

El abogado del niño en los procesos de familia

Fabián Piñeyro

Lucía Martínez

Susana Falca

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño les reconoce a todas las personas menores de edad, que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de comparecer ante los tribunales de justicia a los efectos de hacer valer sus pretensiones; la efectiva operatividad del referido mandamiento se ha visto obstaculizada en los distintos países, por la vitalidad que luce un conjunto de conceptualizaciones en torno a la infancia como categoría jurídica, que están centradas en la noción de incapacidad y articuladas alrededor de la necesidad de tutela.

Los desafíos y dilemas que se les presenta a los operadores judiciales, toda vez que se plantea un contencioso en el que debe darse cumplimiento a la citada disposición convencional, son muy similares en cada uno de los países de la región, sin perjuicio de los matices y coloraciones particulares, derivadas de las diferentes maneras en que la legislación interna ha *operativizado* el citado mandamiento convencional y el principio del que ese se deriva¹.

En el Uruguay el artículo 8 del Código de la Niñez y de la Adolescencia dispone que la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales puede operar de dos maneras bien diferentes. Dicho artículo preceptúa que los menores de edad pueden comparecer como sujeto de una pretensión asistido por un abogado, u operar como un centro de interés tutelado por un curador.

La edad ha de ser el factor determinante al momento de establecer cuál es la manera en que un menor de edad debe actuar en un determinado proceso.

¹ En referencia al principio de la autonomía progresiva

Un niño de muy corta edad que todavía no ha adquirido las habilidades cognitivas necesarias para conformarse un juicio cierto, ni para sopesar opciones, ha de actuar como un centro de interés tutelado por un curador. En cambio, un adolescente de 13 años², al que el ordenamiento jurídico uruguayo, ya le reconoce capacidad para infringir la ley penal, ha de comparecer como titular de una pretensión jurídica y asesorado por un abogado.

Entre estas dos escenas polares, existe un escenario *intermedio*, el de los casos, en que el niño tiene una edad que no le permite todavía conformarse una representación cabal del cuadro situacional, pero que sí le posibilita, con la debida asistencia, capturar cognitivamente la situación y definir sus preferencias; en este caso, debe ser “patrocinado” por un curador asistente, el que deberá entre otras cosas, ayudar al niño, para que este se forme su propia opinión, en base a la cual deberá formular la pretensión del niño en el proceso.

Al curador del niño, en el marco de un proceso judicial, le corresponde velar por los intereses objetivos de la persona menor de edad, y hacer valer ante el tribunal su interés superior³, de manera de garantizar, que cuando la resolución del caso remita a cuestiones que hacen a la esfera personal del niño, la decisión del asunto, tenga el menor tono de irreversibilidad posible, de manera que cuando ese niño, se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio sobre esa cuestión, le sea posible al niño ejecutar su decisión.

El curador asistente tiene el deber de ayudar a su representado, a formarse un juicio propio respecto del asunto planteado. Para ello, lo debe de munir de toda la información necesaria y presentarle todo el abanico de opciones posibles a fin de que el niño pueda tomar una decisión por sí mismo; no le corresponde, en modo alguno, a este curador asistente inducir al niño a tomar una determinada decisión.

El abogado del niño debe recoger el punto de vista de éste y traducirlo en una pretensión jurídica. La formulación de cualquier planteamiento, o la ejecución de

² Edad que, en otros países de la región, ha sido fijada entre los 12 y 14 años.

³ Ver Manual de Derecho de Infancia págs. 36 a 44

cualquier acto procesal que contraríe los deseos manifestados por su cliente, importa una grave trasgresión de los deberes profesionales exponiéndolo a responsabilidades. El relacionamiento entre el abogado y su cliente, y su desenvolvimiento procesal debe ajustarse a las mismas coordenadas que corresponde seguir cuando se está asistiendo a una persona mayor de 18 años.

La circunstancia de que defienda en juicio a una persona menor de edad no lo habilita en ninguna forma a traicionar la voluntad de su cliente. Al abogado no le corresponde en modo alguno operar como un garante del buen destino vital de su cliente, por ello no debe determinar su labor en función de las valoraciones que a él le merezcan las opciones que toma su patrocinado; por el contrario, debe extremar sus esfuerzos con el objeto de obtener una decisión judicial que habilite a su cliente a realizar aquello que anhela.

A impulsos de un ansia protectoria, edificada sobre el sustrato simbólico y axiológico de una cosmovisión contraria a los valores que el ordenamiento jurídico pretende realizar, se formulan planteamientos que alientan actitudes profesionales reñidas con la ratio convencional, induciendo a los abogados a desoír los deseos, los anhelos del niño, toda vez que se entienda por parte del operador, que la realización de los mismos “*es inadecuado para el chico*”. Al sistema judicial no le corresponde, en nombre de la disminución de la exposición al riesgo, imponer pareceres, signar la trayectoria vital de un individuo, negando su condición de fin en sí mismo.

Por el contrario, a los tribunales de justicia de un estado democrático, les compete proteger la libertad de los individuos, garantizándole a estos la posibilidad de constituirse en artífices de su propio destino.

En atención a las características de los asuntos en los que normalmente es llamado a juicio un individuo menor de edad, le corresponderá a su abogado, en muchos casos, procurar que el tribunal respete el carácter vinculante de las manifestaciones de voluntad de su defendido.

En suma, al abogado le corresponde traducir el deseo del niño o del adolescente, en una pretensión jurídica y propugnar por su legitimación por parte del tribunal, pero la vitalidad que ostentan las conceptualizaciones protectorias antes referidas, ha generado que se le asigne al abogado del niño un rol bien distinto. La mayoría de los tribunales, esperan del profesional del derecho que ha sido convocado al proceso, con el *nomen* de abogado del niño, el desarrollo de una actividad de corte investigativa e informativa. A dicho profesional se le asigna la tarea de informar al tribunal sobre las actividades, las rutinas, y el diario vivir “*del menor de autos*”; a tales efectos, el abogado procede a entrevistarse con el niño, y en algunos casos, con los otros sujetos del proceso; una vez recabada la información se aboca a plasmarla en un informe, que es presentado en el expediente judicial, ello deja en estado de absoluta indefensión al “*menor de autos*” e importa un claro apartamiento con lo dispuesto en los artículos 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Dicha praxis además viola el deber de confidencialidad y vulnera el derecho a la privacidad del niño o del adolescente.

Se opera de esta forma una desnaturalización de la función del abogado del niño, que da lugar a que se desdibuje el carácter jurídico de su intervención.

Desnaturalización que produce un desplazamiento de lo jurídico y una inversión de la estructura epistémica del proceso, subordinando las consideraciones de justicia al imperio de razones de “*eficacia*”.

Al operarse esa subordinación de lo jurídico, el respeto a la autonomía personal queda supeditado a la apreciación de la conveniencia o no de lo decidido “por el chico”, de allí que exista una relación de causalidad entre la equívoca delimitación de la frontera que separa lo fenomenológico de lo jurídico y una praxis decisoria que no incorpora a la autonomía personal como un bien jurídico a tutelar por encima de cualquier otra consideración, cuya protección solo puede ceder ante la necesidad de arbitrar un mecanismo compulsivo de protección de la vida ante un riesgo grave e inminente.

Es al jurista que le corresponde precisar y establecer la dimensión normativa presente en un contencioso social o familiar; una vez que se ha efectuado esa operación heurística y se ha identificado el conflicto jurídico, habrá de apelarse a los saberes fenomenológicos, a los efectos de que estos aporten información respecto del cuadro fáctico planteado, en base a la cual ha de formularse la caracterización jurídica de los hechos de la que va a depender la selección de la norma aplicable. Pero la resolución de la cuestión se debe definir en términos de justicia, en función de consideraciones normativas, en base a la determinación del derecho aplicable y de los derechos en *juego*, y a una adecuada ponderación de los mismos.

Una vez que ha sido designado como abogado del niño, el profesional debe recoger la voluntad, el deseo, el querer de su defendido, y hacer que *su voz* sea *escuchada* en el proceso. El derecho del niño a manifestar su opinión en toda contienda judicial que lo involucre, no debe entenderse como el derecho a ser entrevistado por el juez de la causa; el derecho a ser oído implica la facultad de ejercer todos los actos procesales previstos a efectos de conseguir la legitimación de su pretensión. Una inadecuada y descontextualizada interpretación del tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha generado, entre los operadores, el erróneo entendimiento de que se cumple, con el citado mandamiento convencional, mediante la simple convocatoria a audiencia del niño o del adolescente, y que es el juez quien debe incorporar esa opinión mediante la toma de declaración.

Las referidas praxis forenses importan un grave desconocimiento del derecho de las personas menores de edad a estar en juicio, y a ejercer, como lo dispone el artículo 8 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, todos los actos procesales para la protección de sus derechos.

La opinión del niño, traducida en una pretensión jurídica, debe ser incorporada en un escrito propositivo. Los magistrados deben de trasladarle al niño lo planteado por los padres o responsables en sus escritos de demanda y contestación. El plazo

que se le debe conferir al niño o al adolescente debe ser el mismo que ha tenido quien ha sido emplazado a contestar la demanda.

Al abogado del niño le compete la estructuración del escrito propositivo, del que los magistrados deberán dar vistas a las otras partes.

Una vez que el abogado ha recogido la voluntad, el deseo, el querer del niño, ha de traducirlo en una pretensión jurídica; no resulta de recibo que comparezca planteando una actitud de expectativa. Al abogado del niño no le corresponde definir su posición en el proceso a partir de un análisis de la situación fáctica planteada, lo que él debe hacer es abogar por lo que el niño quiere, no definir qué es lo que sería mejor “para el chico”.

Al abogado del niño le corresponde el desarrollo de todas las acciones que le compete a un abogado en cualquier proceso, y velar por el respeto del valor jurídico de la opinión del niño o del adolescente.

El querer de un adolescente tiene, en el marco de un proceso de tenencia o visitas, un carácter vinculante para el tribunal, ya que se ha establecido a texto expreso que todas las personas a partir de los 13 años de edad son penalmente imputables⁴, y que además desde ese momento están capacitadas para acordar un contrato de trabajo⁵.

⁴ Artículo 74.B “Principio de responsabilidad.- Sólo puede ser sometido a proceso especial, regulado por este Código, el adolescente mayor de trece y menor de dieciocho años de edad, imputado de infracción a la ley penal.”

⁵ Artículo 162 (Edad de admisión).- Fijase en quince años la edad mínima que se admitirá en los adolescentes que trabajen en empleos públicos o privados, en todos los sectores de la actividad económica, salvo las excepciones especialmente establecidas en los artículos siguientes, y aquellas que, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente, conceda el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU). Cuando el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) no las otorgue de oficio, las excepciones deberán ser gestionadas por los padres o quien acredite la tutoría legal y establecer como mínimo el nombre del representante legal del menor, la naturaleza de la actividad y la jornada diaria.

Artículo 165 (Situaciones especiales).- El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) revisará las autorizaciones que ha prestado respecto al empleo de niños y adolescentes entre los trece y los quince años. Sólo serán permitidos trabajos ligeros, que por su naturaleza o por las condiciones en que se prestan no perjudican el desarrollo físico, mental o social de los mismos, ni obstan a su escolaridad.

Por analogía ha de determinarse, teniendo presente el principio según el cual, *el que puede lo más puede lo menos*, que son muy pocos los asuntos personales respecto de los cuales no puedan los adolescentes decidir por sí mismos.

En el caso de un niño que manifieste un claro deseo y que se muestre capaz de justificarlo, exponiendo sus razones al tribunal, su voluntad posee casi el mismo carácter ya que el decidor solo podrá *desoírlo* cuando se configuren muy especiales razones referidas a la exposición de un riesgo grave.

Cuando, en esos casos, el tribunal se aparte del claro deseo del niño, le corresponde al abogado examinar la razonabilidad de los fundamentos por los cuales el tribunal decidió no hacer lugar a lo planteado por el niño, y proceder a la formulación de la pretensión impugnativa si correspondiere.

En suma, al profesional del derecho que actúa como abogado del niño le corresponde procurar por los intereses, aspiraciones y derechos de su patrocinado.

Bibliografía

Falca Susana - Piñeyro Fabián. Manual de Derecho de Infancia. Centro C. de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano. 2018
https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://centrocooperativo.org/sites/default/files/2020-08/derecho_penal_web.pdf

Vega Ottonello Alicia y Falca Susana, en “La vulneración en la niñez y la respuesta judicial”.
Judicatura Asociación de Magistrados del Uruguay. Tomo 63, nov. 2017 CADE, Uruguay