

Título: Cuál es el alcance que tiene el niño/adolescente para elegir su letrado en un proceso que lo involucra y cuál para participar activamente en la decisión que atañe a su cuidado personal

Autor: Groisman, Eliana G.

Publicado en: RDF 2016-IV, 08/08/2016, 88

Cita: TR LALEY AR/DOC/4562/2016

Sumario: I. El caso.- II. Elección del abogado.- III. Elección del guardador

(*)

I. El caso

Se presenta la abogada O. G. invocando la representación de la niña D., de 14 años de edad, plantea recurso extraordinario de inconstitucionalidad, cuestionando las resoluciones que ordenaron la separación de la adolescente de su guardadora, como así también solicitando el rechazo de la letrada del Estado que le designó el tribunal a la adolescente, a su vez que requiere que sea ésta quien decida su propio abogado.

Su cuidadora, L. G., fue acusada años antes de hechos de violencia contra la adolescente, cuando ésta era una niña. En ese momento D. fue entregada en guarda a un matrimonio y ante la insistencia de que extrañaba a su guardadora, es reintegrada al hogar de L. G. Años después, la maestra de D. denuncia una situación de abuso por parte del Sr. J. G. (El Sr. J. G. lleva el mismo apellido que la cuidadora, pero no se aclara qué vínculo de parentesco tienen). La niña D. queda albergada en un hogar. Luego transita por distintos hogares, como así también se intenta el acogimiento en dos familias con fines de guarda preadoptiva, con resultado negativo. En todos los hogares que estuvo D., se escapó. Durante todo ese tiempo su cuidadora L. G. solicitó el reintegro de D., con resultado negativo.

Desde su última fuga, D. se refugió en la casa de L. G.

El juez de primera instancia designa como abogado para los intereses de D. el que proponga la Defensoría General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Más tarde, se presenta D., por derecho propio, rechazando la designación del del tribunal, por ser una abogada desconocida a ella, y ratificando su voluntad de que su letrada sea la presentante, O. G.

Se presenta también la Sra. L. G., plantea la nulidad de todo lo actuado por haberse tomado medidas inaudita parte y no haberle dado participación a D.

El juez rechaza las nulidades, ordena ejecutar las medidas de traslado de D., y dispone la incomunicación y prohibición de acercamiento de la Sra. L. G. y de J. G. hacia la menor.

Finalmente se presenta D. ante la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia y manifiesta que no quiere que la separen de L. G., que no le gusta la abogada que le designaron, que quiere que su abogada sea O. G. y que tiene miedo de que la vuelvan a encerrar en un hogar y no salir más. Asimismo, dice que el juez no la escucha y que quiere vivir con L. G.

La letrada designada por la adolescente es también patrocinante de J. G., acusado de presunto abuso sexual contra ésta y que pesa sobre él prohibición de acercamiento a la adolescente. Entre otras cosas, la abogada O. G. cuestiona que la profesional designada para D., al estar vinculada a un organismo público, no podría actuar contra el Estado.

La Corte Suprema de Justicia de Mendoza rechaza el recurso de inconstitucionalidad con relación a la designación de la letrada por parte de D., confirmando la realizada por el tribunal de primera instancia y hace lugar al recurso extraordinario, dejando sin efecto la orden de alojamiento de D. en un hogar y manteniendo la guarda de la niña en la persona de L. G. (1).

II. Elección del abogado

El art. 27 de la ley 26.061 refiere a las garantías mínimas de procedimiento, y, entre ellas, el inc. c se refiere al derecho del y niño y adolescente a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial y administrativo que lo incluya.

A su vez, el decreto reglamentario 415/2006 establece que este derecho contiene el derecho de designar un abogado que represente los intereses personales del niño o adolescente, y ello sin perjuicio de la representación promiscua del Ministerio Público.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula en su art. 26 que la persona 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. Por su parte el art. 31, del CCiv.yCom., donde se establecen las reglas generales con respecto a la restricción al

ejercicio de la capacidad jurídica, en su inc. e, prescribe que "la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios".

Es decir, no hay dudas que con el ordenamiento vigente el niño y/o adolescente, o la persona con capacidad restringida, puede presentarse en el proceso judicial que lo involucra con su propia asistencia letrada.

Ahora bien, cuál es el alcance de dicha designación. ¿Debe haber algún contralor por parte de los jueces en la elección del abogado?

La Corte Suprema de Mendoza, en el fallo que comentamos, decidió, a mi juicio acertadamente, que la designación de la abogada por parte de la adolescente no podía prosperar, toda vez que, a la luz de los acontecimientos, existía un grave conflicto de intereses.

No había duda de que la joven tiene capacidad para designar letrado, ya sea por su edad y por su madurez, el problema pasa por el profesional que eligió.

En efecto, la letrada designada por D. era también representante legal del acusado por supuesto abuso sexual contra D. Un claro conflicto de intereses, y, por lo tanto, la intervención por parte de los magistrados era más que obvia.

Pero pensemos si en toda designación por parte de un menor, ya sea o no mayor de 14 años, debe haber control por parte de los jueces.

La doctrina de la Corte Suprema de la Nación, hasta la fecha, ha sido que a partir de los 14 años de edad el adolescente puede no sólo tener asistencia letrada, sino también elegir el profesional [\(2\)](#).

Si se aplica en forma estricta la regla de la edad cronológica, según las pautas del Código Civil y Comercial de la Nación, la edad de 13 años sería suficiente, el art. 26 establece: "La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como participar en las decisiones sobre su persona".

Hay quienes, sin embargo, sostienen, como el Dr. Mauricio Mizrahi, que la edad cronológica no debe ser el único parámetro para determinar si el niño o adolescente puede tomar ciertas decisiones, sino el grado de madurez de éste, que podrá variar en cada una de las personas con capacidad restringida.

Si tuviéramos que aplicar la pauta de la madurez suficiente, seguramente evaluaríamos que ni los dieciséis años tal vez alcanzan para seleccionar un letrado.

La elección de un profesional que represente los intereses del niño, además, debe procurar ser un abogado que no entre en conflicto con los intereses de los adultos involucrados en el mismo proceso. Esto como pauta fundamental.

La mayoría de los autores, entre ellos Herrera, Famá y Gil Domínguez, coinciden en que la intervención del niño con patrocinio letrado no debe estar sujeta a límites etarios excluyentes [\(3\)](#).

Aún más, para Solari todo niño puede tener asistencia letrada sin importar la edad y el grado de madurez suficiente [\(4\)](#), entonces, sin lugar a dudas deberán el juez y el Ministerio Público ejercer un control estricto de las labores que desempeña el letrado [\(5\)](#).

Se impone entonces evaluar quién designa al abogado del niño.

El interrogante sería: ¿el derecho a tener asistencia letrada incluye el de elegir el abogado?

Silvina Basso resume el criterio que ha tenido la Corte y concluye que a los mayores de 14 años se les aplica la presunción de capacidad progresiva y, por ende, la facultad de estar en juicio por interés propio y de designar abogado que ellos elijan; en cambio, cuando se tratan de menores de 14 años, es el juez quien designa al abogado [\(6\)](#).

Ahora bien, si a la fecha el criterio de la Corte Suprema de la Nación fue permitir que un adolescente a partir de los 14 años se presente con patrocinio propio y a su vez lo elija, nos queda analizar si el fallo es ajustado a derecho.

Definitivamente, el niño o adolescente es una persona vulnerable, que necesita una protección especial por parte del justiciable en el proceso judicial.

Esto quiere decir que respetar en forma absoluta su autonomía en la elección de su abogado implica exigirle tomar decisiones sobre temas en que no tiene competencia para hacerlo.

Por su parte, es función del juez velar para que los intereses de los involucrados en el proceso no se encuentren en conflicto.

En el caso de marras, la niña D. se presenta y elige como su abogada a la letrada que patrocina a J. G. en el proceso donde está siendo acusado de presunto abuso sexual contra D.

En ese momento el acusado tiene una medida de restricción con respecto a D.

Hay un claro conflicto de intereses.

¿Le asiste el derecho a la niña tener su propio abogado? La respuesta es afirmativa. ¿Le asiste el derecho de elegirlo libremente o debe el juez intervenir en la elección de él?

Pensamos que el juez siempre debe intervenir activamente y ejercer un contralor sobre el profesional que va a asumir dicha representación.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que preferentemente debe ser un letrado especializado en niñez y adolescencia, por lo que el primer control tendría que ser con relación a ello, pero además, y como esencial, debe ser un letrado que represente los intereses del niño y/o adolescente.

El rechazo de la Corte Suprema de Mendoza a la designación del abogado elegido por D. apunta justamente a la protección especial que merece la adolescente.

Nuestra Corte Suprema ha determinado que los niños deben ser beneficiarios de medidas de compensación con el objeto de nivelar la desigualdad propia emergente de su condición de tal, y de ahí que corresponda sean destinatarios de medidas de acción positiva, en forma concordante con lo dispuesto expresamente por el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional [\(7\)](#).

La propia situación del niño lo inserta a éste en un particular estado de vulnerabilidad en relación al adulto. Ello determina que se exija una intervención activa de los jueces para que sus derechos no resulten violados o convertidos en una mera declaración lírica sin ninguna vigencia práctica. Se trata de tutelar a los niños o adolescentes en el buen sentido, esto es, amparar y defender a ellos con el objetivo de posibilitar su pleno desarrollo autónomo y, así, lograr que puedan disfrutar en los hechos de las mismas garantías de las que gozan los adultos [\(8\)](#).

Tanto el CCiv.yCom. en su art. 706, como la ley 26061 en su art. 2 mencionan la oficiosidad de los magistrados en los procesos donde se encuentren involucrados los niños a fin de que sus derechos no se vean vulnerados.

En ese orden de ideas, por tanto, los jueces mendocinos han tomado los recaudos necesarios para que el abogado que patrocine a D. no pertenezca al ámbito de influencia de ella, y que el letrado que la acompañe pueda asegurar autonomía e independencia, además de ser especializado en la materia.

Era deber de ellos intervenir y controlar el profesional designado para la adolescente, a modo de garantizar su derecho fundamental de participación directa y, a su vez, independiente en el proceso.

Por ello el nombramiento de un letrado de un organismo estatal por parte de los jueces mendocinos garantiza de mejor manera que D. quede por fuera del ámbito de influencia de su guardadora.

En el mismo sentido, un fallo de la sala B refiere específicamente el deber de los jueces de actuar oficiosamente, determinando que "el Poder Judicial se erige así no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo del obrar del Estado en este sentido; mientras que la omisión en el dictado de las disposiciones pertinentes —ante jóvenes en estado de riesgo, como es el caso de autos— comportaría un directo incumplimiento de los deberes a su cargo, involucrando incluso la responsabilidad del Estado, habida cuenta los compromisos asumidos ante la comunidad internacional"[\(9\)](#).

Pero si tuviéramos que hacer el ejercicio de aplicar alguno de los criterios y preguntarnos en qué casos el niño o adolescente puede elegir el abogado que lo represente, diríamos que para la regla de la edad cronológica, según las pautas del Código Civil y Comercial de la Nación, la edad de 13 años alcanza (art. 26, CCiv.yCom.); la edad de 14 años para la doctrina de la Corte Suprema o la madurez suficiente para parte de la doctrina.

No obstante el criterio que se elija, opinamos que la designación del abogado por parte del niño o el adolescente deberá estar siempre bajo el tamiz del juez, a fin de garantizar sus derechos fundamentales.

III. Elección del guardador

Resulta más difícil por parte del juez apartarse de la opinión o desoír el deseo del adolescente cuando se trata de resolver su plan de vida familiar. La intervención directa del niño y a su vez su parecer toman una dimensión superior en los procesos judiciales donde se debe decidir el lugar donde residirá o quiénes tendrán a su cargo su cuidado personal.

Entiendo que no fuera fácil la decisión por parte de la Corte Suprema de Mendoza de mantener la guarda en cabeza de una mujer que fuera denunciada por violencia familiar y alguien de su entorno acusado por presunto abuso sexual contra la joven.

A diferencia de lo que ocurre con la elección del letrado, la Corte Suprema de la Nación ha dicho que,

cuando se trata de decisiones que atañen al lugar de acogimiento o de su cuidado personal, no es suficiente sólo escuchar al niño o adolescente, sino también y por sobre todas las cosas que su opinión sea tomada especialmente en cuenta.

El ordenamiento legal vigente destaca la intervención del niño/adolescente en el art. 26 del CCiv.yCom., en su art. 639, incs. b y c, y el art. 707 hace referencia al derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente.

Más aún, los artículos del CCiv.yCom. referidos a adopción, como el art. 595, que requiere el consentimiento del niño para su adopción cuando éste tiene 10 o más años, y el art 613 del mismo plexo normativo, que determina que su opinión debe ser tenida en cuenta en dicho proceso, no hacen más que avalar tanto la doctrina actual de la Corte Federal, como la decisión adoptada en el fallo que comentamos por la Corte Suprema de Mendoza.

Comparto la decisión propiciada por la Corte de Mendoza, toda vez que imposible resulta obligar a un adolescente de 14 años a convivir en ámbitos no deseados, lo contrario implicaría, sin lugar a dudas, un tipo de privación de libertad.

Por su parte, la Corte ha escuchado personalmente a la joven y a la guardadora y ha recabado informes de los profesionales intervinientes de ambas, como del colegio de la adolescente.

Indefectiblemente la niña debe intervenir activamente en el proceso, opinar y que su opinión sobre su cuidado personal sea tenida muy en cuenta.

La Cámara de Apelaciones de Trelew reconoció la facultad de una adolescente de participar del proceso en forma directa, aun cuando su primera presentación fue en la alzada, toda vez que se trataba de la revinculación con su madre, y determinó, con relación al art. 26 del Código Civil, que "dicha norma es de tal claridad que exime de comentar directamente sus términos, como que de ella emana prístino el derecho de una menor no sólo a ser oída, sino a participar de las decisiones que la involucren, lo que es lo menos que puede decirse de una situación a la que se la quiere exponer y la que le hará revivir recuerdos traumáticos"⁽¹⁰⁾.

En el mismo sentido, se ha dicho que "para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón"⁽¹¹⁾.

En el caso de marras, los magistrados han tenido muy en cuenta la voluntad y el deseo de D., pero también han tomado medidas de constante supervisión y seguimiento en los tratamientos indicados, tanto sobre la niña como con relación a su guardadora, de manera tal de acompañar a la adolescente en su decisión en forma cuidada y observada.

Espinosa decisión es la de mantener la guarda de la joven D. en el ámbito donde fuera víctima de violencia y supuesto abuso sexual, pero entiendo, no obstante, acertada. Se están brindando a la joven los elementos —tratamientos y control judicial— a fin de que pueda, eventualmente, volver emitir su opinión y revertir, en su caso, su propia decisión.

(A) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Docente en Derecho de Familia y Sucesiones, UBA.

(1) CUIJ 13-02123669.-6 (012174-11365101), "G., D. D. en J. 36967/3/7F G., D. D. p/medida cautelar p/recurso ext. de inconstitucionalidad 102139469".

(2) M. 394. XLIV. RHE, Fallos: 335:1136, "M. G. v. P. C. A. y otro s/tenencia de hijos".

(3) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada. Anotada. Concordada, 2007.

(4) SOLARI, Néstor, "El abogado del niño en el Proyecto", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año V, nro. 3, abril 2013, p. 7.

(5) MIZRAHI, Mauricio L., Responsabilidad parental, Astrea, Buenos Aires, p. 116.

(6) BASSO, Silvina M., "La participación directa de niñas, niños y adolescentes en los procesos con patrocinio letrado en el Código Civil y Comercial", DFyP 2015 (septiembre), 3/9/2015, p. 31.

(7) Corte Sup., 1/6/2004, "Quiroz Milton., J y otros v. Caporaletti, Juan, y otros", Fallos: 327:204 y DJ 2004-3-406; íd., 2/12/2008, Fallos: 331:2691; íd., 29/4/2008, Fallos: 331:941; íd., 2/8/2005, Fallos: 328:2870.

(8) MIZRAHI, Mauricio L., Responsabilidad parental, cit., p. 119.

(9) El fallo refiere que los procesos de familia son de tipo inquisitivo, por lo que "no corresponde en casos como

el traído a examen limitarse a la aplicación rigurosamente técnica de pautas formales que llevarían a desentenderse del hecho de hallarnos operando sobre derechos indisponibles. Nótese que la normativa los declara 'irrenunciables' (art. 2, párr. 2, de la ley 26.061), lo que lleva a privilegiar el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes cederán paso a las facultades judiciales... Vale decir, el orden público es el que se impone y, con él, el deber de los jueces de actuar oficiosamente" (cfr. C. Nac. Civ., sala B, 15/12/2014, "T. R. E. y otros v. B. C. R. s/autorización", Microjuris, clave MJ-JU-M-91309-AR).

(10) Expte. nro. 145, año 2015, CAT, "Asesoría de Familia e Incapaces s/medidas de protección (SSB)", C. Apel. Trelew, sala A, 21/8/2015.

(11) Cfr. PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", Justicia y Derechos del Niño, nro. 9, UNICEF, p. 252.