, Sala A del 21-08-2015, r.s.d. 6).

Ya con anterioridad nuestro Superior Tribunal Federal se había expedido al respecto señalando 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, correspondía hacer lugar a la medida sugerida y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine. Ello resultó luego de los distintos recursos interpuestos por los progenitores de dos niñas en las que su madre solicitaba la cesación del régimen de visitas estipulado con su padre por vía de medida cautelar y éste, por su parte presentó las apelaciones del caso (causa: G., M.S. c/ J. V., L. s/ Divorcio Vincular – Recurso de Hecho G. 2125 XLII del 26-10-2010). Lo novedoso en este caso analizado es que la fijación de un abogado que represente los intereses de las menores atendió al pedido que formulara el señor Defensor Oficial ante la Corte Suprema y no por un pedido expreso de las niñas involucradas.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en forma conceptualizada estableció que la labor del letrado del niño es diametralmente diferente a la del abogado del adulto, pues está en juego el orden público. Tiene que tener como objetivo central que se cumpla en el proceso la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. Es esencial que el abogado de los niños y adolescentes propenda, de una manera autónoma a las restantes partes intervinientes en el proceso, a la real defensa de sus asistidos. Por ello 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, asegurando un desempeño independiente. Debe prevenirse el riesgo de

involucrar a los hijos en situaciones que corresponden a sus progenitores, depositando el peso de ellas en una psiquis en plena formación.

En el presente caso los jóvenes no se hallaban en condiciones psíquicas ni emocionales de obrar libremente dado el vínculo presuntamente simbiótico y patológico –síndrome de alienación parental- que tenían con su padre, quedando evidenciada una fuerte identificación de los menores con el discurso del progenitor y en tal situación, no podían actuar con real autonomía tal como el ordenamiento vigente propende cuando resulta ser ese progenitor quien contrata a los abogados que los asiste, les abona los honorarios y además les da instrucciones en su accionar. Por ello, es que resolvió apartar a la abogada de los hijos, dio intervención en su reemplazo al “Registro de Abogados Amigos del Niño” del Colegio Público de Abogados y rechazó todas las presentaciones que llevaran insertas las firma de los jóvenes con el patrocinio de la letrada anterior (causa: B042570 B., C.R. y otros c/ T.R.E. s/ Tenencia de Hijos Cám. Nac. Apel. Civ., Sala B del 26-03-2015).

IV. CONCLUSIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño incorporada en nuestro orden constitucional a partir de la reforma del año 1994 en su artículo 75 inc. 22 resulta ser el punto de partida de todo análisis que deba realizarse en torno a niños, niñas y adolescentes, marcando el principio rector a partir del cual el Estado debe actuar cuando deban tomar decisiones que concierna e involucre a sus intereses.

El Código Civil y Comercial de la Nación expresamente incluye en el derecho privado argentino el paradigma constitucional – convencional, reconociendo dentro de ese contexto a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

Con los nuevos paradigmas que propugna se perfila como un código con un régimen flexible.

Diseña y establece mecanismos a través de las normativas analizadas que permiten que la participación de ellos se desarrolle en forma activa en todos aquellos procesos, sean estos procesales o no.

La defensa del niño no puede limitarse a lo técnico, porque para ello existen operadores dotados para llevar a cabo tal misión (servicios locales, zonales, asesores de incapaces, defensores oficiales, entre otros), es necesario que el abordaje se realice de manera integral, teniendo en cuenta no sólo el conflicto a resolver sino también la salud, educación y esparcimiento.

Si bien la asistencia letrada puede ser solicitada por el niño, niña y adolescente y el juez para ello tendrá en cuenta el principio de autonomía y capacidad progresiva existe una restricción ya que la limita a aquellos casos en los que existen conflictos de intereses entre el niño y sus representantes legales.

Por ello, el avance en materia de niñez ha sido importante y se vislumbra que nuestro país va en vías de modernización y de encontrarse a la altura de los prototipos que la tutela judicial efectiva y la defensa de derechos humanos supone, pero aún resta un camino largo por andar, teniendo en cuenta que aún nos encontramos con obstáculos que deben ser sorteados, hay situaciones de vulnerabilidad de derechos que no son resueltas en tiempo y forma, muchas veces el acceso a una justicia ágil que dé respuesta inmediata a aquellos casos que así lo requieran parece algo difícil de conseguir y por sobretodo, existe una falta de concientización en la sociedad de requerir de los mecanismos que el estado pone a su disposición para las situaciones en que realmente sean necesarios y no utilizándolos como medios para satisfacer intereses personales.

Para ello la figura e intervención del abogado del niño resulta ser una garantía que, bien utilizada por los jueces que deban resolver situaciones que los involucre, corresponde que sea siempre atendida y no se limite a situaciones que límite la edad o la capacidad del menor que requiera asistencia ya que su intervención en el proceso en el que se tomarán decisiones que los involucre debe ser permanente y activa, todo ello claro sin perjuicio de la representación promiscua del Asesor de Incapaces.

BIBLIOGRAFÍA

- Claves del Código Civil y Comercial, Rubinzal – Culzoni Editores, Año 2015, p. 206)
- Cód. Civ. y Com. De la Nac. Analizado, comparado y concordado, Ed. Hammurabi, T: 1, Año 2015, p. 83).
- Corte IDH, “Caso Anzualdo Castro vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 22-09-2009, párr. 15.
- Cód. Civ. y Com. de la Nac. Comentado, T: II, Herrera – Caramelo – Picasso, Infojus, Año 2015, p. 560.
- Reflexiones procesales sobre la ley 26.061, Jorge Kielmanovich, L.L. 2005-F-987.
- La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, Mauricio Mizrahi, Fundación Sur – Editores del Puerto, 2006, p. 79.