FUNDAMENTOS

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a ser representados por un abogado, encuentra su fundamento en la normativa nacional e internacional.

Tratar de efectivizar y ampliar sus derechos es un desafío de índole político y cultural que aún debemos concretar. Las prácticas familiares, sociales, educativas, políticas y judiciales embebidas en hábitos, prejuicios e ideologías que se distancian del reconocimiento del niño como sujeto de derecho, hacen necesario el derribamiento de estos modelos culturales.

Los miembros de una sociedad tienen diferentes responsabilidades en esta tarea, quienes ejerzan la profesión de abogado y por ende operadores del derecho, tienen un rol más importante en el mejoramiento de la justicia, máxime cuando se trata de la defensa técnico-jurídica de las niñas, niños y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño garantiza el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta. La Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (nº 26.061) consagra el derecho del niño a ser asistido por un letrado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

El Proyecto de Reforma del Código Civil en su artículo 26 establece que:

"La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta 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 (…)".

Ahora bien, nuestro actual Código Civil, al regular la capacidad civil de las personas dispone que los llamados "menores impúberes" tienen incapacidad absoluta de hecho (artículo 54, Código Civil), mientras que los "menores adultos" sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar (artículo 55, Código Civil).

Por lo tanto, hoy nos encontramos con normativa contradictoria entre las normas internacionales de protección de los niñas, niños y adolescentes, pues la ley nacional 26.061 y el actual Código Civil, imposibilitan a los menores -que no gozan de capacidad- para realizar actos jurídicos.

A los fines de resolver esta disputa jurídica, numerosa doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado en uno u otro sentido, por lo que aquí destacaremos lo resuelto recientemente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo manifestado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

Antes que nada, vale aclarar cuáles son las posturas jurídicas reinantes en el tema que nos convoca.

Por un lado, tenemos a quienes se apegan a una postura restrictiva, que tiene su fundamente en la capacidad civil establecida en nuestro actual Código Civil, negando la capacidad de los menores de 14 años para realizar por sí mismos actos jurídicos. Postura que rechaza al menor como parte en el proceso menos aun con asistencia letrada.

La tesis intermedia trata de buscar el equilibrio proponiendo que se tendrá que tener en cuenta la edad y madurez del menor al momento de decidir si corresponde que lo represente un abogado del niño, o en su defecto la designación de un tutor ad-litem.

Por último, una postura amplia sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal. Por lo que el niño, niña o adolescente, siempre tendrá derecho a designar un abogado de su confianza, en cualquier etapa del proceso, o procedimiento que atraviese.

Nuestra CSJN, en el caso (CSJN, M., G. c/ P., C. A., 2012) sostuvo lo siguiente:

"Las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En ese sentido, las disposiciones del Código Civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley de rotección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de cuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (…) como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte"; "…una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la

cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (…). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (…). En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia".

Vemos que la Corte en este caso se ha inclinado por adherir a la tesis restrictiva en la relación a la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes cuenten con un "abogado del niño".

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó la importancia de la participación del niño en los procesos atendiendo a sus condiciones específicas. Así, dijo que:

"…debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior... En definitiva, 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 esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva n° 17, Párrafos 101-102).

A su vez, el mencionado órgano internacional, en el reciente caso "Furlán y Familiares vs. Argentina", sostuvo que es necesario atender a las condiciones especiales de los niños a fin de adoptar medidas que garanticen sus derechos y garantías. Así, dijo que:

"…si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (Corte Interamericana de Derechos

Humanos, Furlán y Familiares vs. Argentina, 2012, párrafo 242).

Este proyecto de ley adhiere a una tesis amplia, y brega por el efectivo interés superior del niño, brindándole una herramienta más a los fines de garantizar sus derechos, sobre todo cuando están en pugna con los derechos de sus padres o los adultos en general.

Vale la pena aclarar, a los fines de evitar malos entendidos, las diferencias entre dos figuras protectoras del niño que existen en la actualidad y esta nueva figura "abogado del niño":

El defensor de menores interviene como parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que las personas menores de edad demanden o sean demandadas, o en que se trate de las personas o bienes de ellos (artículo 59, Código Civil). La representación del defensor de menores complementa a la representación legal del niño, ya sea ejercida por sus padres o tutores. El Decreto 415/06, reglamentario de la ley 26.061, marcó la distinción entre ambas representaciones. En efecto, el artículo 27 dice que:

"El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".

Por lo tanto, concluimos que la participación del defensor de menores protege los intereses del Estado, en su función de tutelar los derechos del niño. En cambio, el abogado del niño defiende los intereses particulares e individuales de la niña, niño o adolescente.

En relación al tutor ad litem, el artículo 61 del Código Civil dispone que "cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare". El artículo 397, inciso 1 del mismo cuerpo legal, dice que "los jueces darán a los menores tutores especiales cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren".

Ahora, si bien parecen institutos similares, hay una gran diferencia entre ellos. El tutor ad-litem nace de la incapacidad del menor de discernir por sí

mismo, por lo que tiene su esencia en la cúratela como instituto de protección del menor que no tiene capacidad para entender los actos de la vida civil. Por el contrario, el abogado del niño defiende los intereses del niño como sujeto activo de derechos, que tiene un saber y entender determinado y donde su opinión y verdad cuentan. No se reemplaza la voluntad del niño con la de un adulto curador, sino que éste participa en el proceso activamente respondiendo a sus intereses personales.

Por ello:

Autor: Jorge Raúl Barragán.

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO
SANCIONA CON FUERZA DE
L E Y

Artículo 1°.- Cumpliendo lo establecido por el artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, y del artículo 27 de la ley 26061, créase en el ámbito de la Provincia de Río Negro la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Defensor de menores e incapaces.

Artículo 2°.- se un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito de los Colegios de Abogados de las cuatro circunscripciones judiciales de la Provincia de Río Negro, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia.

La asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño.

Artículo 3°.- Al iniciarse un procedimiento administrativo o judicial en el que estén involucrados o afectados derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes, la autoridad administrativa, policial o judicial actuante deberá hacer saber a éstos que tienen derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso legal, a tal fin se le deberá designar un abogado personal extraído de la nómina de inscriptos en el Registro correspondiente al Colegio de Abogados de la jurisdicción correspondiente. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de designación de oficio por parte del juez/a interviniente.

Artículo 4°.- Corresponde al abogado del niño, en los ámbitos, instancias y fueros en que actúa:

a) Brindar asesoramiento de cualquier índole a los niños, niñas y adolescentes y a sus familias sobre los recursos públicos, privados y comunitarios y su tramitación, además de intervenir y asesorar en las instancias de mediación o conciliación.

b) Realizar la defensa técnica de los derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente, con observancia de la voluntad del niño, niña o adolescente, en todo procedimiento administrativo o judicial.

c) Promover las medidas judiciales y extrajudiciales que correspondieren para la protección de los derechos del niño, niña y adolescente.

d) Oponerse a la internación y/o institucionalización ante posibles medios alternativos y solicitar la restitución del vínculo familiar y/o externación si ello resulta de la voluntad del niño, niña y adolescente.

e) Promover que las internaciones y las institucionalizaciones sean por el período más breve posible y solicitar todas las medidas de protección que resulten necesarias.

f) Solicitar al juez interviniente que declare el estado de adoptabilidad del niño, niña y adolescente patrocinado.

Artículo 5°.- Los colegios de abogados, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo deberán difundir la nómina de los Abogados de los Niños inscriptos en el Registro, con el fin de garantizar su accesibilidad.

Artículo 6°.- Las costas y particularmente los honorarios que genere la actuación profesional del abogado del niño serán a cargo de los padres del niño, niña y adolescente. En caso de carencia de recursos económicos debidamente acreditada o existencia de conflicto de intereses entre los menores y sus padres, el Ejecutivo provincial será el encargado de cubrir los montos, sin perjuicio de la posterior acción de repetición que pudiera entablarse contra aquellos. Todo ello, conforme los aranceles que determinen la normativa vigente y la condena en costas que pudiera establecerse.

Artículo 7°.- Autorizar al Poder Ejecutivo y al Superior Tribunal de Justicia a realizar las adecuaciones presupuestarias y la asignación de los recursos necesarios para la implementación de la presente ley.

Artículo 8°.- La presente ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo en un plazo máximo de noventa (90) días a partir de su promulgación.

Artículo 9°.- De forma.